

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

L'EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE AU PRISME DU CONTRÔLE DES
INDÉSIRABLES : UNE ÉTUDE DES PRATIQUES DE DÉTENTION DE L'AGENCE DES
SERVICES FRONTALIERS DU CANADA

THÈSE PRÉSENTÉE COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT EN DROIT

PAR
LOUIS-PHILIPPE JANNARD

FÉVRIER 2023

© Louis-Philippe Jannard, 2023

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.04-2020). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

RÉSUMÉ

En prenant pour cas d'étude la détention des personnes non citoyennes au Canada, cette recherche plonge au cœur de l'application de régimes juridiques visant à contrôler les populations qui sont considérées comme indésirables en raison des menaces qu'elles feraient peser sur la sécurité. Dans une approche de sciences sociales, empirique et qualitative, elle s'intéresse plus précisément à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par les fonctionnaires de première ligne et se concentre sur les pratiques des membres du personnel de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) qui sous-tendent la détention liée à l'immigration. Elle s'inscrit ainsi dans la lignée des études de sociologie de l'action publique qui portent sur le traitement des problèmes sociaux et la mise en œuvre de ce type de pouvoirs. Les résultats présentés se fondent sur un corpus de données composé d'entretiens de recherche réalisés auprès d'agentes et d'agents de l'ASFC occupant différents postes et fonctions dans les régions du Québec, du Grand Toronto et du Pacifique (c.-à-d. la Colombie-Britannique).

Deux principaux objectifs guident cette recherche. Le premier vise à documenter les pratiques administratives nécessaires à l'exercice de tels pouvoirs discrétionnaires. Cet objectif s'avère particulièrement pertinent pour le cas à l'étude, puisque le travail quotidien des membres du personnel de l'ASFC demeure largement méconnu, malgré son importance centrale dans le fonctionnement des contrôles frontaliers. L'analyse met en lumière l'indispensable travail de collaboration entrepris par les membres du personnel de l'ASFC aux fins de la recherche des informations nécessaires aux décisions de détention. Ces informations se divisent en deux catégories. Il s'agit d'une part des renseignements concernant les personnes non citoyennes ainsi que, d'autre part, des informations qui se rattachent entre autres aux exigences des commissaires de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), qui contrôlent les motifs de détention. Les stratégies de collaboration mises en place dans le cadre de cette recherche d'informations se déploient tant au sein de l'ASFC qu'avec différents partenaires externes, étatiques ou non, canadiens comme étrangers.

Le deuxième objectif cherche à lever le voile sur les facteurs qui sont pris en compte dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par ces fonctionnaires, de même qu'à comprendre de quelles manières ils surdéterminent cet exercice. Cette analyse jette un éclairage sur la complexité inhérente à

l'application du droit et des politiques d'immigration et permet d'esquisser une cartographie des éléments qui orientent et contraignent la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire de détention délégué aux agentes et agents de l'ASFC. Dans ce but, cette recherche fait appel à une grille d'analyse inspirée de travaux de sociologie de l'action publique dans les domaines de l'immigration, du traitement des populations marginalisées et de l'application de la loi. Cette grille se divise en trois niveaux. Ainsi, l'analyse fait d'abord état des facteurs relatifs au contexte rapproché d'un cas précis (ex. : les faits, les interactions, les facteurs de vulnérabilité, le profil sociodémographique) et ensuite des facteurs découlant du contexte institutionnel (ex. : culture organisationnelle, contraintes opérationnelles, attentes des auditoires). Enfin, elle traite des impacts du contexte sociohistorique sur les conceptions des migrants indésirables et leurs effets sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention. Trois figures du migrant indésirable se dégagent des propos des participantes et participants – le migrant criminel, le migrant fraudeur et le migrant non identifié – avec chacune des effets différenciés sur la mise en œuvre du pouvoir de détention. Cette recherche contribue ainsi à la compréhension des impacts qu'entraîne le fait d'aborder une question par le prisme de la sécurité sur le contrôle des personnes jugées indésirables.

Mots-clés : détention liée à l'immigration; pouvoir discrétionnaire; fonctionnaires de première ligne (*street-level bureaucracy*); Agence des services frontaliers du Canada; surdétermination; contrôle des indésirables; sécurité.

ABSTRACT

Using immigration detention in Canada as its case study, this research delves into the enforcement of legal regimes which aim to control populations considered undesirable because of the threats they are deemed to pose to security. With an empirical and qualitative approach, it explores more precisely the exercise of discretionary powers by street-level bureaucrats and focuses on the practices of the Canada Border Services Agency (CBSA) personnel that relate to immigration detention. It thus falls within the field of sociology that studies the implementation of public policies dealing with the treatment of social problems and the enforcement of this type of power. Its results are based on a corpus of data consisting of research interviews realized with CBSA officers who perform different functions in the Québec, Greater Toronto and Pacific (i.e. British Columbia) regions.

This research pursues two main objectives. The first aims at documenting the administrative practices that are essential to the exercise of such powers. This objective is particularly relevant in the context of this case study, as the everyday work of CBSA personnel remains widely understudied, despite its vital importance in the functioning of border controls. The analysis sheds light on the essential collaborative work undertaken by CBSA officers when searching for the information needed for detention decisions. This information is divided into two categories. The first category includes information concerning noncitizens. The second category consists of information relating to the expectations of the Immigration and Refugee Board (IRB) members, who review detention grounds. The collaborative strategies implemented as part of this search for information are rolled out both within the CBSA and with various external partners, public or not, Canadian and foreign.

The second objective aims at unveiling the factors that are taken into consideration in the exercise of such discretionary powers as well as understanding how these factors overdetermine this exercise. This analysis underlines the complexity inherent to the enforcement of immigration law and policies and sketches out a map of the elements that guide and constrain the implementation of the detention discretionary power delegated to CBSA officers. To this end, this research uses an analytical grid based on sociological works in the fields of immigration, the treatment of marginalized populations and law enforcement. This grid is divided into three levels. The analysis

first reports on factors that relate to the immediate context of a specific case (ex.: the facts, the interactions, the vulnerability factors, the sociodemographic profile) and then on the factors derived from the institutional context (ex.: organizational culture, operational constraints, audiences' expectations). Lastly, it addresses the impacts of the sociohistorical context on the images of the undesirable migrant and their effects on the exercise of discretion. Three images can be drawn from the participants' remarks – the criminal migrant, the cheater migrant and the unidentified migrant – each with different effects on the enforcement of the detention regime. This research thus brings a contribution to the understanding of the impacts that approaching an issue through the lenses of security can have on the control of persons deemed undesirable.

Keywords: immigration detention; discretion; street-level bureaucracy; Canada Border Services Agency; overdetermination (*surdétermination*); control of the undesirable; security.

REMERCIEMENTS

Cette thèse porte la marque des nombreuses personnes qui m'ont appuyé et accompagné dans mon aventure doctorale au cours des dernières années. Ces quelques mots ne rendent pas justice à la vastitude de ma reconnaissance.

D'abord, aux membres de ma famille, à mes amies et amis, un immense merci pour votre amour et votre amitié, vos encouragements, votre curiosité à l'égard de ma recherche, vos carrés aux dattes et autres gâteries. Une pensée toute particulière pour mes grands-parents qui m'ont soutenu pendant la première année du doctorat, mais qui n'en auront pas vu la fin.

Aux amies grimpeuses et amis grimpeurs : le fait de m'être placé à répétition en déséquilibre sur des parois d'escalade avec vous m'a permis de garder l'équilibre nécessaire pour traverser le doctorat sans chuter trop brutalement. Merci à Lucie, Félix, Mathieu, Sébastien, Claude, Vincent, Andréa et Marie-Michèle pour toutes ces séances de grimpe des plus salutaires. Vous assurez!

Pour les révisions de mes traductions vers l'anglais et les découvertes musicales qui ont accompagné la rédaction de cette thèse, un grand merci à Sébastien Pilon.

Mille mercis à Mathilde pour tous ces dîners partagés (assez figuratifs) et nos conversations (avec histoires) dans le meilleur racoin ensoleillé de l'UQAM (toute une ambiance).

J'ai découvert à l'Université du Québec à Montréal (UQAM) et au Département des sciences juridiques (DSJ) un univers intellectuel des plus stimulants. Pour la bonne compagnie, la solidarité et les nombreux échanges, un grand merci aux personnes étudiantes des cycles supérieurs en droit qui ont croisé mon chemin, avec une pensée spéciale pour Nour Benghellab, Maxime Martel, Roland Ouedraogo, Benjamin Dare, Laurence Matte-Guilmain, Louise Lambert, Valériane Thool, Gloria Zapata, David Desbaillets, Sabrina Labrecque, Laurianne Ladouceur, Jessica Leblanc, Simon St-Onge, Olivier Grondin, Clara Mercier, Louis-Simon Besner, Laurence Guénette, Alexandra Bahary-Dionne et Richard-Alexandre Laniel. Un grand merci également aux professeures et professeurs qui m'ont accompagné de mille et une façons, par leur enseignement, leurs conseils, leur sens de l'humour ainsi que leurs commentaires et réflexions au sujet de ma recherche et du monde universitaire en général : Anne Saris, Léa Fontaine, Colin Grey, Olivier Barsalou, Bernard Duhaime, Gabriel-Arnaud Berthold, Hugo Cyr, Rémi Bachand, Dalia Gesualdi-

Fecteau, Mirja Trilsch, Pierre Bosset et Dominique Bernier. Un grand merci également à Betty Bouffard, Diane Lemay et Louise Viau pour leur accueil toujours chaleureux et leur aide inestimable.

Je tiens aussi à remercier chaleureusement les nombreuses personnes qui, au-delà de l'UQAM, ont alimenté mes réflexions non seulement sur les questions qui forment l'objet de ma thèse, mais aussi sur la recherche en général et la justice sociale : merci aux professeures Karine Côté-Boucher et Luna Vives, merci à Denise Otis, merci à Mouloud Idir, Élodie Ekobena, Élisabeth Garant et à toutes les personnes qui siègent au Comité d'orientation du Secteur Vivre-ensemble du Centre justice et foi, merci à l'équipe du projet *Accès au droit et à la justice* – entre autres Pierre Noreau, Maya Cachecho, Yan Sénéchal, Shana Chaffai-Parent, merci à Corentin Sire, Mélissa Côté-Douyon, Florence Waller-Carr et Maricia Fischer-Souan, rencontré-e-s dans les couloirs du CÉRIUM, merci aux membres du Comité sur le racisme systémique de l'école Le Vitrail.

Au doctorat comme ailleurs, l'argent est souvent le nerf de la guerre. En plus de la générosité de mon entourage, j'ai profité du soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, de la Fondation de l'UQAM, du DSJ ainsi que du Centre d'études et de recherches internationales de l'Université de Montréal.

La recherche qui suit n'aurait pas été la même sans l'autorisation qui m'a été donnée par l'Agence des services frontaliers du Canada d'aller à la rencontre de ses agentes et agents. Je tiens particulièrement à exprimer ma gratitude aux personnes qui ont accepté de participer à ce projet pour me parler de leur travail quotidien.

Mes plus sincères remerciements à ma directrice de recherche. Emmanuelle, merci de partager ta passion pour la recherche et d'accorder un si grand intérêt aux travaux de tes étudiantes et étudiants. Merci pour tes enseignements et tes conseils, pour toutes les lettres de recommandation et tous les formulaires que tu as dû remplir, ainsi que pour les centaines de pages que tu as lues, relues et commentées. Tout au long de mes études doctorales, j'ai pu compter sur un encadrement toujours disponible, rigoureux, qui m'a permis de me surpasser. Je t'en suis profondément reconnaissant.

Une mention toute spéciale pour mes deux filles extraordinaires, qui m'ont aidé à garder les pieds bien sur terre et à garder le cap sur l'essentiel pendant ces dernières années. Clara, merci pour ton rire ainsi que ta poésie qui fait que l'abstraction ne se limite heureusement pas qu'à des concepts

théoriques. Élodie, merci pour ton énergie débordante et ta curiosité pour toutes les choses qui t'entourent. Votre joie de vivre et votre amour rendent tout plus lumineux.

Enfin, mon amoureuse, tous les mots de cette thèse – et tu sais qu'il n'en manque pas – ne suffiraient pas pour exprimer ma reconnaissance et ma gratitude pour ton amour, ta présence et ton soutien indéfectible tout au long de cette longue aventure. Isa, merci de m'avoir inlassablement écouté parler de ma recherche, d'en avoir relu et commenté de nombreux passages, de m'avoir aidé à traverser les moments de découragement et d'avoir célébré avec moi les moments de joie, merci d'être là.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	II
ABSTRACT	IV
REMERCIEMENTS	VI
TABLE DES MATIÈRES	IX
LISTE DES FIGURES	XV
LISTE DES TABLEAUX.....	XVI
LISTES DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	XVII
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
CHAPITRE 1 – LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DANS LE CONTRÔLE DES INDÉSIRABLES	10
Introduction	10
1.1. Le contrôle des indésirables	13
1.1.1. Ce qui est indésirable : l’inutilité et le danger.....	15
1.1.2. Ce qui doit être protégé : la sécurité et l’ordre social dominant	21
1.1.3. Exclure ou réformer : les mécanismes de contrôle des indésirables	24
1.1.4. Le contrôle des indésirables, un phénomène traversé par le droit	29
1.2. La centralité du pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des mécanismes de contrôle.....	32
1.2.1. Le pouvoir discrétionnaire vu du droit.....	36
1.2.2. Le pouvoir discrétionnaire vu des sciences sociales	37
1.2.2.1. De multiples décisions	38
1.2.2.2. Une pluralité d’acteurs impliqués	41
1.2.2.3. L’importance des contextes décisionnels.....	43
1.2.3. L’exercice du pouvoir discrétionnaire, entre indétermination et surdétermination	46
1.3. Un phénomène « de tous les temps » dans un contexte juridique contemporain particulier ..	49
1.4. Questions et objectifs de recherche	53
CHAPITRE 2 – LA DÉTENTION DES PERSONNES NON CITOYENNES AU CANADA ...	55
Introduction	55
2.1. L’émergence de personnes non citoyennes en tant qu’indésirables.....	69
2.1.1. L’indésirabilité à l’ère de l’idéologie néolibérale et de la sécurisation.....	71

2.1.1.1. Néolibéralisme et accélération de la mondialisation.....	71
2.1.1.2. La sécurisation des migrations internationales.....	75
2.1.2. Les groupes de personnes non citoyennes indésirables	82
2.1.2.1. Deux groupes indésirables confondus : les personnes en situation irrégulière et les personnes qui demandent l’asile	86
2.1.2.2. La réforme de 2012 : le cas de la <i>Loi visant à protéger le système d’immigration du Canada</i> (LPSIC).....	89
2.2. Les mécanismes de contrôle des personnes non citoyennes au Canada	94
2.2.1. Choisir les personnes non citoyennes désirables : un aperçu des programmes	97
2.2.1.1. Les programmes d’immigration permanente	98
2.2.1.1.1. La sélection des travailleurs qualifiés par le gouvernement fédéral	99
2.2.1.1.2. La sélection des travailleurs qualifiés par le gouvernement du Québec	103
2.2.1.2. Les programmes d’immigration temporaire.....	105
2.2.2. Contrôler les personnes non citoyennes indésirables	109
2.2.2.1. Prévenir l’entrée	110
2.2.2.1.1. Repousser la frontière au-delà de la frontière	110
2.2.2.1.2. Contrôler les frontières, aux frontières.....	117
2.2.2.2. Expulser.....	122
2.3. La détention des personnes non citoyennes	127
2.3.1. Historique de la détention liée à l’immigration au Canada (1867 – 2002)	128
2.3.2. Cadre juridique et administratif (2002 – ...).....	136
2.3.2.1. Les pouvoirs d’arrestation et de détention de « l’agent »	139
2.3.2.2. Le contrôle des motifs de la détention par la Section de l’immigration	149
2.3.2.3. Le contrôle judiciaire par les Cours fédérales	157
2.3.2.4. Un recours complémentaire : la demande d’habeas corpus	163
2.3.2.5. L’encadrement du pouvoir discrétionnaire par le droit administratif	165
2.3.2.6. La détention des personnes non citoyennes et la protection des droits fondamentaux	169
2.3.3. Une mise en œuvre critiquée.....	176
2.3.3.1. Une culture organisationnelle axée sur l’exécution de la loi	176
2.3.3.2. Une administration lacunaire du programme de détention	180
2.3.3.3. De difficiles conditions de détention.....	180
2.3.3.4. Un recours aux établissements correctionnels provinciaux aux conséquences multiples	182

2.3.3.5. Des effets négatifs importants en matière de santé mentale.....	184
2.3.3.6. Aucune durée maximale prévue par la loi.....	185
2.3.3.7. Des enfants détenus ou « hébergés ».....	185
2.3.3.8. De nombreux obstacles en matière d'accès au droit et à la justice	187
2.3.3.9. Des décès.....	188
2.3.3.10. Des audiences de contrôle des motifs de détention sévèrement critiquées	189
2.3.3.11. Des disparités régionales importantes	191
2.3.4. Récentes initiatives de l'ASFC et la CISR.....	196
2.4. Le pouvoir discrétionnaire de détention des fonctionnaires de l'ASFC au prisme du contrôle des indésirables	208
2.4.1. Les fonctions de la détention.....	208
2.4.1.1. Fonctions « officielles ».....	209
2.4.1.2. Autres fonctions de la détention.....	214
2.4.2. Les décisions de détention.....	219
2.4.2.1. De multiples informations et de multiples décisions	219
2.4.2.1.1. L'identité	220
2.4.2.1.2. L'admissibilité.....	222
2.4.2.1.3. Le niveau de risque et le recours à la détention	223
2.4.2.1.4. Les modalités de la détention	225
2.4.2.2. Des contextes variés	227
2.5. Questions et objectifs de recherche spécifiques.....	230
CHAPITRE 3 – CADRE THÉORIQUE LA SURDÉTERMINATION DES PRATIQUES DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT PAR LES FONCTIONNAIRES DE PREMIÈRE LIGNE.....	232
Introduction	232
3.1. Le niveau micro : le contexte normatif, le « cas », les interactions et le fonctionnaire	235
3.2. Le niveau méso : le contexte institutionnel	238
3.3. Le niveau macro : le contexte sociohistorique	242
Conclusion.....	244
CHAPITRE 4 - MÉTHODOLOGIE	245
Introduction : de la nécessité d'une approche de sciences sociales empirique et qualitative	245
4.1. L'accès au terrain	252

4.2. La collecte des données.....	254
4.2.1. Le recrutement des participantes et participants	255
4.2.2. Le déroulement des entretiens.....	257
4.3. L'analyse des entretiens	264
4.4. Le compte-rendu des entretiens.....	269
Conclusion : les limites de cette recherche	274
CHAPITRE 5 – COLLABORATION, RECHERCHE D'INFORMATIONS ET DIFFUSION DES ATTENTES	278
Introduction	278
5.1. Collaboration et recherche d'informations.....	279
5.1.1. Deux illustrations de la collaboration nécessaire à la recherche d'informations	280
5.1.1.1. K., une demandeuse d'asile détenue pour motifs d'identité	280
5.1.1.2. M., un homme sans statut détenu pour risque de fuite	283
5.1.2. Des informations nécessaires au contrôle des frontières.....	284
5.1.3. Des sources d'informations et des modes de collaboration multiples	289
5.1.3.1. La personne détenue.....	289
5.1.3.2. Les collègues de l'ASFC.....	294
5.1.3.3. L'avocate ou l'avocat de la personne détenue et son entourage	299
5.1.3.4. Les corps de police.....	301
5.1.3.5. Autres institutions fédérales ou provinciales	303
5.1.3.6. Les autorités d'autres pays	305
5.1.3.7. Sources supplémentaires d'informations	306
5.2. Collaboration et diffusion des attentes des auditoires.....	308
5.2.1. Les supérieures et supérieurs hiérarchiques relaient... ..	310
5.2.1.1. ... les attentes de la haute direction de l'ASFC	310
5.2.1.2. ... les attentes des commissaires de la SI.....	313
5.2.2. Les agentes et agents d'audience relaient les attentes des commissaires de la SI	315
5.2.2.1. La diffusion des attentes de façon générale	316
5.2.2.2. La diffusion dans un cas particulier	317
Conclusion.....	325

CHAPITRE 6 – LES FACTEURS QUI ORIENTENT ET CONTRAIGNENT L’EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE DÉTENTION	329
Introduction	329
6.1. Mettre en œuvre la LIPR : une tâche complexe	330
6.1.1. Quelques grandes balises orientent l’exercice de la discrétion	331
6.1.2. Gris, la couleur du droit de l’immigration.....	335
6.1.3. Les multiples facettes du pouvoir discrétionnaire.....	339
6.1.4. La discrétion, entre subjectivité et contrepouvoirs.....	343
6.1.5. Des décisions individuelles aux éléments de contexte fluctuant.....	346
6.2. Les facteurs relatifs aux faits et à la personne détenue	348
6.2.1. Les facteurs relatifs aux faits et circonstances	351
6.2.1.1. Motif de danger pour la sécurité publique	351
6.2.1.2. Motif de risque de fuite	355
6.2.1.3. Motif d’identité	359
6.2.2. Les interactions avec la personne non citoyenne : crédibilité, transparence, attitude....	363
6.2.3. Les facteurs relatifs à la vulnérabilité	368
6.2.3.1. La détention des personnes mineures.....	368
6.2.3.2. La détention des personnes aux prises avec des problèmes de santé mentale	372
6.2.3.3. Autres facteurs de vulnérabilités	373
6.2.4. Les facteurs relatifs au profil sociodémographique	374
6.3. Les facteurs institutionnels.....	379
6.3.1. Rôle des fonctionnaires de l’ASFC et culture organisationnelle	380
6.3.2. Contraintes opérationnelles	390
6.3.3. Les attentes des auditoires.....	395
6.3.3.1. Les commissaires de la SI	396
6.3.3.2. La haute direction.....	402
6.3.3.3. Les Canadiennes et Canadiens	405
Conclusion.....	410

CHAPITRE 7 – À QUOI SERT LA DÉTENTION? UNE CONTEXTUALISATION DE L’EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE DÉTENTION DES FONCTIONNAIRES DE L’ASFC	414
Introduction	414
7.1. Les fonctions de la détention.....	416
7.1.1. Assurer la sécurité du public et du Canada	417
7.1.2. Protéger l’intégrité du système d’immigration.....	422
7.1.3. Fonctions secondaires	429
7.1.3.1. Fonction « humanitaire ».....	429
7.1.3.2. Fonction dissuasive et punitive	431
7.2. Qu’est-ce qu’on protège? La sécurité, une notion floue au cœur du mandat de l’ASFC.....	434
7.3. De qui se protège-t-on? L’absence de « vraie identité », une menace protéiforme	441
7.4. L’exercice du pouvoir discrétionnaire au prisme de l’indésirabilité.....	451
Conclusion.....	454
CHAPITRE 8 – LE CONTRÔLE DES INDÉSIRABLES ET L’EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE, AU PRISME DES RÉSULTATS DE LA RECHERCHE	457
Introduction	457
8.1. La centralité de l’information dans le contrôle des indésirables	458
8.2. Les variations du pouvoir discrétionnaire comme révélateurs de l’indétermination du droit et des politiques.....	464
8.3. Les effets paradoxaux de la sécurité comme considération primordiale	469
Conclusion.....	471
CONCLUSION GÉNÉRALE	474
De l’information à la sécurité, en passant par la méthode : retour sur quelques-uns des aspects les plus marquants de cette recherche.....	475
Questionnements et pistes de recherche	480
BIBLIOGRAPHIE	485
ANNEXE 1 – CANEVAS D’ENTRETIEN	523

LISTE DES FIGURES

Figure 2.1. Nombre de personnes détenues, par année (1999-2020) 205

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 2.1	Plan des niveaux d'immigration 2021-2023 du gouvernement fédéral	98
Tableau 2.2	Grille de sélection du Programme des travailleurs qualifiés	100
Tableau 2.3	Grille de pointage du système Entrée Express	102
Tableau 2.4	Admissions au titre de la résidence permanente et titulaires de permis de travail temporaire (2000-2019)	107
Tableau 2.5	Modalités des pouvoirs d'arrestation et de détention	141
Tableau 2.6	Personnes détenues par motifs de détention, par année (2012-2020)	142
Tableau 2.7	Détention selon le type d'établissement, par année (2012-2020)	201
Tableau 2.8	Détention des enfants, par année (2014-2020)	202
Tableau 2.9	Nombre de personnes détenues, durées moyenne et médiane de la détention, proportion de détention en CSI, par année (1999-2020)	204
Tableau 2.10	Personnes détenues par durée de détention, par année (2012-2020)	206
Tableau 4.1	Informations relatives aux participantes et participants	271
Tableau 7.1	Proportion de contrôles des motifs de détention dans lesquels le motif est l'identité, par bureau régional de la CISR (2019)	448
Tableau 7.2	Typologie des migrants indésirables et impact sur le pouvoir discrétionnaire	453

LISTES DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AELBI	Agent d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs
ASF	Agent des services frontaliers
ASFC	Agence des services frontaliers du Canada
AVE	Autorisation de voyage électronique
CAF	Cour d'appel fédérale
CanLII	Canadian Legal Information Institute
CCR	Conseil canadien pour les réfugiés
CERPE	Comité d'éthique de la recherche pour les projets étudiants impliquant des êtres humains
CISR	Commission de l'immigration et du statut de réfugié
CF	Cour fédérale
CIC	Citoyenneté et Immigration Canada
CNDI	Cadre national en matière de détention liée à l'immigration
CSC	Cour suprême du Canada
CSI	Centre de surveillance de l'immigration
DSR	Détermination du statut de réfugié
EIMT	Étude d'impacts sur le marché du travail
ENRD	Évaluation nationale des risques en matière de détention
ERAR	Évaluation des risques avant renvoi
ETPS	Entente sur les tiers pays sûrs
GCSC	Gestion des cas et surveillance dans la collectivité
HCR	Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés

<i>ID</i>	<i>Immigration Division</i>
<i>IRB</i>	<i>Immigration and Refugee Board</i>
IRCC	Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada
<i>IRPA</i>	<i>Immigration and Refugee Protection Act</i>
LPSIC	Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada
LIPR	Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés
MIFI	Ministère de l'Immigration, de la Francisation et de l'Inclusion
ONU	Organisation des Nations unies
PMI	Programme de mobilité internationale
PTET	Programme des travailleurs étrangers temporaires
RIPR	Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés
<i>RPD</i>	<i>Refugee Protection Division</i>
SAR	Section d'appel des réfugiés
SCRS	Service canadien du renseignement de sécurité
SI	Section de l'immigration
SPR	Section de la protection des réfugiés
SRD	Solution(s) de rechange à la détention

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Au moment d'écrire ces lignes, en mars 2022, à la toute fin de mon parcours doctoral, l'Europe est témoin des plus importants mouvements de personnes réfugiées¹ sur son territoire depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale². Lorsque j'ai entamé ces études, la réinstallation de 25 000 personnes en provenance de Syrie constituait l'une des promesses électorales phares du Parti libéral du Canada³. Entre ces deux événements, les migrations ont fait les manchettes tout au long de cette recherche, sur le plan national comme international, qu'il s'agisse des arrivées au chemin Roxham, de l'exode des Rohingyas du Myanmar vers le Bangladesh, de l'adoption de Pactes internationaux par l'Organisation des Nations unies, des caravanes de personnes migrantes traversant le Mexique en provenance d'Amérique centrale ou, depuis le début de la pandémie de COVID-19, de la mise en équilibre d'impératifs économiques avec la protection de la santé publique. Ces quelques exemples illustrent les nombreuses questions sociales, politiques, juridiques et économiques que soulèvent les migrations internationales, qui touchent désormais la quasi-totalité des États, que soit en tant que pays de destination, de départ ou de transit.

En réaction à ces événements, la réponse des autorités des pays du Nord global⁴ s'inscrit depuis au moins trois décennies dans une tendance lourde qui consiste à voir dans certains de ces mouvements différentes menaces à la sécurité (ex. : criminalité, fraude, maladie, terrorisme)⁵. Ces

¹ Je privilégie l'écriture inclusive et épiciène dans la rédaction de cette thèse. Lorsque possible, je favorise les expressions épiciènes, comme les expressions « personnes réfugiées », « personnes non citoyennes » ou « les membres du personnel ». Autrement, j'utilise les genres masculins et féminins, comme dans l'expression « agentes et agents des services frontaliers ». Dans ce cas, afin de faciliter la lecture, j'utilise la règle de l'accord de proximité pour l'accord de l'adjectif et du participe passé.

² Daphné Rousseau et Emmanuel Duparcq, « Les civils pris au piège à Marioupol, l'étau se resserre autour de Kiev », *Le Devoir* (6 mars 2022), en ligne : <www.ledevoir.com/monde/europe/682251/le-point-sur-l-invasion-de-l-ukraine-par-la-russie>.

³ Chedly Belkhodja et Catherine Xhardez, « “Nous sommes de retour !” : Justin Trudeau et la gestion de l'immigration » (2020) 89 *Revue interdisciplinaire des études canadiennes en France* 179.

⁴ Les expressions « Nord global » et « Sud global » font référence à des groupes de pays qui, bien que se retrouvant principalement dans les hémisphères nord et sud, ont d'abord en commun un certain niveau de prospérité. Les pays dits du Nord (ex. : Amérique du Nord, Europe de l'Ouest, Japon, Australie) profitent généralement d'un niveau de richesse plus élevé et de meilleures conditions de vie, qui en font, en matière migratoire, des pays de destination. Pour une explication riche de ces expressions, voir Maïka Sondarjee, *Perdre le Sud: décoloniser la solidarité internationale*, Montréal, écosociété, 2020 aux pp 52 et s.

⁵ Voir par ex Philippe Bourbeau, « Processus et acteurs d'une vision sécuritaire des migrations : le cas du Canada » (2013) 29:4 *Revue européenne des migrations internationales* 21 [Bourbeau, « Processus et acteurs »]; Suzanne Huot et al, « Constructing Undesirables: A Critical Discourse Analysis of 'Othering' Within the Protecting Canada's Immigration System Act » (2015) 54:2 *International Migration* 131.

discours fortement axés sur la protection des États de destination justifient l'adoption ou le recours à des mesures visant à prévenir ces menaces, ce qui entraîne des politiques migratoires toujours plus restrictives pour les personnes sur qui pèsent ces soupçons⁶. On cite fréquemment l'usage croissant de la détention des personnes non citoyennes, au Canada⁷ et dans le monde⁸, en guise d'illustration de ces phénomènes de sécurisation⁹ ou de criminalisation¹⁰ des migrations internationales.

Ces discours et ces mesures engendrent de nombreux impacts. De manière générale, les politiques migratoires restrictives rendent plus difficile la recherche d'un pays d'asile¹¹, contribuent à la précarisation de plusieurs personnes non citoyennes, qui deviennent ainsi plus susceptibles d'être victimes d'abus ou d'exploitation¹², et incitent les personnes migrantes à emprunter des routes toujours plus dangereuses. Sur le plan symbolique, ce type de mesures, alors qu'elles se présentent officiellement comme étant préventives et non punitives, participent néanmoins à la stigmatisation des personnes qui y sont soumises et contribuent aux discours criminalisant les personnes non citoyennes¹³. Quant à la détention plus spécifiquement, plusieurs études ont documenté ses

⁶ François Crépeau et Delphine Nakache, « Controlling Irregular Migration in Canada – Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection » (2006) 12:1 IRPP Choices 1.

⁷ Delphine Nakache, « Détention des demandeurs d'asile au Canada : des logiques pénales et administratives convergentes » (2013) 46:1 Criminologie 83; Delphine Nakache, *The Human and Financial Cost of Detention of Asylum-Seekers in Canada*, Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, 2011, en ligne : <206.155.102.64/pdfid/4f4fc44c2.pdf>.

⁸ Daniel Wilsher, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012 [Wilsher, *Immigration Detention*].

⁹ Voir par ex Idil Atak, Graham Hudson et Delphine Nakache, « The Securitisation of Canada's Refugee System: Reviewing the Unintended Consequences of the 2012 Reform » (2018) 37:1 Refugee Survey Quarterly 1 [Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System »]; Didier Bigo, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l'inquiétude ? » (1998) 31-32 Cultures & Conflits, en ligne : <journals.openedition.org/conflits/539> [Bigo, « Gouvernementalité par l'inquiétude »]. Pour une discussion détaillée sur ce point, voir la section 2.1.1.2, ci-dessous.

¹⁰ Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018; David Moffette, « Immigration et criminalisation au Canada : état des lieux » (2019) 52:2 Criminologie 349.

¹¹ Efrat Arbel et Alletta Brenner, *Bordering on Failure: Canada-US Border Policy and the Politics of Refugee Exclusion*, Harvard Immigration and Refugee Law Clinical Program, 2013; David FitzGerald, *Refuge Beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, New York, NY, Oxford University Press, 2019.

¹² Voir par ex Rupaleem Bhuyan, Anna C Korteweg et Karin Baqi, « Regulating Spousal Migration through Canada's Multiple Border Strategy: The Gendered and Racialized Effects of Structurally Embedded Borders » (2018) 40:4 Law & Policy 346; Lucio Castracani, *Ils viennent pour travailler: enquête ethnographique parmi les ouvriers agricoles migrants au Québec*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019; Fay Faraday, *Made in Canada: How the Law Constructs Migrant Workers' Insecurity*, Metcalf Foundation, 2012

¹³ Alison Mountz et al, « Conceptualizing Detention: Mobility, Containment, Bordering, and Exclusion » (2013) 37:4 Progress in Human Geography 522 à la p 527.

conséquences négatives en matière d'accès au droit et à la justice¹⁴ ou de santé mentale¹⁵. En outre, la dernière décennie a été marquée par plusieurs changements au programme de détention liée à l'immigration au Canada. Alors qu'on a assisté à un durcissement du régime juridique en 2012 avec l'adoption de dispositions législatives prévoyant de nouveaux pouvoirs de détention¹⁶, les nombreuses critiques adressées à la mise en œuvre de cette mesure ont incité les organismes fédéraux qui en sont responsables, soit l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR), à revoir leurs politiques administratives¹⁷.

Historiquement, au Canada, la législation en matière d'immigration octroie d'importants pouvoirs au gouvernement et à l'administration dans l'adoption et la mise en œuvre des politiques¹⁸. C'est encore le cas aujourd'hui¹⁹. Catherine Dauvergne décrit ainsi la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)²⁰ comme un filtre qui permet aux priorités politiques du moment de passer dans le champ du droit²¹. À la lumière de ce constat, cette recherche a comme point de départ l'interrogation suivante : comment les inquiétudes actuelles liées aux migrations internationales se

¹⁴ Stephanie J Silverman et Petra Molnar, « Everyday Injustices: Barriers to Access to Justice for Immigration Detainees in Canada » (2016) 35:1 Refugee Survey Quarterly 109.

¹⁵ Voir par ex Janet Cleveland, Véronique Dionne-Boivin et Cécile Rousseau, « L'expérience des demandeurs d'asile détenus au Canada » (2013) 46:1 Criminologie 107; Hanna Gros et Paloma Van Groll, « *We Have No Rights* » *Arbitrary Imprisonment and Cruel Treatment of Migrants with Mental Health Issues in Canada*, Toronto, International Human Rights Program, University of Toronto, 2015, en ligne : [en ligne : <ihrp.law.utoronto.ca/sites/default/files/PUBLICATIONS/IHRP%20We%20Have%20No%20Rights%20Report%20web%20170615.pdf>](http://ihrp.law.utoronto.ca/sites/default/files/PUBLICATIONS/IHRP%20We%20Have%20No%20Rights%20Report%20web%20170615.pdf).

¹⁶ *Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada*, LC 2012, c 17 [LPSIC]; Anne Neylon, « Ensuring Precariousness: The Status of Designated Foreign National under the Protecting Canada's Immigration System Act 2012 » (2015) 27:2 International Journal of Refugee Law 297; Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9.

¹⁷ Voir par ex Agence des services frontaliers du Canada, « Cadre national en matière de détention liée à l'immigration » (27 mai 2021), en ligne : www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/nidf-cndi-fra.html [ASFC, « Cadre national »]. En ce qui concerne la CISR, il s'agit de modifications aux directives concernant les audiences de contrôle des motifs de détention : Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directives numéro 2 du président : Détention*, 1 avril 2019, en ligne : irb-cisr.gc.ca:443/fr/legales-politique/politiques/Pages/GuideDir02.aspx [CISR, *Directives numéro 2*].

¹⁸ Valerie Knowles, *Strangers at Our Gates: Canadian Immigration and Immigration Policy, 1540-2015*, 4^e éd, Toronto, Dundurn Press, 2016 à la p 71.

¹⁹ Ninette Kelley et Michael Trebilcock, *The Making of the Mosaic. A History of Canadian Immigration Policy*, 2^e éd, Toronto, University of Toronto Press, 2010 à la p 457.

²⁰ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27 [LIPR].

²¹ Catherine Dauvergne, « Les conséquences d'une nouvelle politique de la peur: le droit à la croisée des chemins entre sécurité et migrations » dans François Crépeau, Delphine Nakache et Idil Atak, dir, *Les migrations internationales contemporaines : Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, 371 à la p 372 [Dauvergne, « Croisée des chemins »].

transposent-elles dans la mise en œuvre du régime de détention des personnes non citoyennes au Canada?

* * *

Pour répondre à cette question, j'ai choisi de prendre un pas de recul sur le plan conceptuel ainsi qu'un pas de côté sur le plan épistémique. Le premier consiste à aborder le recours accru à la détention des personnes non citoyennes à travers le prisme de la pénalisation des problèmes sociaux. Cette expression désigne une transformation importante des formes de l'intervention étatique au courant des dernières décennies, où l'État pénal prend le relais de l'État social dans le traitement de problématiques qui affectent les populations marginalisées, par des mesures souvent attentatoires aux droits et libertés²². Pour comprendre le recours à de telles mesures, je développe le cadre conceptuel du contrôle des indésirables, en m'appuyant entre autres sur un cadre d'analyse foucauldien des dispositifs de pouvoir. En bref, les « indésirables » sont ces personnes qui, pour différents motifs, sont considérées comme posant problème pour l'ordre social dominant et qui sont pour cette raison soumises à des mécanismes de contrôle. Ce pas de recul met en lumière les dynamiques qui président à l'émergence de ces groupes en tant que menace pour la sécurité ainsi que les fonctions d'exclusion et de réforme des dispositifs qui sont mis en place en réponse à la présence de ces indésirables.

En immigration comme dans d'autres domaines, on assiste depuis la deuxième moitié du vingtième siècle à une expansion marquée du droit public²³. Pour une diversité de raisons, cette expansion s'accompagne de la délégation de « vastes pouvoirs discrétionnaires »²⁴ à différents acteurs et actrices, chargées de mettre en œuvre les règles juridiques et les politiques publiques qui en découlent, au point où certains spécialistes considèrent le pouvoir discrétionnaire comme étant essentiel au fonctionnement du système juridique²⁵. De tels pouvoirs suscitent depuis longtemps

²² Robert Castel, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, Seuil, 2003 [Castel, *Insécurité*]; Philippe Mary, *Insécurité et pénalisation du social*, Bruxelles, Éditions Labor, 2003; Loïc Wacquant, *Les prisons de la misère*, Paris, Raisons d'agir, 1999 [Wacquant, *Prisons*].

²³ Guy Rocher, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2016 aux pp 98 et s [Rocher, *Études*].

²⁴ Patrice Garant, *Droit administratif*, 7^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017 à la p 13 [Garant, *Droit administratif*].

²⁵ Keith Hawkins, « The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 11 à la p 16 [Hawkins, « Perspectives »]; Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020 aux pp 69–73.

les débats chez les juristes. Si certains conçoivent ce moyen comme une façon d'atteindre une certaine justice individuelle, d'autres y voient plutôt une entorse au principe de la primauté du droit et un vecteur d'arbitraire²⁶. Les inquiétudes associées au pouvoir discrétionnaire sont particulièrement présentes dans le domaine criminel et pénal (ex. : profilage, abus de pouvoir, arbitraire), mais aussi dans tout ce qui touche au contrôle social de façon plus générale, domaines où les acteurs étatiques disposent parfois d'importants pouvoirs, permettant par exemple de limiter les droits et libertés²⁷. Au Canada, c'est notamment le cas en immigration, où la délégation de pouvoirs discrétionnaires occupe une place particulièrement importante dans l'architecture du droit et des politiques d'immigration²⁸ et où les agentes et agents frontaliers se voient octroyer des pouvoirs étendus (ex. : fouilles, saisies, arrestation, détention)²⁹.

C'est afin de comprendre la mise en œuvre des pouvoirs discrétionnaires dans le cadre du contrôle des indésirables que je fais un pas de côté sur le plan épistémique, afin de poser un « regard oblique »³⁰, propre à la sociologie, sur l'application du régime juridique encadrant la détention des personnes non citoyennes. À la suite de Michael Lipsky, plusieurs ont souligné l'importance de s'attarder au travail quotidien des fonctionnaires de première ligne³¹ pour comprendre ce que sont réellement les politiques publiques³², puisque c'est dans des situations concrètes, lorsque ces fonctionnaires rendent leurs décisions, que les règles juridiques et administratives prennent leur sens. Pour comprendre comment sont traités les problèmes sociaux aujourd'hui, il importerait donc de « saisir l'action publique par le bas »³³. Sur le plan de la mise en œuvre du droit, cela signifie de tenter de comprendre comment les fonctionnaires donnent du sens à des règles qui demeurent inévitablement indéterminées, en raison des multiples contradictions et ambiguïtés qui découlent

²⁶ Voir l'aperçu qu'en donnent Anna Pratt et Lorne Sossin : Anna Pratt et Lorne Sossin, « A Brief Introduction of the Puzzle of Discretion » (2009) 24:3 CJLS 301.

²⁷ Anna Pratt, « Dunking the Doughnut: Discretionary Power, Law and the Administration of the Canadian Immigration Act » (1999) 8 Social & Legal Studies 199 à la p 200 [Pratt, « Dunking »].

²⁸ Sharryn J Aiken et al, *Immigration and Refugee Law: Cases, Materials, and Commentary*, Toronto, Emond, 2015 à la p 126.

²⁹ Voir, à titre d'exemple, la *LIPR* (*supra* note 20) et la *Loi sur les douanes* (LRC 1985, c 1 (2^e supp)).

³⁰ Rocher, *Études*, *supra* note 23 à la p 3.

³¹ Traduction de « *street-level bureaucrats* ». À ce sujet, voir l'ouvrage phare de Michael Lipsky : Michael Lipsky, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, 2^e éd, New York, Russell Sage Foundation, 2010.

³² Voir par ex la revue que font de ces écrits Camille Hamidi et Mireille Paquet, « Redessiner les contours de l'État : la mise en oeuvre des politiques migratoires » (2019) 83 Lien social et Politiques 5; Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès, *Sociologie de l'action publique*, Malakoff, Armand Colin, 2018.

³³ Lascoumes et Le Galès, *supra* note 32 à la p 34.

de la réalité complexe de leur travail³⁴. Dans le cadre d'une décision, cette indétermination se meuble alors d'une multitude d'éléments dont Gérard Timsit et Andrée Lajoie disent qu'ils viennent surdéterminer le sens des règles³⁵.

Le premier chapitre pose la problématique générale de la mise en œuvre du droit dans le contrôle des indésirables, notamment à travers la lentille de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par les fonctionnaires de première ligne qui sont chargés d'appliquer les mécanismes de contrôle. Cette approche s'avère particulièrement pertinente dans la mesure où l'un des objectifs fondamentaux du droit de l'immigration consiste à faire le partage entre les personnes qui peuvent se joindre à la communauté nationale et celles qui doivent en être exclues³⁶ et que, pour faire ce partage, la loi met en place plusieurs de ces mécanismes et délègue d'importants pouvoirs.

C'est aux fonctionnaires de l'ASFC ainsi qu'aux commissaires de la CISR que la LIPR attribue au premier chef les pouvoirs de détention. En bref, les premiers ont le pouvoir d'arrêter et détenir les personnes non citoyennes tandis que les seconds doivent contrôler les motifs de la détention lorsqu'elle se prolonge au-delà de 48 heures³⁷. Ce régime a récemment été jugé conforme aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi qu'à celles qui découlent de la *common law* en matière d'équité procédurale³⁸, et ce, en dépit des critiques et de ses nombreux impacts négatifs et documentés. En outre, comme nous le verrons plus loin, la plus grande partie des détentions sont de trop courte durée pour faire l'objet d'un contrôle devant la CISR. Pour ces raisons, il importe donc de s'intéresser aux pratiques administratives sous-jacentes à la mise en détention des personnes non citoyennes, notamment aux pratiques des fonctionnaires de l'ASFC qui, en 2019-2020, ont détenu 8 825 personnes, dont 138 enfants³⁹.

³⁴ Lipsky, *supra* note 31.

³⁵ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 [Lajoie, *Jugements de valeurs*]; Gérard Timsit, *Archipel de la norme*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 [Timsit, *Archipel*].

³⁶ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 3.

³⁷ LIPR, *supra* note 20, arts 55, 57, 58

³⁸ *Brown v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FCA 130, [2020] FCJ No 835 [*Brown CAF*]; *Brown c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39408 (11 mars 2021).

³⁹ Agence des services frontaliers du Canada, « Arrestations, détentions et renvois – Statistiques annuelles sur les détentions – Exercice 2019 à 2020 », (8 septembre 2020), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/stat-2019-2020-fra.html> [ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 »]. Comme nous le verrons aussi plus loin, l'ASFC établit une distinction entre les personnes mineures formellement détenues en vertu de la LIPR et celles qui sont « hébergées », c'est-à-dire qui accompagnent leurs parents en détention. Les conséquences sont toutefois les mêmes pour ces enfants, malgré cette nuance.

Au Canada, le travail des agentes et agents frontaliers demeure particulièrement méconnu de façon générale⁴⁰. Ces fonctionnaires jouent pourtant un rôle primordial dans le contrôle des frontières, leurs décisions quotidiennes participant à la (re)production continue de ces frontières dont parle Anna Pratt⁴¹. C'est en effet par leurs « pratiques de tous les jours » [ma traduction] que les politiques frontalières se concrétisent, d'où l'importance d'en faire un objet d'étude à part entière⁴². En matière de détention, ce sont surtout les conditions de détention et leurs impacts qui ont fait l'objet de recherches empiriques. Il n'existe que très peu de données au sujet des pratiques de l'ASFC relatives aux décisions qui sous-tendent l'exercice du pouvoir de détention, une mesure qui pourtant incarne l'un des aspects les plus violents des frontières.

Le deuxième chapitre explore en détail la détention des personnes non citoyennes au Canada, en commençant par l'examen des groupes considérés aujourd'hui comme indésirables. Sont ensuite abordés les divers dispositifs de contrôle des frontières dans lesquels s'inscrit la détention et qui font ce partage entre personnes non citoyennes désirables et indésirables. Je présente également le cadre juridique et administratif de la détention, de même que le processus décisionnel que doivent suivre les fonctionnaires de l'ASFC lorsque l'on décide de recourir à cette mesure.

Les considérations développées dans ces deux premiers chapitres mènent à deux principales questions de recherche. D'une part, quels sont les types de pratiques qu'implique la mise en œuvre des mécanismes de contrôle des indésirables? D'autre part, quels facteurs les fonctionnaires prennent-ils en compte au moment de cette mise en œuvre et comment ces facteurs orientent et contraignent-ils l'exercice des pouvoirs discrétionnaires? Plus spécifiquement, cette recherche vise donc, d'une part, à mettre en lumière les pratiques administratives qui gravitent autour de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention qui est délégué aux fonctionnaires de l'ASFC. D'autre part, elle cherche à comprendre comment les agentes et agents de l'ASFC interprètent les règles qui encadrent ce pouvoir et de quelles manières ces règles sont appliquées au quotidien. Elle ne s'intéresse pas tant aux interprétations précises que font les fonctionnaires de ces règles qu'à leur processus d'interprétation, de même qu'aux facteurs qui l'orientent et le contraignent.

⁴⁰ À l'exception notable des recherches de Karine Côté-Boucher.

⁴¹ Anna Pratt, *Securing Borders. Detention and Deportation in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005 à la p 11 [Pratt, *Securing Borders*].

⁴² Karine Côté-Boucher, Federica Infantino et Mark B Salter, « Border Security as Practice: An Agenda for Research » (2014) 45:3 *Security Dialogue* 195 à la p 198.

Pour atteindre ces objectifs, je mobilise deux éléments. Le premier est d'ordre théorique. Afin de comprendre le processus décisionnel des agentes et agents de l'ASFC, je propose une grille de lecture qui permet de systématiser l'analyse des facteurs qui entrent en ligne de compte au moment de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention. Cet outil théorique s'inspire entre autres de travaux portant sur la mise en œuvre des politiques publiques dans les domaines de l'immigration, du contrôle des populations marginalisées et de l'application de la loi de façon générale. Il fait l'objet du troisième chapitre.

Le deuxième élément est d'ordre méthodologique. J'adopte une approche de sciences sociales, empirique et qualitative, qui permet de « saisir l'action publique par le bas »⁴³ en se rapprochant de l'expérience des fonctionnaires de l'ASFC et de plonger dans la complexité de leurs décisions. Je décris ces démarches dans le quatrième chapitre, démarches qui sont fortement tributaires de l'autorisation de faire une recherche de terrain auprès de fonctionnaires de l'ASFC qui m'a été accordée. Mon corpus de données se compose ainsi de dix-neuf entretiens de recherche effectués auprès de membres du personnel de cette organisation, qui occupent des postes variés dans les trois régions qui comptent le plus grand nombre de personnes détenues, soit le Québec, le Grand Toronto et le Pacifique (c.-à-d. la Colombie-Britannique).

L'analyse de ces données se déploie en deux temps. La première partie, plus descriptive, documente le travail quotidien des agentes et agents de l'ASFC relatif à la détention. Je présente ces résultats à l'aide d'éléments qui ont émergé au fil de la recherche de terrain, soit l'importance de la recherche et du partage des informations qui s'avèrent nécessaires pour mettre en œuvre ce mécanisme de contrôle de même que les partenariats et la collaboration sur lesquels repose en grande partie ce travail.

Dans la deuxième partie, je propose une analyse des facteurs dont les fonctionnaires de l'ASFC tiennent compte au moment d'exercer leur pouvoir discrétionnaire, en prenant appui sur le cadre théorique proposé au troisième chapitre. Cette cartographie détaille successivement les éléments qui se rapportent au contexte rapproché d'un dossier (ex. : les faits du cas, les interactions, les facteurs de vulnérabilité) ainsi qu'au contexte institutionnel (ex. : la culture organisationnelle, les contraintes opérationnelles). À travers la lentille du contrôle des indésirables, j'aborde finalement

⁴³ Lascoumes et Le Galès, *supra* note 32 à la p 34.

l'impact du contexte sociohistorique sur les figures de l'indésirabilité et leurs effets sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Le huitième et dernier chapitre propose une réflexion sur le cadre conceptuel mobilisé dans cette recherche. Il prend la forme d'une discussion portant d'une part sur la pertinence de ce cadre pour l'étude des pratiques de détention de l'ASFC et, d'autre part, sur les améliorations et modifications que les résultats de recherche permettent d'y apporter.

CHAPITRE 1 – LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DANS LE CONTRÔLE DES INDÉSIRABLES⁴⁴

L'identité de *ces gens* varie d'un lieu à l'autre, et d'une époque à l'autre. Il a pu s'agir de sorcières ou de lépreux, qui les unes comme les autres ont été tenus pour responsable de la peste noire. Cela a pu être des huguenots, dans la France du XVIII^e siècle. Cela a pu être des mennonites. [italiques dans l'original]⁴⁵

Introduction

Si l'identité de *ces gens* change en fonction des époques et des lieux, une constante demeure : leur présence. Cette recherche s'intéresse aux façons d'y réagir; elle porte sur le phénomène que je conçois comme le contrôle des « indésirables ». En bref, les « indésirables » sont ces personnes qui, pour différents motifs, sont considérées comme posant problème pour l'ordre social dominant et qui sont pour cette raison soumises à des mécanismes de contrôle. Toujours en fonction de l'époque et du lieu, ces mécanismes prennent des formes variées et sont mis en œuvre différemment⁴⁶.

Dans les sociétés occidentales, l'exercice du pouvoir (ou de la domination⁴⁷) peut se caractériser, selon la typologie de Max Weber⁴⁸, sous le type légal-rationnel. Le contrôle des indésirables s'y déploierait donc principalement à travers le droit⁴⁹. Or, le développement de l'appareil étatique contemporain et la complexité des questions auxquelles il est confronté a rendu inévitable la « délégation de vastes pouvoirs discrétionnaires »⁵⁰ à différentes instances⁵¹. On délègue ainsi de tels pouvoirs aux fonctionnaires des administrations publiques de manière à ce que des règles

⁴⁴ Certains passages de ma proposition de thèse, intitulée « Les pratiques du droit et le contrôle des indésirables : étude sociojuridique de la détention des non-citoyens au Canada » et présentée devant jury avec succès en juillet 2018, sont repris et adaptés dans les trois premiers chapitres.

⁴⁵ Discours prononcé par Margaret Atwood le 15 octobre 2017, à Francfort, à l'occasion de la réception du prix de la Paix des libraires allemands : Margaret Atwood, *La servante écarlate*, Robert Laffont, Paris, 2019 aux pp 18–19.

⁴⁶ Ces notions sont développées dans la première partie de ce chapitre.

⁴⁷ Chez Max Weber, la domination est le « pouvoir vu sous la forme de la structure institutionnalisée, ou à tout le moins formalisée, qu'il doit revêtir pour avoir quelque réalité, quelque efficacité » : Rocher, *Études*, supra note 23 à la p 581.

⁴⁸ Max Weber, *Économie et société/1. Les catégories de la sociologie*, Paris, Pocket, 1995 aux pp 290–301.

⁴⁹ Pour plus de détails sur ce point, voir la section 1.1.4, ci-dessous.

⁵⁰ Garant, *Droit administratif*, supra note 24 à la p 13. Cela concorde avec ce que Guy Rocher désigne comme l'une des deux principales mutations du droit des pays occidentaux depuis la Deuxième Guerre mondiale, soit « l'explosion du droit public [qui] est évidemment liée à l'extension de l'intervention de l'État, à la mise en place de l'État-providence » : Rocher, *Études*, supra note 23 à la p 99. Voir aussi la section 1.3, ci-dessous.

⁵¹ Pour une présentation plus détaillée des différents types de pouvoirs qui peuvent être délégués, voir la section 1.2.1, ci-dessous.

générales puissent être modulées en fonction des circonstances des cas particuliers qu'ils sont appelés à trancher⁵². Une telle flexibilité s'avère nécessaire pour répondre aux enjeux intrinsèquement complexes dans lesquels l'État doit intervenir, qui relèvent de plusieurs sphères de la vie sociale⁵³. Le contrôle des « indésirables » constitue l'un de ces domaines d'intervention étatique dans lequel la délégation de pouvoirs discrétionnaires occupe une place particulière : comme je l'explique plus bas, l'indésirabilité se concrétise toujours dans un contexte précis, son contrôle exige donc une certaine forme de plasticité pour s'y adapter.

La délégation de pouvoirs discrétionnaires soulève d'importantes questions sociales et juridiques. Du point de vue social, plusieurs ont souligné, à la suite de Michael Lipsky, l'importance du travail des fonctionnaires à qui sont délégués de tels pouvoirs dans la mise en œuvre des règles, notamment juridiques, qui encadrent les politiques publiques⁵⁴. Cette mise en œuvre ne se fait pas mécaniquement⁵⁵. Elle est plutôt le fruit du travail d'êtres humains qui se situent dans un contexte institutionnel et social particulier et qui, dans ce travail d'application du droit, doivent faire des choix complexes en tenant compte d'une multitude de facteurs. Ces décisions sont vues par certains comme constituant les politiques publiques, d'où l'importance d'y porter attention⁵⁶.

De plus, on considère fréquemment l'exercice de pouvoirs discrétionnaires comme un vecteur de reproduction d'inégalités sociales, ou comme une porte d'entrée pour la discrimination :

la notion administrative de discrétion tend à être associée en vrac à un marqueur d'injustice. Elle apparaît comme l'enveloppe, comme l'apparence euphémisée de l'injustice sociale et de la discrimination.⁵⁷

⁵² Pierre Thévenin, « Le droit hors de compte. L'aiguillage managérial de la discrétion policière » (2016) 40:2 *Déviante et Société* 165 à la p 168.

⁵³ Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 8; Maartje van der Woude et Joanne van der Leun, « Crimmigration Checks in the Internal Border Areas of the EU: Finding the Discretion That Matters » (2017) 14:1 *European Journal of Criminology* 27 à la p 30.

⁵⁴ Voir par ex Hamidi et Paquet, *supra* note 32; Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [Hawkins, *Uses of Discretion*]; Lipsky, *supra* note 31; Pratt et Sossin, *supra* note 26.

⁵⁵ Vic Satzewich, *Points of Entry: How Canada's Immigration Officers Decide Who Gets In*, Vancouver, UBC Press, 2016 à la p 49 [Satzewich, *Points of Entry*].

⁵⁶ Lipsky, *supra* note 31 à la p xiii; Audrey Levêque, « La sociologie de l'action publique » dans Marc Jacquemain et Bruno Frère, dir, *Épistémologie de la sociologie. Paradigmes pour le XXIe siècle*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2008, 53 à la p 61. Ces divergences entre ce que disent les règles et leur application concrète sont même vues par Patrick Hassenteufel comme une remise en question de l'idéal type wébérien de l'administration et de la bureaucratie comme forme de pouvoir légal rationnel : Patrick Hassenteufel, *Sociologie politique: l'action publique*, Paris, Armand Colin, 2016.

⁵⁷ Thévenin, *supra* note 52 à la p 167. Vic Satzewich relève ainsi que la discrétion est souvent perçue négativement et considérée comme porte d'entrée pour une prise de décisions biaisée au désavantage de certains groupes, sur la base de l'origine, de la couleur de peau, de l'ethnie : Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 37.

Lorsqu'il joue une fonction de contrôle, comme dans le cas du contrôle des « indésirables », le pouvoir discrétionnaire peut en outre susciter incertitude et insécurité chez les personnes qui en subissent les conséquences ainsi que mener à des abus par les personnes qui l'exercent⁵⁸. Les multiples cas de profilage racial, social ou politique documentés au Québec et à Montréal par les forces policières en constituent une illustration éloquente⁵⁹.

Du point de vue juridique, la fréquente délégation de pouvoirs discrétionnaires ferait de la discrétion un aspect désormais central de l'ordre juridique : règles de droit et pouvoir discrétionnaire seraient aujourd'hui inextricablement liés⁶⁰. Les juristes débattent néanmoins depuis longtemps de l'opportunité de recourir à de tels pouvoirs, notamment du fait de savoir si la discrétion est source de justice ou d'arbitraire⁶¹. Ce questionnement s'avère particulièrement pertinent dans le contexte du contrôle des « indésirables », où la mise en œuvre de tels pouvoirs entraîne fréquemment une limitation des droits et libertés. Comme l'indique Anna Pratt, « [m]anifestement, chaque fois que la loi délègue des pouvoirs discrétionnaires qui permettent l'abrogation des droits et libertés fondamentaux, la question s'avère d'une importance particulière » [ma traduction]⁶².

Dans cette recherche, je me concentre ainsi sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires dans le cadre du contrôle des « indésirables ». La première section de ce chapitre présente les concepts qui permettent de cerner ce phénomène : les motifs d'indésirabilité, ce qu'elle menace et les mécanismes de contrôle mis en place pour y répondre (1.1). La section suivante décortique, sous l'angle du droit ainsi que sous l'angle des sciences sociales, la notion de pouvoir discrétionnaire, qui occupe une place centrale dans la mise en œuvre des mécanismes de contrôle des « indésirables » (1.2). La troisième section porte sur le contexte juridique contemporain et ses

⁵⁸ François Crépeau, intervention, Conférence « Criminalizing Refuge and Solidarity », présentée à la Faculté de droit de McGill, 19 février 2020 [non publiée]; Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 16.

⁵⁹ Sur la question du profilage, voir par ex Victor Armony, Mariam Hassaoui et Massimiliano Mulone, *Les interpellations policières à la lumière des identités racisées des personnes interpellées. Analyse des données du Service de Police de la Ville de Montréal (SPVM) et élaboration d'indicateurs de suivi en matière de profilage racial*, Service de police de la ville de Montréal, 2019; Francis Dupuis-Déri, « Émergence de la notion de profilage politique : Répression policière et mouvements sociaux au Québec » (2014) 33:3 *Politique et Sociétés* 31; Christine Campbell et Paul Eid, *La judiciarisation des personnes itinérantes à Montréal : un profilage social*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2009.

⁶⁰ Et ce, en droit public de façon générale et pas uniquement en droit administratif. Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 11. Pour Pierre Issalys et Denis Lemieux, le « pouvoir discrétionnaire est essentiel [...] à la vie du droit » : Issalys et Lemieux, *supra* note 25 aux pp 69–73.

⁶¹ Voir le résumé qu'en font Anna Pratt et Lorne Sossin : Pratt et Sossin, *supra* note 26 aux pp 302–305.

⁶² Pratt, « Dunking », *supra* note 27 à la p 200.

impacts sur le contrôle des indésirables (1.3). J'explicite enfin dans la quatrième et dernière section les questions et objectifs qui guideront cette recherche (1.4).

1.1. Le contrôle des indésirables

Les « indésirables » sont ces groupes sociaux dont les membres sont, dans un espace social particulier, considérés comme dangereux ou inutiles (soit les motifs d'indésirabilité, détaillés plus bas) et qui, pour cette raison, sont visés par des mécanismes de contrôle. Ces mécanismes ont deux finalités (également détaillées plus bas) : ils visent soit à exclure l'indésirable d'un espace donné, soit à agir sur l'individu pour réduire ou éliminer son indésirabilité, c'est-à-dire pour le réformer.

Toutefois, avant d'être visé par un mécanisme de contrôle, un groupe social doit d'abord en venir à être considéré comme indésirable. Cette construction ou cette émergence⁶³ d'un groupe social particulier comme étant indésirable survient lorsque l'un des motifs d'indésirabilité lui est associé. Cette association résulte généralement d'une série d'actions, mais surtout de discours (ex. : politiques, médiatiques), tenus par des individus dotés d'un certain pouvoir ou d'une certaine reconnaissance sociale⁶⁴. Le groupe ainsi désigné émerge alors graduellement *en tant que groupe indésirable*, au fil des discours et actions qui font ces rapprochements et qui présentent le groupe comme posant problème et exigeant une réponse⁶⁵.

Ce processus d'émergence est indissociable du contexte sociohistorique⁶⁶ dans lequel il survient. Autrement dit, c'est toujours dans un contexte (social, historique, mais aussi politique et

⁶³ J'ai choisi de ne pas retenir la notion de construction sociale, qui fait l'objet de plusieurs définitions et usages distincts et dont les principales caractéristiques sont un sens partagé (intersubjectif) donné à une réalité, un ancrage dans un contexte précis ainsi qu'un « statut » de vérité, dans la mesure où une construction sociale, bien que contingente, est donnée pour naturelle, inévitable : voir par ex Peter L Berger et Thomas Luckmann, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2012; Ian Hacking, *Entre science et réalité : la construction sociale de quoi?*, Paris, La Découverte, 2001.

⁶⁴ Bourbeau, « Processus et acteurs », *supra* note 5 à la p 25. Voir aussi John Austin, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1991; Pierre Bourdieu, *Ce que parler veut dire : l'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982 [Bourdieu, *Ce que parler veut dire*].

⁶⁵ Dans le cas de l'immigration, voir la section 2.1.2.2, ci-dessous. Pour un second exemple de la manière dont les discours politiques contribuent à l'émergence d'un groupe social comme étant problématique, voir Vincent Dubois et Marion Lieutaud, « La « fraude sociale » en questions. La naturalisation d'une thématique politique au prisme des questions à l'Assemblée nationale (1986-2017) » (2020) 70:3 *Revue française de science politique* 341.

⁶⁶ Le dictionnaire Larousse donne la définition suivante du mot contexte : « Ensemble des circonstances dans lesquelles se produit un événement, se situe une action » : Larousse, *sub verbo* « contexte », en ligne : <www.larousse.fr/dictionnaires/francais/contexte/18593?q=contexte#18491>. Cette notion échappe à toute définition précise, dans la mesure où il est impossible d'identifier à l'avance toutes les dimensions pertinentes d'un contexte pour l'étude d'un problème.

économique) précis que les motifs d'indésirabilité sont associés à un groupe social, que l'on cherche ensuite à contrôler à l'aide de différents mécanismes. À ce titre, l'exemple de l'émergence et de l'évolution des vagabonds en tant que groupe indésirable en Grande-Bretagne est instructif⁶⁷. Au quatorzième siècle, les besoins en travailleurs y sont criants : la peste noire a décimé près de la moitié de la population et l'économie repose en partie sur la disponibilité de main-d'œuvre bon marché. Dans ce contexte, le fait pour certains individus de mendier ou de refuser de travailler devient alors indésirable aux yeux des classes possédantes (de même que le fait de leur donner l'aumône⁶⁸). En raison de la passivité, de l'oisiveté, autrement dit de *l'inutilité* qu'on leur associe, les vagabonds émergent en tant que groupe indésirable. En conséquence, on légifère en 1349 pour les forcer à travailler, sous peine d'emprisonnement⁶⁹. Plus tard, au cours du seizième siècle, le vagabondage sera davantage associé à l'instabilité sociale et à la criminalité. William Chambliss explique ce changement par le fait que les échanges commerciaux occupent alors une place de plus en plus importante dans l'économie de la Grande-Bretagne. Les Italiens jouent un rôle de premier plan dans ces échanges et, considérés défavorablement par la population, sont victimes de nombreux vols. Le vagabondage est associé à ce type de criminalité et le vagabond qui ne peut justifier de quelle façon « il gagne légalement sa vie » [ma traduction]⁷⁰ peut faire l'objet de sanctions pénales. C'est en raison du *danger* présumé qu'ils posent pour les commerçants que les vagabonds seront alors perçus comme indésirables – et visés par de nouveaux mécanismes de contrôle. Le fait d'être vagabond constitue alors, au même titre que les crimes commis, un affront à l'ordre social.

Cet exemple illustre de quelle façon, dans un contexte donné, un groupe social peut être désigné et émerger en tant que groupe indésirable pour par la suite être visé par différents mécanismes de contrôle. Les inquiétudes qui entourent le vagabondage et la mobilité de certains groupes qui ne voudraient pas travailler préfigurent par ailleurs, dans une certaine mesure, les inquiétudes contemporaines liées aux migrations internationales et à la mobilité de (certaines) personnes non

⁶⁷ William J Chambliss, « A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy » (1964) 12 *Social Problems* 67 [Chambliss, « Law of Vagrancy »]. Voir aussi Bridget Anderson, *Us and Them? The Dangerous Politics of Immigration Control*, Oxford, Oxford University Press, 2013 aux pp 12 et s; Leanne Weber et Benjamin Bowling, « Valiant Beggars and Global Vagabonds: Select, Eject, Immobilize » (2008) 12:3 *Theoretical Criminology* 355.

⁶⁸ Quoique de telles interdictions de vagabondage ou de mendicité s'accompagnent généralement de mesures d'assistance pour les personnes qui ne peuvent pas travailler : Frances Fox Piven et Richard A Cloward, *Regulating the Poor: The Functions of Public Welfare*, New York, Vintage Books, 1972 aux pp 8 et s.

⁶⁹ Chambliss, « Law of Vagrancy », *supra* note 67 à la p 70.

⁷⁰ *Ibid* à la p 72, citant une loi adoptée en 1530.

citoyennes⁷¹. Cet exemple illustre de plus les deux motifs qui sont à la racine de l'indésirabilité : l'inutilité et le danger.

1.1.1. Ce qui est indésirable : l'inutilité et le danger

En tant que motif d'indésirabilité, l'inutilité est associée aux personnes qui n'apportent pas de contribution jugée acceptable à leur collectivité et qui sont donc vues comme une charge, un fardeau, « une chose pénible qu'il faut supporter »⁷² pour les autres membres de cette collectivité. La personne jugée inutile est ainsi considérée comme vivant aux dépens des autres. Seulement, ce ne sont pas nécessairement toutes les personnes dans cette situation qui seront jugées indésirables puisqu'il est parfois estimé légitime pour certaines d'entre elles de ne pas apporter cette contribution.

La conception de l'inutilité prend forme de manière différente selon les époques et les lieux. En certains endroits, à certains moments, il a pu s'agir de bouches à nourrir « non productives », comme les enfants ou les vieillards⁷³. Depuis l'aube de la révolution industrielle, l'inutilité est intimement liée à l'importance croissante accordée au fait de travailler afin de « s'insérer dans le circuit productif »⁷⁴. « S'insérer dans le circuit productif » signifie être en mesure de contribuer à la production de biens et services (ainsi que de les consommer), contribution qui repose sur la bonne santé, physique⁷⁵ ou mentale⁷⁶, de l'individu, et de plus en plus sur ses compétences⁷⁷. Ceux et celles qui s'écartent de ce modèle de productivité sont considérés comme inutiles, le « travail salarié » étant vu, au détriment d'autres formes de travail comme le bénévolat ou le travail domestique, comme la principale – voire l'unique – façon respectable de contribuer à la société⁷⁸.

⁷¹ Ce qui est illustré de façon convaincante dans Anderson, *Us and Them*, supra note 67 aux pp 12 et s.

⁷² Le Petit Robert, Paris, 2007, *sub verbo* « fardeau ».

⁷³ Henri Dorvil, Marc Renaud et Louise Bouchard, « L'exclusion des personnes handicapées » dans Fernand Dumont, Simon Langlois et Yves Martin, dir, *Traité des problèmes sociaux*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, 711 à la p 722.

⁷⁴ *Ibid* à la p 715.

⁷⁵ Dans les mots d'Henri Dorvil, Marc Renaud et Louise Bouchard : « [p]our protéger l'accumulation du capital, il faut garder les bras ouvriers en bon état de fonctionner et de produire le PIB » : *ibid* à la p 721.

⁷⁶ Robert Castel présente par exemple les nouveaux modes d'intervention psychologique comme s'inscrivant dans une stratégie néolibérale orientée en fonction des exigences de l'économie de marché : Robert Castel, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, Paris, Éditions de Minuit, 1981 [Castel, *Gestion des risques*].

⁷⁷ À titre d'exemple, pour Loïc Wacquant, les divisions entre classes sociales cèdent le pas à une division entre compétents et incompétents : Wacquant, *Prisons*, supra note 22.

⁷⁸ Olivier Ducharme, *Travaux forcés. Chemins détournés de l'aide sociale*, Montréal, écosociété, 2018 aux pp 31–37 [Ducharme, *Travaux forcés*].

Dans plusieurs sociétés industrielles, néanmoins, des mesures de protection sociale sont mises en place pour les personnes qui, pour diverses raisons jugées légitimes, comme un handicap, une maladie, un âge avancé, ne sont plus ou pas en mesure de travailler⁷⁹.

Si cette forme particulière de l'inutilité émerge avec la révolution industrielle et l'urbanisation⁸⁰, elle acquiert une importance renouvelée avec la montée du néolibéralisme dans nos sociétés contemporaines où s'effritent les systèmes de protection sociale hérités de l'État-providence : l'individu qui n'est pas en mesure de subvenir à ses besoins, considéré seul responsable de son sort, est alors vu comme un fardeau pour la collectivité qui s'est défait de sa responsabilité de soutenir les plus démunis⁸¹. Dans ce contexte où le travail constitue à la fois « un devoir moral, [...] une obligation sociale, [...] la voie vers la réussite personnelle » [accent dans l'original]⁸², des groupes sociaux comme les personnes en situation d'itinérance ou les personnes assistées sociales, dont on dit qu'elles refuseraient sciemment d'exercer un travail, sont considérées comme indésirables en raison de cette inutilité entendue en termes de contributions économiques ainsi qu'en raison du fait qu'elles ne peuvent pas faire valoir de raison légitime pour ce « refus » de travailler. Il y a donc ici une distinction à faire entre, d'une part, les groupes qui « choisiraient » l'inutilité et qui sont conséquemment indésirables ainsi que, d'autre part, les groupes qui « subiraient » cette inutilité, soit les personnes inaptes au travail (ex : personnes malades). Cette distinction recoupe en partie la distinction établie de longue date entre les pauvres méritants et non méritants⁸³. De plus, l'accent mis sur la responsabilité individuelle (souvent au détriment de considérations sociales plus larges) fait en sorte que les raisons pour lesquelles il est légitime de demander des mesures de protection sociale sont de moins en moins nombreuses (d'ailleurs, pas

⁷⁹ Piven et Cloward, *supra* note 68 aux pp 3–41.

⁸⁰ Dorvil, Renaud et Bouchard, *supra* note 73 à la p 721. Michel Foucault parle de la formation de l'État moderne et du développement du capitalisme, qui exige l'insertion des corps dans l'appareil de production et l'ajustement des phénomènes de population aux processus économiques : Michel Foucault, *Histoire de la sexualité. 1. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976 [Foucault, *Volonté de savoir*]; Michel Foucault, « Il faut défendre la société ». *Cours au Collège de France. 1975-1976*, Paris, Gallimard/Seuil, 2006 à la p 32 [Foucault, *Défendre*].

⁸¹ Voir Castel, *Insécurité*, *supra* note 22; Loïc Wacquant, *Punir les pauvres : le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Marseille, Agone, 2004 [Wacquant, *Punir les pauvres*]. Voir aussi la section 2.1.1.1, ci-dessous.

⁸² Ducharme, *Travaux forcés*, *supra* note 78 à la p 36, citant André Gorz, *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*, Paris, Gallimard, 2004 aux pp 343–344.

⁸³ Voir par ex Anderson, *Us and Them*, *supra* note 67 à la p 26; Vincent Dubois, *La vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère*, 2^e éd, Paris, Economica, 2003 aux pp 123–124 [Dubois, *Guichet*]; Malcolm Golightley et Margaret Holloway, « Editorial » (2016) 46:1 *The British Journal of Social Work* 1 à la p 1.

que dans le domaine du travail ou de la protection sociale⁸⁴). Ainsi, autour de cet accès (il)légitime aux diverses mesures publiques de protection prend place une importante lutte contre la fraude, qui vise à débusquer les personnes qui demanderaient cette aide de façon injustifiée et trompeuse. Dans le cas de la France, on assiste ainsi à partir des années 1990 à l'émergence de la « fraude sociale » comme problème dans les débats publics⁸⁵. En conséquence, ces efforts de lutte contre la fraude peuvent faire peser un soupçon d'illégitimité (et par extension de criminalité) sur l'ensemble des personnes qui la sollicitent. Par exemple, dans le cas de l'aide sociale au Québec, Olivier Ducharme explique que le battage médiatique autour de la lutte contre la fraude à l'aide sociale a nourri un soupçon généralisé à l'égard de l'ensemble des personnes assistées sociales⁸⁶. Dans les débats publics, la fraude peut désigner un ensemble diversifié de pratiques qui vont au-delà de la définition de la fraude par le droit criminel⁸⁷.

Le deuxième motif d'indésirabilité est le danger, qui est « ce qui constitue une menace, un risque pour quelqu'un, quelque chose »⁸⁸. Il s'agit d'une notion polysémique, dont il est difficile de donner une définition précise. Le danger prend différentes formes selon les époques et les sociétés (ainsi que ce envers quoi il constitue une menace, comme discuté plus bas). En ce sens, un danger donné se manifeste toujours dans un contexte sociohistorique précis, ce qui veut dire qu'à différents moments, en différents lieux, le danger pourra prendre une ou plusieurs connotations nouvelles⁸⁹.

Il peut être associé à un élément naturel (ex. : une catastrophe naturelle), un objet (ex. : une arme), un acte (ex. : la tentative de meurtre), un groupe de personnes à qui l'on attribue une ou des

⁸⁴ Dans le domaine de l'immigration, voir par ex Petra Molnar Diop, « The “Bogus” Refugee: Roma Asylum Claimants and Discourses of Fraud in Canada's Bill C-31 » (2014) 30:1 *Refuge* 67; Alexis Spire, *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Paris, Raisons d'agir, 2008 [Spire, *Accueillir ou reconduire*].

⁸⁵ Dubois et Lieutaud, *supra* note 65. Cette thématique occupe les débats publics ailleurs également, quoique parfois à différentes époques : *ibid* aux pp 366–370.

⁸⁶ Ducharme, *Travaux forcés*, *supra* note 78 aux pp 122–129. Voir aussi Ragnar Lundström, « Framing Fraud: Discourse on Benefit Cheating in Sweden and the UK » (2003) 28:6 *European Journal of Communication* 630.

⁸⁷ Il s'agit parfois ainsi d'oublis ou erreurs administratives : Vincent Dubois, *Contrôler les assistés. Genèses et usages d'un mot d'ordre*, Paris, Raisons d'agir, 2021 à la p 14 [Dubois, *Contrôler*]. En droit canadien, la fraude est définie par le Code criminel comme l'usage de la « supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif » dans le but de « frustrer[r] le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur » : *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art (1). Voir aussi les dispositions pénales de la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles* (RLRQ, c A-13.1.1), notamment l'article 126 qui stipule que « [c]ommet une infraction et est passible d'une amende d'au moins 250 \$ et d'au plus 1 500 \$ quiconque fait une déclaration alors qu'il sait qu'elle est incomplète ou qu'elle contient un renseignement faux ou trompeur, transmet un document incomplet ou contenant un tel renseignement ou omet de faire une déclaration en vue » d'obtenir certaines mesures d'aide prévue par cette loi.

⁸⁸ Larousse, *sub verbo* « danger », en ligne : <www.larousse.fr/dictionnaires/francais/danger/21607>.

⁸⁹ David Le Breton, *Sociologie du risque*, 1^e éd, Que sais-je?, Paris, Presses universitaires de France, 2012 aux pp 31 et s.

caractéristiques communes (ex. : les délinquants). Pour mes fins, je considérerai le danger lorsqu'il est associé à un groupe de personnes (ex. : les « fous », les personnes non citoyennes en situation irrégulière) ou à des actes ou comportements que l'on attribue à un groupe de personnes (ex. : les incivilités associées aux personnes en situation d'itinérance). Dans l'exemple ci-dessus, les vagabonds sont devenus dangereux lorsqu'associés au brigandage visant les commerçants étrangers. Le danger résulte ainsi de la qualification d'actes, de comportements ou de groupes particuliers en tant que dangers, qui ne sont pas dangereux par essence⁹⁰. Par exemple, Michel Foucault démontre de quelle façon, en France, la chute de l'Ancien Régime a apporté une nouvelle conception des illégalismes considérés dangereux, soit ceux associés aux classes populaires⁹¹. La question de la sécurisation des migrations internationales offre un exemple plus contemporain, où le mouvement de certains groupes de personnes non citoyennes est abordé sous l'angle des dangers supposés qu'il présente, comme la criminalité transnationale (ex. : trafic d'armes ou de drogues, trafic de migrants et traite d'êtres humains) ou le terrorisme⁹². De plus, dans un contexte sociohistorique donné, le danger s'incarne de diverses manières. Sur le plan juridique, par exemple, la définition de danger diffère selon la branche du droit en question⁹³.

Pour discuter du danger dans nos sociétés contemporaines, il m'apparaît primordial d'aborder la notion de risque⁹⁴, que l'on peut définir succinctement comme un « danger éventuel plus ou moins

⁹⁰ Voir, au sujet des délinquants, Jean Dozois, Michèle Lalonde et Jean Poupart, *Construction sociale de la dangerosité, pratique criminologique et système pénal*, Québec, Conseil québécois de la recherche sociale, 1989 à la p 84 : « Dire que la dangerosité est un construit social, c'est dire qu'elle n'est pas une qualité que possèdent en soi certains actes ou certains individus. Plutôt, elle est une qualification sociale qui est apposée à certains actes et pas à d'autres de même qu'à certains individus et pas à d'autres » [souligné dans l'original].

⁹¹ Ce qu'il appelle la gestion différentielle des illégalismes : Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975 aux pp 317 et s [Foucault, *Surveiller*]. Pour une exploration contemporaine des manifestations de ce phénomène, voir le quinzième volume de la revue *Champ pénal*.

⁹² Voir la section 2.1.1.2, ci-dessous.

⁹³ Voir, par exemple, la notion de « risque important pour la sécurité du public » pour l'accusé non criminellement responsable : *Code criminel*, supra note 87, art 672.54; *Winko c Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 RCS 625 au para 57, 175 DLR (4th) 193; la notion de « danger » pour le délinquant dangereux : *Code criminel*, supra note 87, art 753 (1); *R c Lyons*, [1987] 2 RCS 309 aux pp 363 et s, 44 DLR (4th) 193; la notion de « danger » pour la personne dangereuse en raison de son état mental : art 30 CcQ; *A c Centre hospitalier de St Mary*, 2007 QCCA 358 au para 17, [2007] RJQ 483; la notion de « danger pour la sécurité du Canada » pour la personne non citoyenne reconnue comme réfugiée : *LIPR*, supra note 20, art 115; *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1 aux para 81 et s, [2002] 1 RCS 3 [Suresh].

⁹⁴ Ulrich Beck, *La société du risque*, Paris, Aubier, 1986 [Beck, *Société du risque*]; Castel, *Gestion des risques*, supra note 76. Pour Denise Helly, « [l]e risque sous diverses formes intérieures et extérieures devient, au fil des décennies 1980-2000, un item de gouvernement » : Denise Helly, « La légitimité en panne ? Immigration, sécurité, cohésion sociale, nativisme » (2009) 74 *Cultures & Conflits* 11 à la p 24 [Helly, « Légitimité en panne »].

prévisible »⁹⁵. Les relations entre danger et risque sont complexes; je propose ici trois dimensions pour les penser.

La première est temporelle. Comme le danger, le risque constitue une menace pour quelqu'un ou quelque chose. Seulement, il reste imprévisible⁹⁶. La nuance est importante puisque si l'on réagit à un danger pour le réprimer, on cherche plutôt à prévenir qu'un risque se matérialise⁹⁷. Ulrich Beck met bien en évidence cette composante future du risque. Plutôt que le passé, c'est l'avenir, que l'on cherche à prédire à l'aide d'outils et de technologies d'évaluation et gestion du risque, qui est déterminant pour le présent⁹⁸. Comme on le verra, il n'est toutefois pas exclu que le danger soit l'objet d'un exercice prospectif, par exemple lors de l'évaluation de la dangerosité d'un individu.

Ensuite, ces relations peuvent se penser en matière d'intensité ou d'imminence de la menace. Le danger est avéré, imminent. À l'opposé, le risque demeure diffus, « incertain ou sournois »⁹⁹. Combiné à la dimension temporelle, le niveau de risque peut donc se concevoir comme la probabilité qu'un danger se matérialise. Un niveau de risque élevé nous rapproche de l'imminence d'un danger, alors qu'un faible niveau de risque indique qu'il est peu probable que le danger se concrétise. La démarcation entre ce qui est dangereux et ce qui n'est que « risqué » reste mouvante selon les lieux, les domaines, voire les personnes¹⁰⁰.

La troisième dimension qui permet de penser la relation entre le danger et le risque concerne leur mode d'évaluation. Le danger peut également s'évaluer de manière prospective. En effet, une personne peut être considérée comme dangereuse en raison d'actes qu'elle a commis, mais aussi d'actes qu'elle pourrait commettre. On doit ainsi se livrer à un calcul de sa dangerosité, de la probabilité qu'un danger se matérialise, donc à une analyse du potentiel de danger qu'elle présente. L'évaluation de la dangerosité demeure, comme le risque, un calcul de probabilités¹⁰¹. Toutefois,

⁹⁵ Le Petit Robert, Paris, 2007, *sub verbo* « risque ».

⁹⁶ Emmanuelle Bernheim, « Une tension normative irréconciliable. Les discours psychiatriques et juridiques sur le risque psychiatrique » (2009) 40 RDUS 31 à la p 39 [Bernheim, « Tension normative »].

⁹⁷ *Ibid* à la p 41.

⁹⁸ Beck, *Société*, *supra* note 94.

⁹⁹ Bernheim, « Tension normative », *supra* note 96 à la p 39.

¹⁰⁰ Certains calculs de risque sont le fait de perceptions subjectives, certaines partagées, d'autres plus personnelles : Marwan Mohammed, « Enquêter sur la criminalité organisée, entre la rue, l'État et les injonctions paradoxales du milieu académique », présentée au Carrefour des arts et des sciences de l'Université de Montréal, 3 novembre 2021 [non publiée]. Le Breton, *supra* note 89 aux pp 31 et s.

¹⁰¹ Comme le fait remarquer Robert Castel, la « dangerosité est une notion assez mystérieuse, et profondément paradoxale, puisqu'elle implique à la fois l'affirmation de la présence d'une qualité immanente au sujet (« il est dangereux »), et une simple probabilité, une donnée aléatoire, puisque la preuve du danger ne sera donnée que dans

l'évaluation du risque ne résulte pas de l'examen d'une personne, mais de la combinaison de différentes données à l'échelle d'une population. On « autonomise » alors

la notion de risque par rapport à celle de danger. Un risque ne résulte pas de la présence d'un danger précis, porté par un individu ou même par un groupe concret. Il est un effet de la mise en relation de données abstraites ou facteurs qui rendent plus ou moins probable l'avènement de comportements indésirables.¹⁰²

L'évaluation du risque nécessite ainsi des données sur un ensemble d'individus, autrement dit sur une population¹⁰³. Il se repère à l'aide de facteurs qui ne sont pas en eux-mêmes des éléments de dangerosité (ex. : une infraction passée, traits de personnalité). Ainsi, ce qui présente un risque se conçoit plus largement que ce qui constitue un danger. L'impact pour les individus visés par des mesures de prévention du risque est significatif puisque plutôt que de s'appliquer à une personne qui présente un danger avéré (ex. : reconnue coupable d'un crime grave), elles ont pour objet un groupe de personnes qui partagent certains traits perçus comme autant de facteurs de risque (ex. : les personnes en situation d'itinérance)¹⁰⁴. La présence d'un de ces traits place la personne sur une sorte de pente glissante, comme si derrière ce trait se profilait un danger réel : la « première des irrégularités et le dernier des crimes » partagent ainsi un « certain signifié commun »¹⁰⁵. Le risque concerne donc un plus grand nombre de personnes en ce sens qu'il leur est plus facilement associé que le danger. De cette façon, une mesure visant à prévenir un risque s'appliquera plus amplement qu'une mesure visant à réprimer un danger. Pour reprendre l'exemple cité en début de chapitre, les vagabonds du seizième siècle en Grande-Bretagne ne sont pas visés pour des crimes qu'ils ont commis, mais des crimes potentiels que l'on associe à leur mode de vie.

En outre, dans plusieurs domaines (ex. : criminologie, psychologie, psychiatrie), il s'est développé toute une série de connaissances et d'outils, notamment actuariels¹⁰⁶, autour de l'évaluation des

l'après coup, si le passage à l'acte a effectivement lieu » : Robert Castel, « De la dangerosité au risque » (1983) 47 Actes de la recherche en sciences sociales 119 à la p 120 [Castel, « Dangerosité »].

¹⁰² *Ibid* à la p 122.

¹⁰³ Par exemple, pour Michel Foucault, la notion de risque est associée aux dispositifs de sécurité (ou de gouvernementalité) et nécessite, pour que le calcul puisse s'établir, de grands ensembles de données à l'échelle de la population (composée de cas). La division d'une population en sous-groupes ou par les caractéristiques des cas (ex. : âge, milieu de vie) permet de faire des calculs de risque différencié (haut ou faible risque) : Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Gallimard/Seuil, 2006 à la p 63 [Foucault, *Sécurité*].

¹⁰⁴ Castel, *Gestion des risques*, *supra* note 76.

¹⁰⁵ Foucault, *Surveiller*, *supra* note 91 à la p 350.

¹⁰⁶ Ce type d'outils n'est pas utilisé exclusivement à l'égard des indésirables considérés dangereux. Voir par ex Dubois *Contrôler*, *supra* note 87 aux pp 233–260.

risques. Ces outils font par ailleurs l'objet de nombreuses recherches¹⁰⁷ et de critiques, qui leur reprochent notamment de produire des évaluations biaisées¹⁰⁸.

1.1.2. Ce qui doit être protégé : la sécurité et l'ordre social dominant

À l'instar des groupes qui présentent un danger, la personne ou la chose qui est menacée par ce danger varie selon les époques et les lieux, quoique dans une moindre mesure. Afin de désigner les objets de cette menace, on recourt fréquemment à la notion de sécurité, entendue comme la sécurité d'une personne, de sa vie, de sa santé, de son intégrité et aussi de ses biens. À un niveau plus macro, il y a aussi le danger pour la sécurité d'un groupe, d'une communauté, d'un État et ses institutions. Par exemple, Suzanne Huot *et al* démontrent de quelles façons certains groupes de personnes non citoyennes sont construits comme posant des menaces pour l'économie, le système d'immigration et la sécurité nationale¹⁰⁹. Pour Ghassan Hage, la montée du discours islamophobe des dernières années s'explique par la menace que poseraient des musulmans « ingouvernables » au mode dominant d'habitation du monde¹¹⁰. De façon similaire, Emmanuelle Bernheim pose que les « fous » ont été construits comme présentant un risque pour les valeurs et le « style de vie » dominants¹¹¹. Henri Dorvil, Marc Renaud et Louise Bouchard parlent des « équilibres sociaux traditionnels » remis en question par les personnes en situation de handicap¹¹² alors que Jean Dozois, Michèle Lalonde et Jean Poupart mentionnent « l'ordre social » menacé par les délinquants¹¹³. Alexis Spire observe que les personnes non citoyennes peuvent être considérées comme une menace à « l'ordre national »¹¹⁴. Tim Wise explique de quelle façon l'idée de « race blanche » s'est constituée aux États-Unis, aux dix-septième et dix-huitième siècles, pour permettre aux élites de préserver leurs privilèges :

¹⁰⁷ Voir par ex, dans le domaine criminel : Stephen D Gottfredson et Laura J Moriarty, « Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications » (2006) 52:1 *Crime & Delinquency* 178; Seth J Prins et Adam Reich, « Criminogenic Risk Assessment: A Meta-Review and Critical Analysis » (2021) 23:4 *Punishment & Society* 578.

¹⁰⁸ Voir par ex Bernard E Harcourt, *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago, University of Chicago Press, 2006; Gwen van Eijk, « Socioeconomic Marginality in Sentencing: The Built-in Bias in Risk Assessment Tools and the Reproduction of Social Inequality » (2017) 19:4 *Punishment & Society* 463.

¹⁰⁹ Huot et al, *supra* note 5.

¹¹⁰ Qui serait celui de la « domestication généralisée ». Ghassan Hage, *Le loup et le musulman: le racisme est-il une menace écologique ?*, Marseille, Wildproject, 2017.

¹¹¹ Bernheim, « Tension normative », *supra* note 96 à la p 46.

¹¹² Dorvil, Renaud et Bouchard, *supra* note 73 à la p 721.

¹¹³ Dozois, Lalonde et Poupart, *supra* note 90 à la p 59.

¹¹⁴ Spire, *Accueillir ou reconduire*, *supra* note 84 aux pp 36–62.

*But the notion of the white race found traction in the North American colonies, not because it described a clear scientific concept or some true historical bond between persons of European descent, but rather because the elites of the colonies (who were small in number but controlled the vast majority of colonial wealth) needed a way to secure their power. At the time, the wealthy landowners feared rebellions, in which poor European peasants might join with African slaves to overthrow aristocratic governance; after all, these poor Europeans were barely above the level of slaves themselves, especially if they were indentured servants.*¹¹⁵

Ainsi, si certains membres de groupes indésirables incarnent un danger imminent pour la sécurité entendue dans un sens physique ou matériel, d'autres présentent parfois un danger plus diffus – un risque – pour quelque chose d'également plus diffus, comme les valeurs associées à un style de vie ou aux privilèges de certains groupes. Les indésirables se rejoignent ici dans cette menace diffuse qu'ils posent envers « les équilibres sociaux traditionnels » ou « l'ordre social dominant ». Alors que les groupes considérés comme inutiles sont vus comme représentant un fardeau pour les finances publiques ou comme menace symbolique aux valeurs de la collectivité¹¹⁶, ceux qui sont vus comme étant dangereux menacent également, au-delà des personnes ou des biens, les valeurs dominantes (ex. : ordre moral, ordre public). À titre d'exemple, des attentats terroristes sont fréquemment dépeints comme constituant une attaque contre un pays, contre ses valeurs.

La sécurité demeure une notion difficile à cerner avec précision. D'abord, ce qui doit être protégé, ce qui doit demeurer en sécurité, change selon l'échelle où l'on se place. À un niveau individuel, il s'agit de protéger l'intégrité physique ou psychologique ainsi que les biens d'une personne. À l'échelle d'un espace social, il peut s'agir de protéger l'ensemble d'une communauté contre des menaces comme le terrorisme (on parlera par exemple de sécurité nationale), mais aussi de préserver l'ordre social dominant. Ensuite, comme mentionné précédemment, cette notion varie au gré du contexte sociohistorique. Enfin, la constitution d'un groupe dont on doit protéger les privilèges et le style de vie – en d'autres termes l'ordre social dominant – s'accompagne inévitablement de la constitution d'un ou de plusieurs groupes desquels on doit se protéger¹¹⁷.

¹¹⁵ Tim J Wise, *White Like Me: Reflections on Race from a Privileged Son*, New York, Soft Skull Press, 2008 à la p 149. On construit l'idée d'une « race blanche » en y associant, notamment par une série d'initiatives législatives, un ensemble de privilèges refusés aux esclaves noirs. Puis, à plusieurs reprises durant l'histoire américaine, cette idée, à laquelle se joint l'idée d'un « style de vie » [ma traduction] particulier, sera utilisée pour convaincre les personnes blanches des classes plus pauvres de s'unir aux élites plutôt qu'aux personnes noires des mêmes classes sociales, avec qui elles partagent pourtant des intérêts économiques : *ibid* aux pp 148–52.

¹¹⁶ Dubois et Lieutaud, *supra* note 65 à la p 343.

¹¹⁷ Comme le souligne Elsa Dorlin, « [c]onstituer la sécurité comme norme de vie n'est possible qu'à la condition de produire des *insécurités* contre lesquelles l'État apparaît (et se présente) comme le seul recours » [italiques dans l'original] : Elsa Dorlin, *Se défendre: une philosophie de la violence*, Paris, Zones, 2017 à la p 146.

Comme l'écrivent Norbert Elias et John L. Scotson, « [l]e charisme collectif que l'on s'attribue et la disgrâce que l'on prête aux autres sont partout des phénomènes complémentaires »¹¹⁸, phénomènes qui visent notamment à maintenir certains groupes en position de supériorité et d'autres en position d'infériorité. Pour reprendre l'exemple mentionné par Tim Wise, aux États-Unis, les personnes blanches vont se définir en tant que groupe partageant un mode de vie à défendre par opposition aux personnes noires¹¹⁹. Pour Jef Huysmans, ce qui doit être protégé (ici la communauté et son mode de vie) se définit également par les menaces, construites, qui pèsent sur elle.

*In security practices the political and social identification of a community and its way of life develop in response to an existential threat. The community defines what it considers to be the good life through the reification of figures of societal danger such as the criminal, the mentally abnormal, and the invading enemy.*¹²⁰

En quelques mots, donc, ce que l'on cherche à maintenir en sécurité et les dangers à la sécurité se construisent réciproquement, toujours dans un contexte sociohistorique particulier. Comme le remarque Didier Bigo, il en découle ainsi que la sécurité échappe à toute définition définitive.

La sécurité n'est pas le contraire de l'insécurité et du danger. Elle n'est pas libération à l'égard d'un danger objectif pour tous ou du moins elle ne s'y réduit pas. La sécurité se construit. En ce sens, toute définition visant à l'objectiver une fois pour toute [sic] est contestable. L'incertitude mine la définition de la sécurité et des objets auxquels elle se réfère.¹²¹

Je pose donc qu'un groupe social indésirable est un groupe qui, en raison de traits ou comportements communs attribués à ses membres, est considéré comme inutile, c'est-à-dire ne voulant pas « s'insérer dans le circuit productif »¹²², ou dangereux, c'est-à-dire comme présentant un danger ou un risque pour la sécurité, entendue dans un sens large mais toujours contingent. Chaque groupe indésirable émerge dans un contexte sociohistorique précis, dans lequel les membres de ce groupe sont considérés comme étant inutiles ou dangereux, l'inutilité et le danger se déclinant également en fonction de ce contexte.

¹¹⁸ Norbert Elias et John L. Scotson, *Logiques de l'exclusion*, Paris, Fayard, 1997 à la p 183.

¹¹⁹ Wise, *supra* note 115.

¹²⁰ Jef Huysmans, « The European Union and the Securitization of Migration » (2000) 38:5 *Journal of Common Market Studies* 751 à la p 757 [Huysmans, « European Union »].

¹²¹ Didier Bigo, « Sécurité et immigration » (1998) 31-32 *Cultures & Conflits*, au para 3, en ligne : <journals.openedition.org/conflits/537> [Bigo, « Sécurité et immigration »].

¹²² Dorvil, Renaud et Bouchard, *supra* note 73 à la p 715.

1.1.3. Exclure ou réformer : les mécanismes de contrôle des indésirables

Les mécanismes de contrôle des indésirables sont les mesures qui sont adoptées ou auxquelles on recourt en réponse à la présence avérée ou appréhendée d'un groupe indésirable dans un espace social donné. Ils se divisent en deux types, soit les mécanismes d'exclusion et de réforme.

Je m'inspire ici notamment de la présentation des « mécanismes », « modalités » ou « formes » de pouvoir que fait Michel Foucault¹²³ dans le cadre du cours *Sécurité, territoire, population* qu'il donne au Collège de France entre janvier et avril 1978¹²⁴. Ces mécanismes de pouvoir sont au nombre de trois¹²⁵. Il y a d'abord le « mécanisme légal ou juridique » qui opère un « partage binaire entre le permis et le défendu »¹²⁶ en plus d'associer des punitions aux actes interdits. Il y a ensuite le mécanisme disciplinaire qui consiste en une série de techniques « policières, médicales, psychologiques, qui relèvent de la surveillance, du diagnostic, de la transformation éventuelle des individus »¹²⁷. Enfin, le dispositif de sécurité, que Foucault appelle aussi le biopouvoir, constitue une troisième forme de pouvoir qu'il présente comme

l'ensemble des mécanismes par lesquels ce qui, dans l'espèce humaine, constitue ses traits biologiques fondamentaux va pouvoir entrer à l'intérieur d'une politique, d'une stratégie politique, d'une stratégie générale de pouvoir.¹²⁸

De manière synthétique, on peut donc dire qu'il s'agit d'une forme de pouvoir dont les stratégies s'exercent à l'échelle d'une population plutôt qu'à l'échelle individuelle, contrairement aux deux premiers. Foucault utilise trois modèles de réponse à des maladies pour illustrer les différences de

¹²³ Une autre conception de ce type de dispositifs est présentée par David Garland, qui présente une typologie des institutions qui, se situant sur un continuum, visent à normaliser, corriger ou exclure les individus : David Garland, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1985 [Garland, *Punishment and Welfare*].

¹²⁴ Foucault, *Sécurité*, *supra* note 103, notamment aux pp 3–25. Il y reprend et poursuit les réflexions amorcées ailleurs. Voir entre autres Michel Foucault, *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, Paris, Gallimard/Seuil, 1999 aux pp 40 et s [Foucault, *Anormaux*]; Foucault, *Surveiller*, *supra* note 91 aux pp 228–233.

¹²⁵ Comme Foucault l'explique en détail dans la leçon du 11 janvier 1978, il serait erroné de voir ces mécanismes comme s'étant succédés les uns aux autres au fil de l'histoire des sociétés occidentales (dans lesquelles il les situe). De la même manière que le fonctionnement d'un mécanisme légal pouvait comprendre certains aspects relevant de mécanismes disciplinaires ou de sécurité, « une technologie de sécurité [...] va se mettre en place, reprenant en compte et faisant fonctionner à l'intérieur de sa tactique propre des éléments juridiques, des éléments disciplinaires, quelquefois même en les multipliant » : Foucault, *Sécurité*, *supra* note 103 à la p 10. Pour une lecture de l'articulation de ces trois formes de pouvoir dans le domaine migratoire, voir par ex Didier Bigo, « The (in)securitization Practices of the Three Universes of EU Border Control: Military/Navy – Border Guards/Police – Database Analysts » (2014) 45:3 Security Dialogue 209 aux pp 220 et s [Bigo, « (in)securitization Practices »]; William Walters, « Deportation, Expulsion, and the International Police of Aliens » (2002) 6:3 Citizenship Studies 265 [Walters, « Police of Aliens »].

¹²⁶ Foucault, *Sécurité*, *supra* note 103 à la p 7.

¹²⁷ *Ibid.* Au sujet des mécanismes disciplinaires, voir Foucault, *Surveiller*, *supra* note 91.

¹²⁸ Foucault, *Sécurité*, *supra* note 103 à la p 3.

fonctionnement de ces mécanismes. Au mécanisme légal correspond le modèle « d'exclusion des lépreux », qui réfère à une pratique consistant en une séparation stricte, « binaire », entre les personnes qui avaient la lèpre et celles qui ne l'avaient pas, tout contact entre ces deux groupes étant interdit¹²⁹. Il exemplifie ensuite le mécanisme disciplinaire avec le modèle « d'inclusion des pestiférés » qui consiste en un « quadrillage minutieux » et précis d'un lieu pour accomplir une surveillance serrée des individus¹³⁰. Dans ce modèle, plutôt que de mettre un groupe à l'écart, on observe de façon perpétuelle la population en entier pour s'assurer que chaque personne réponde aux normes (il s'agit, dans l'exemple de Foucault, de normes de santé)¹³¹. Enfin, au mécanisme de sécurité correspondent les « pratiques d'inoculation »¹³² contre la variole. Foucault explique de la manière suivante – avec une actualité saisissante au moment où j'écris ces lignes, soit en pleine campagne québécoise de vaccination contre le virus de la COVID-19 – le « problème » auquel on s'attaque :

le problème fondamental, ça va être de savoir combien de gens sont attaqués par la variole, à quel âge, avec quels effets, quelle morbidité, quelles lésions ou quelles séquelles, quels risques on prend à se faire inoculer, quelle est la probabilité selon laquelle un individu risquera de mourir ou d'être atteint de variole malgré l'inoculation, quels sont les effets statistiques sur la population en générale, bref tout un problème qui n'est pas celui de l'exclusion comme dans la lèpre, qui n'est pas celui de la quarantaine comme dans la peste, qui va être le problème des épidémies et des campagnes médicales par lesquelles on essaie de juguler les phénomènes soit épidémiques, soit endémiques.¹³³

Bien que ce dernier mécanisme puisse être intéressant pour analyser le phénomène contrôle des indésirables, entre autres en matière d'immigration¹³⁴, il se prête moins bien que les deux premiers à l'analyse en profondeur de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires qui, comme illustré plus bas, se fait notamment dans le cadre de décisions qui concernent des individus. Je le laisse donc de côté pour la suite de l'analyse.

Pour revenir aux mécanismes de contrôle des indésirables, les mécanismes d'exclusion ont pour objectif commun la « purification » de l'espace social dans lequel ils opèrent, c'est-à-dire faire en

¹²⁹ *Ibid* à la p 11.

¹³⁰ Foucault, *Anormaux*, *supra* note 124 aux pp 41 et s.

¹³¹ « [I]l s'agit de l'examen perpétuel d'un champ de régularité, à l'intérieur duquel on va jauger sans arrêt chaque individu pour savoir s'il est bien conforme à la règle, à la norme de santé qui est définie » : *ibid* à la p 43.

¹³² Foucault, *Sécurité*, *supra* note 103 à la p 12.

¹³³ *Ibid*.

¹³⁴ Dans la mesure où le droit et les politiques d'immigration se justifient souvent sur la base de leurs effets sur certains phénomènes de population, comme l'emploi, le vieillissement, l'identité, la sécurité, etc. Le droit et les politiques d'immigration constituent la sphère étudiée dans le cadre de la problématique spécifique de cette recherche. Voir le chapitre 2, ci-dessous.

sorte que les indésirables ne s'y retrouvent pas¹³⁵. Ces mécanismes se rapprochent donc de ce que Foucault décrit comme le modèle « d'exclusion des lépreux », dans lequel on opère un partage entre le groupe des lépreux (ou les indésirables) et les autres. Il s'agit d'un rejet à l'extérieur des limites de la ville, de la communauté. Bref, il s'agit de « pratiques d'exclusion, [...] de rejet, [...] de marginalisation » [guillemets omis]¹³⁶. Il s'agit ainsi d'une forme d'exclusion que l'on pourrait qualifier de « spatiale » (plutôt que sociale, économique ou culturelle¹³⁷).

Les mécanismes de ce type se déploient de deux façons. D'une part, il y a ceux qui visent à interdire l'entrée des indésirables dans un espace donné. On peut penser à l'exemple banal du gardien de sécurité à l'université, près de l'entrée du métro, mais aussi aux contrôles, autrefois en Occident à l'entrée des villes¹³⁸, aujourd'hui aux frontières étatiques¹³⁹. Ces mécanismes interviennent souvent aux limites mêmes de l'espace social (c'est-à-dire à la frontière physique, « territoriale »). L'exemple des contrôles migratoires nous apprend cependant qu'ils interviennent parfois en amont de la frontière, c'est-à-dire avant que l'indésirable n'arrive¹⁴⁰.

D'autre part, lorsqu'un groupe est déjà présent dans l'espace social au sein duquel ses membres sont indésirés, ou lorsque *l'accès* à cet espace n'est pas ou ne peut être totalement contrôlé, tel que dans certains lieux publics, l'exclusion se fait aussi par des mesures qui empêchent ou interdisent la présence des indésirables dans cet espace, des mesures qui ont pour effet de les en expulser, de le « purifier ». Certains mécanismes ont pour effet de bannir l'indésirable d'un espace particulier, comme les ordonnances d'interdiction de se trouver dans une zone particulière (ex. : un quadrilatère, un quartier, une ville) qui peuvent viser les travailleuses du sexe, les personnes

¹³⁵ Henri Dorvil, Marc Renaud et Louise Bouchard parlent de la « fermeture d'un espace social » à un groupe donné : Dorvil, Renaud et Bouchard, *supra* note 73 à la p 712.

¹³⁶ Foucault, *Anormaux*, *supra* note 124 à la p 40.

¹³⁷ Voir par ex Elias et Scotson, *supra* note 118; Shirley Roy, « De l'exclusion à la vulnérabilité. Continuité et rupture » dans Vivianne Châtel et Shirley Roy, dir, *Penser la vulnérabilité: visages de la fragilisation du social*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010, 13.

¹³⁸ Dorvil, Renaud et Bouchard, *supra* note 73 à la p 722.

¹³⁹ Voir par exemple, au sujet du Canada, Crépeau et Nakache, *supra* note 6 aux pp 12 et s; Arbel et Brenner, *supra* note 11 aux pp 24 et s.

¹⁴⁰ Par exemple, ce qu'Efrat Arbel et Alletta Brenner présentent comme la « stratégie des frontières multiples » [ma traduction] de l'Agence des services frontaliers du Canada, stratégie qui a pour effet de multiplier les mesures d'interception avant même que les voyageurs en direction du Canada n'arrivent sur le territoire : *ibid* à la p 2. Dans le cas des personnes non citoyennes, certaines mesures de contrôle des frontières s'exercent également *après* la traversée de la frontière : voir par ex American Civil Liberties Union, « The Constitution in the 100-Mile Border Zone », en ligne : <www.aclu.org/other/constitution-100-mile-border-zone>. Voir aussi la section 2.2.2.1, ci-dessous, où je traite des mesures qui visent à prévenir l'entrée des personnes non citoyennes indésirables.

toxicomanes, les personnes en situation d'itinérance ou les dissidents politiques¹⁴¹. Lorsque le bannissement (par exemple le renvoi des personnes non citoyennes) n'est pas possible, par exemple si l'indésirable est considéré comme présentant un danger peu importe l'endroit où il se trouve, l'exclusion peut se concrétiser par la réclusion ou la ségrégation, qui est une autre façon d'opérer une séparation entre le groupe indésirable et les autres. Michel Foucault donne l'exemple du « grand renferment » des vagabonds et des mendiants au dix-huitième siècle¹⁴². Plus près de nous, on peut penser à la garde en établissement prévue par le Code civil du Québec et la *Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elle-même ou pour autrui*¹⁴³ (LPPEM), à la détention administrative des personnes non citoyennes qui présentent un danger pour la sécurité¹⁴⁴ ou plus simplement à l'emprisonnement des délinquants¹⁴⁵. Nicolas Sallée donne l'exemple d'un jeune délinquant suivi « hors les murs » qui se montre à ce point « indésirable » que la personne chargée de l'accompagner décide de le dénoncer, ce qui provoquera son enfermement, afin de « "neutraliser" le risque [que le jeune] est censé représenter pour la protection de la société »¹⁴⁶.

Les mécanismes de réforme cherchent plutôt à agir sur les motifs qui font qu'une personne est considérée comme indésirable, de façon à ce qu'elle devienne utile ou moins dangereuse. Cela correspond en quelque sorte au modèle « d'inclusion des pestiférés » proposé par Foucault dans lequel le pouvoir s'exerce alors de façon continue et exhaustive. Les mécanismes de réforme, sans prétendre à une telle exhaustivité, cherchent néanmoins de façon similaire à contrôler certains aspects de la vie des indésirables qu'ils visent dans le but d'atténuer leur indésirabilité. L'indésirable inutile s'insérera plus facilement dans le circuit productif, comme dans le cadre de la récente réforme au régime d'aide sociale au Québec, dans laquelle les « primo demandeurs » aptes au travail doivent se soumettre à un programme personnalisé de recherche d'emploi, d'études ou

¹⁴¹ Marie-Ève Sylvestre, Dominique Bernier et Céline Bellot, « Zone Restrictions Orders in Canadian Courts and the Reproduction of Socio-Economic Inequality » (2015) 5:1 *Oñati Socio-Legal Series* 280.

¹⁴² Foucault, *Anormaux*, *supra* note 124 à la p 40.

¹⁴³ CcQ, art 30; RLRQ c P-38.001 [LPPEM].

¹⁴⁴ *LIPR*, *supra* note 20, art 55.

¹⁴⁵ Parmi différents cas de figure, le cas des délinquants dangereux est intéressant dans la mesure où ils peuvent être détenus pour une durée indéterminée en raison du danger qu'ils posent pour la vie, la sécurité ou pour le bien-être physique ou mental d'une personne : *Code criminel*, *supra* note 87, art 752–61.

¹⁴⁶ Nicolas Sallée, « Accompagner, surveiller, (ne pas) dénoncer. Les pratiques de gestion des manquements dans le suivi hors les murs de jeunes délinquants à Montréal » (2018) 15 *Champ pénal/Penal field* au para 38 [Sallée, « Accompagner »].

de développement des habiletés sociales, sous peine de voir leurs prestations réduites¹⁴⁷. Ce programme, nommé Objectif emploi, s'inscrit dans un modèle d'assistance décrit par Olivier Ducharme comme le « standard de la gestion de la sécurité sociale »¹⁴⁸ et désigné comme un modèle de « contrepartie », par lequel l'aide est conditionnée au fait de se « conformer [...] à un certain nombre de critères, qu'ils soient comportementaux ou administratifs »¹⁴⁹. En cas de non-conformité, l'aide peut être réduite. Vincent Dubois explique que de telles « incitations négatives » cherchent « à agir sur les comportements des individus dans l'objectif économique de leur faire retrouver le chemin de l'emploi »¹⁵⁰. L'indésirable dangereux ne le sera plus ou le sera moins. Dans ce cas, les mécanismes de réforme agissent souvent de pair avec des mécanismes d'exclusion; la personne sera exclue d'un espace jusqu'à ce que les mécanismes de réforme fassent en sorte qu'elle ne présente plus un danger suffisamment élevé pour justifier son exclusion. Véronique Fortin en offre une illustration : alors que l'émission de contraventions contre les personnes en situation d'itinérance et les manifestants, considérés comme des personnes « troublant l'ordre public », vise à les exclure des lieux publics, leur prise en charge subséquente par le système de justice viserait à les « gérer et normaliser » [ma traduction], en les incitant à ne pas répéter les comportements ayant donné lieu à la contravention¹⁵¹.

Dans sa théorisation des dispositifs disciplinaires, Foucault insiste sur un aspect central, « le plus important sans doute »¹⁵², écrit-il, de leur exercice : la production d'un savoir. Il met en évidence une relation réciproque entre savoir et pouvoir – l'exercice du pouvoir produisant un savoir au sujet de la personne visée, le savoir produit permettant un exercice du pouvoir toujours plus précis. Dans cette perspective, la prison devient, à l'instar d'autres dispositifs disciplinaires, « un appareil de savoir »¹⁵³. Foucault souligne d'emblée que les schémas de pouvoir de « l'exclusion des lépreux »

¹⁴⁷ *Loi visant à permettre une meilleure adéquation entre la formation et l'emploi ainsi qu'à favoriser l'intégration en emploi*, LQ 2016, c 25. Pour une description du fonctionnement du programme, voir Ducharme, *Travaux forcés*, supra note 78 aux pp 130 et s. Dans le cas français, voir Isabelle Astier, *Les nouvelles règles du social*, Paris, Presses universitaires de France, 2007; Dubois, *Contrôler*, supra note 87.

¹⁴⁸ Ducharme, *Travaux forcés*, supra note 78 à la p 13

¹⁴⁹ Pascale Dufour, Gérard Boismenu et Alain Noël, *L'aide au conditionnel. La contrepartie dans les mesures envers les personnes sans emploi en Europe et en Amérique du Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2003 à la p 20, cité par Ducharme, *Travaux forcés*, supra note 78 à la p 15. On utilise parfois le terme d'activation pour décrire ces programmes.

¹⁵⁰ Dubois, *Contrôler*, supra note 87 à la p 36.

¹⁵¹ Véronique Fortin, *Taking the Law to the Streets: Legal and Spatial Tactics Deployed in Public Spaces to Control Protesters and the Homeless in Montreal*, thèse de doctorat en criminologie et droit et société, University of California Irvine, 2015 [non publiée] aux pp 176–77 [Fortin, *Taking the Law*].

¹⁵² Foucault, *Surveiller* supra note 91 à la p 148.

¹⁵³ *Ibid* à la p 149.

et de « l'inclusion des pestiférés » sont « différents [...] mais non incompatibles »¹⁵⁴, dans la mesure où le pouvoir disciplinaire a graduellement colonisé les espaces d'exclusion. On peut donc postuler que le savoir occupe une place centrale dans les mécanismes qui visent la réforme des personnes indésirables, mais aussi ceux qui visent leur exclusion. À cet égard, l'utilisation des technologies de l'information (ex. : bases de données, *data mining*, statistiques prédictives) dans le contrôle des personnes assistées sociales¹⁵⁵ ou le contrôle des frontières¹⁵⁶ illustre de quelles manières la circulation de l'information joue un rôle primordial pour les mécanismes de réforme ou d'exclusion des indésirables. Ces mécanismes ne sauraient fonctionner sans une production et une circulation du savoir au sujet des personnes indésirables qu'elles contrôlent.

1.1.4. Le contrôle des indésirables, un phénomène traversé par le droit

En plus du savoir, il demeure néanmoins que le droit positif (c.-à-d. posé par l'État) joue un rôle clef dans l'exercice du pouvoir au sein des sociétés occidentales, où il est la « condition de mise en œuvre du monopole de la contrainte légitime de l'État »¹⁵⁷. Dans ce cadre, le droit est appelé à prendre une place centrale dans la mise en place des mécanismes de contrôle des indésirables, c'est-à-dire l'élaboration des règles qui créent les mesures d'exclusion et de réforme et qui autorisent des agentes et agents à les appliquer¹⁵⁸. L'exemple présenté en début de section sur l'apparition des lois contre le vagabondage en Grande-Bretagne offre une illustration de la fonction que le droit peut occuper lorsqu'émerge un groupe indésirable :

The vagrancy laws were designed to alleviate a condition defined by the lawmakers as undesirable. The solution was to attempt to force a reversal, as it were, of a social process which was well

¹⁵⁴ *Ibid* à la p 232.

¹⁵⁵ Dubois, *Contrôler*, *supra* note 87 aux pp 233 et s.

¹⁵⁶ Petra Molnar, *Technological Testing Grounds. Migration Management Experiments and Reflections from the Ground Up*, European Digital Rights, Refugee Law Lab, 2020; Diego Naranjo et Petra Molnar, « The Privatization of Migration Control », (24 février 2020), en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/articles/privatization-migration-control>. Le lectorat de cette thèse issu du monde juridique sera intéressé de savoir que des entreprises d'informations juridiques comme LexisNexis offrent des services en ce sens aux autorités migratoires américaines, notamment en vue de la déportation : Sam Biddle, « LexisNexis to Provide Giant Database of Personal Information to ICE », (2 avril 2021), en ligne : *The Intercept* <theintercept.com/2021/04/02/ice-database-surveillance-lexisnexis/>.

¹⁵⁷ Pierre Noreau, « De la force symbolique du droit » dans Catherine Thibierge, dir, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 137 à la p 146 [Noreau, « Force symbolique »]. Voir aussi Rocher, *Études*, *supra* note 23 aux pp 567–94. Il s'agit d'une conception d'inspiration wébérienne : Weber, *Économie et société*, *supra* note 48.

¹⁵⁸ Pour une étude empirique de ce qu'on pourrait peut-être appeler des mécanismes « sociaux » d'exclusion, notamment sur les potins, voir Elias et Scotson, *supra* note 118.

*underway; that is, to curtail mobility of laborers in such a way that labor would not become a commodity for which the landowners would have to compete.*¹⁵⁹

Les mécanismes de contrôle des indésirables sont ainsi principalement (ou formellement)¹⁶⁰ constitués par des régimes juridiques qui prévoient les critères qui permettent d'évaluer l'indésirabilité (des personnes ou de leurs actions) ainsi que les mesures de contrôle à appliquer, de même que les personnes autorisées à faire ces évaluations à mettre en application ces mécanismes.

Au-delà de la mise en place des mécanismes, le droit s'avère également incontournable parce qu'il agit comme « discours vrai »¹⁶¹ et que les relations de pouvoir ne peuvent fonctionner « sans une production, une accumulation, une circulation, un fonctionnement du discours vrai »¹⁶². Le droit occupe une place importante dans les sociétés occidentales contemporaines en ce qu'il est au fondement du type légal-rationnel de domination¹⁶³. Dans « cette forme spécifiquement moderne de l'administration »¹⁶⁴, on n'obéit pas à une personne, mais à une règle impersonnelle, au droit, qui devient le vecteur de cette forme de domination¹⁶⁵. Puisqu'il occupe le « rôle de principal fondement de la légitimité du pouvoir institutionnalisé »¹⁶⁶, le droit se légitime lui-même en légitimant les instances officielles autorisées à émettre ou mettre en œuvre le droit; il est autoréférentiel¹⁶⁷. En d'autres termes, le droit est à la source de sa propre vérité¹⁶⁸ et, pour

¹⁵⁹ Chambliss, « Law of Vagrancy », *supra* note 67 à la p 70.

¹⁶⁰ Comme expliqué ci-dessous, la sociologie de l'action publique met en évidence le rôle que de multiples acteurs et actrices peuvent jouer dans la mise en œuvre des politiques publiques, au-delà des personnes habilitées par la loi. De plus, les critères d'évaluation prévus par la loi ne sauraient épuiser l'ensemble des considérations qui entrent en ligne lors des décisions de mise en œuvre de ces mécanismes. Voir la section 1.2.2, ci-dessous.

¹⁶¹ C'est-à-dire un discours sur lequel peut s'appuyer un autre discours qui prétend décrire la réalité ou dire la vérité (et qui est ainsi contraint par une « volonté de vérité » à s'appuyer sur un ou des discours vrais) : Michel Foucault, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971 aux pp 16 et s [Foucault, *Discours*]. À titre d'exemple, Emmanuelle Bernheim démontre que la psychiatrie s'est appuyée sur la science et le droit pour assurer sa crédibilité et sa légitimité : Emmanuelle Bernheim, « Les experts "psy" en justice ou la mise en cause de la fonction judiciaire » dans François Claveau et Julien Prud'homme, dir, *Experts, science et société*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018, 135 à la p 139 [Bernheim, « Experts »].

¹⁶² Foucault, *Défendre*, *supra* note 80 aux pp 21–22.

¹⁶³ Weber, *Économie et société*, *supra* note 48 aux pp 291 et s.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Rocher, *Études*, *supra* note 23 à la p 583.

¹⁶⁶ *Ibid* à la p 584.

¹⁶⁷ *Ibid* à la p 589; Noreau, « Force symbolique », *supra* note 157 à la p 145.

¹⁶⁸ Isaak Dore, « La force normative du pouvoir étatique dans la philosophie de Michel Foucault » dans Catherine Thibierge, dir, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 57 à la p 68 : « le droit encode un discours de vérité et, de ce fait même, celui de son autolégitimation ».

paraphraser Danièle Lochak, le droit est un « discours de pouvoir » considéré comme « parole acceptée, vraie, efficace »¹⁶⁹.

Il constitue ainsi un discours apte à convaincre du bien-fondé d'une représentation d'un groupe en tant que groupe indésirable lorsqu'il est mobilisé à l'appui de cette représentation :

Le droit est sans doute la forme par excellence du pouvoir symbolique de nomination qui crée les choses nommées et en particulier les groupes; il confère à ces réalités surgies de ses opérations de classement toute la permanence, celle des choses, qu'une institution historique est capable de conférer à des institutions historiques.

Le droit est la forme par excellence du discours agissant, capable, par sa vertu propre, de produire des effets¹⁷⁰.

Il agit comme un discours de vérité qui non seulement légitime les représentations des groupes indésirables et les mécanismes qui en découlent, mais qui reconnaît ou délègue également à certains acteurs le pouvoir de dire cette vérité¹⁷¹. Comme le fait remarquer Isaak Dore, « [b]ien qu'il ne soit pas l'unique mécanisme du pouvoir, le droit est le symbole le plus visible du pouvoir », notamment parce qu'il « encode un discours de vérité et, de ce fait même, celui de son autolégitimation »¹⁷².

C'est avec cette légitimité que donne le droit que cette représentation de l'indésirable intervient à nouveau lors des évaluations et décisions qui ponctuent l'application du mécanisme de contrôle. Les règles qui régissent les mécanismes de contrôle n'opèrent toutefois pas en vase clos, elles s'inscrivent dans un système juridique qui prévoit un ensemble de possibilités et de contraintes¹⁷³.

¹⁶⁹ Danièle Lochak, « Le droit, discours de pouvoir » dans Gérard Conac, Herbert Maisl et Jacques Vaudiaux, dir, *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Économica, 1982, 429 citée par Rocher, *Études, supra* note 23 à la p 589 [Lochak, « Droit, discours de pouvoir »].

¹⁷⁰ Pierre Bourdieu, « La force du droit » (1986) 64 Actes de la recherche en sciences sociales 3 à la p 13 [Bourdieu, « Force du droit »]. Toutefois, bien que les façons de penser instituées par le droit « contribuent à produire le monde » elles le font « dans les limites de leur correspondance avec des structures préexistantes ». Voir aussi Martti Koskenniemi, « Introduction: International Law and Empire – Aspects and Approaches » dans Martti Koskenniemi, Walter Rech et Manuel Jiménez Fonseca, dir, *International Law and Empire: Historical Explorations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 1 à la p 4 : « *Law is one of the leading vocabularies – perhaps the leading vocabulary – through which we seek to persuade audiences about the justness of our views and the injustice of those put forward by our adversaries* ».

¹⁷¹ Par exemple, Emmanuelle Bernheim affirme que « la reconnaissance du psychiatre comme expert à travers les lois, les politiques publiques et l'arène judiciaire impose son discours comme une vérité » : Emmanuelle Bernheim, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire: une étude du pluralisme normatif appliqué*, thèse de doctorat en droit et en science de l'homme et de la société, Université de Montréal, École normale supérieure de Cachan, 2011 à la p 474 [Bernheim, *Décisions*]. Voir aussi Foucault, *Discours, supra* note 161 aux pp 38–39.

¹⁷² Dore, *supra* note 168 à la p 68.

¹⁷³ L'illustration la plus éloquente est peut-être la possibilité que donne la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R-U), 1982, c

Et ce système juridique s'inscrit lui-même dans un contexte social plus vaste qui le façonne, mais qu'il contribue aussi à façonner¹⁷⁴. En effet, la juridicisation d'un mécanisme ne suffit pas à elle seule à rendre son application légitime. Par exemple, une disposition juridique peut tomber en désuétude si son utilité sociale n'est plus avérée. Pierre Bourdieu souligne ainsi que pour arriver à produire leurs effets de façon « quasi magique », les catégories juridiques doivent s'inscrire dans des structures de pensées préexistantes¹⁷⁵. Cela dit, la mise en œuvre d'un mécanisme de contrôle contribue souvent à la représentation d'un groupe en tant que groupe indésirable (et renforce du coup la nécessité du mécanisme¹⁷⁶), comme lorsqu'elle fait l'objet d'une couverture médiatique, mais aussi simplement par la pratique des agents qui produit des savoirs propres à alimenter cette représentation. Véronique Fortin cite ainsi l'exemple des pratiques mises en place suivant la « théorie de la vitre cassée », qui participent au mythe voulant que les personnes causant des désordres soient des criminels potentiels¹⁷⁷.

1.2. La centralité du pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des mécanismes de contrôle

Formellement, donc, les régimes juridiques qui encadrent les mécanismes d'exclusion ou de réforme prévoient les critères d'évaluation de l'indésirabilité et désignent les personnes chargées de faire ces évaluations. C'est donc dire que ces mécanismes de contrôle s'enclenchent à la suite de décisions prises par des agentes et agents qui déterminent, en fonction d'un certain nombre de considérations prévues par la loi, la réglementation et les politiques ou directives internes¹⁷⁸, si la personne est dangereuse ou inutile et s'il est effectivement opportun de la soumettre au(x) mécanisme(s) de contrôle en question. À la suite de Michael Lipsky, je nommerai ces agentes et

11 [*Charte canadienne*]) de limiter les droits qu'elle garantit, mais toujours « dans le cadre d'une société libre et démocratique » (*ibid.*, art 1).

¹⁷⁴ Par exemple, au sujet des lois sur le vagabondage, William Chambliss affirme que « comme pour la plupart des innovations législatives, toutefois, cette loi a été précédée d'autres lois qui ont établi un environnement favorable à un tel changement » [ma traduction] : Chambliss, *supra* note 67 à la p 68.

¹⁷⁵ Bourdieu, « Force du droit », *supra* note 170 à la p 13.

¹⁷⁶ Michel Foucault mentionne l'exemple du « fait divers criminel », commis par les délinquants, qui justifie les contrôles policiers et judiciaires : Foucault, *Surveiller*, *supra* note 91 aux pp 334–335.

¹⁷⁷ Fortin, *Taking the Law*, *supra* note 151 à la p 143. Michel Foucault énonce ainsi la relation entre exercice du pouvoir (c.-à-d. application du mécanisme) et production de savoirs (c.-à-d. représentation du groupe indésirable) : « formation de savoir et majoration de pouvoir se renforcent régulièrement selon un processus circulaire » : Foucault, *Surveiller*, *supra* note 91 à la p 260.

¹⁷⁸ Sur la difficulté de nommer précisément ces instruments internes aux administrations, voir Daniel Mockle, « Fascicule 5 : Politiques, directives et instruments de gestion », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit administratif (QL)* [Mockle, « Instruments de gestion »].

agents des « fonctionnaires de première ligne », une traduction de « *street-level bureaucrats* ». Cette expression, inventée par Lipsky, désigne les personnes qui ont pour travail l'octroi de services, de bénéfices ou de sanctions aux membres du public, comme les enseignantes et enseignants, les employées et employés des administrations responsables des services sociaux, les juges ou les membres des forces policières¹⁷⁹.

Comme expliqué plus bas, le fait que le régime juridique délègue à une personne en particulier ces pouvoirs d'évaluation de l'indésirabilité n'exclut pas que d'autres personnes puissent participer, de près ou de loin, à la mise en œuvre du mécanisme, ne serait-ce par exemple que par l'action de porter un cas à l'attention des autorités compétentes. En outre, des pouvoirs distincts sont parfois délégués à différentes personnes aux fins de l'application d'un même mécanisme de contrôle¹⁸⁰.

L'application des mécanismes de contrôle prend place au moment que Guy Rocher nomme la « mise en œuvre du droit », qui désigne les processus par lesquels différents acteurs se saisissent du droit pour l'appliquer « dans la réalité »¹⁸¹. Les pratiques de mise en œuvre du droit peuvent être le fait des tribunaux, des fonctionnaires et autres acteurs chargés de l'application des lois et règlements comme les policiers, des organismes publics ou privés, entre autres¹⁸². C'est à ce moment que le droit et les politiques qui en découlent se traduisent en actions, par des personnes qui n'agissent pas simplement de façon mécanique et pas seulement en fonction des critères juridiques. En effet, et paradoxalement, si la place qu'occupe le droit étatique dans les sociétés occidentales constitue un aspect fondamental du contexte qui permet de comprendre les manifestations contemporaines du contrôle des indésirables, le développement des administrations gouvernementales et la complexité des questions auxquelles elles doivent répondre exigent que des pouvoirs soient octroyés à une panoplie d'acteurs et d'actrices chargées de la mise en œuvre des règles et de résoudre leurs inévitables imprécisions, ambiguïtés et silences.

Dans le cas du contrôle des indésirables, ces règles sont souvent issues du droit criminel et pénal et sont mises en œuvre notamment par les forces policières qui, dans leur travail, disposent d'un important pouvoir discrétionnaire, que la Cour suprême du Canada présente comme « un élément

¹⁷⁹ Lipsky, *supra* note 31 à la p 3.

¹⁸⁰ Par exemple, le Code civil du Québec et la LPPEM reconnaissent aux psychiatres (ou, à défaut, à tout médecin) l'expertise nécessaire pour évaluer le danger en lien avec l'état mental alors qu'il revient au juge de décider de la garde en établissement : CcQ, arts 26–30; LPPEM, *supra* note 143.

¹⁸¹ Rocher, *Études*, *supra* note 23 à la p 29.

¹⁸² *Ibid* aux pp 29–30.

essentiel tant de notre système de justice pénale que de la fonction d'agent de police »¹⁸³. Néanmoins, plusieurs mécanismes de contrôle des indésirables relèvent également du droit administratif (dont la détention liée à l'immigration). Cet état de fait impose de faire quelques nuances relatives à la délégation de pouvoirs avant d'examiner de manière plus approfondie la notion de pouvoir discrétionnaire. Comme mentionné précédemment, le fonctionnement de l'appareil gouvernemental rend nécessaire la délégation, par la loi, de pouvoirs à différentes instances de l'administration publique¹⁸⁴. Ces pouvoirs autorisent les instances à qui ils sont délégués à poser différents types d'actes, que l'on peut caractériser en référence à leur fonction¹⁸⁵ : des actes de nature législative (ex. : l'adoption un règlement), des actes de nature administrative ou d'exécution (ex. : l'octroi d'un permis) ainsi que des actes de nature judiciaire (ex. : la décision d'un tribunal administratif). On peut également caractériser ces pouvoirs par le « degré de latitude décisionnelle » qui est délégué à l'administration, degré qui peut « varier considérablement d'un cas à l'autre »¹⁸⁶. L'absence de latitude décisionnelle est associée au pouvoir lié (parfois appelé devoir, par opposition à pouvoir¹⁸⁷). Par définition, ce type de pouvoir ne donne aucune marge de manœuvre à l'administration. Dès que les conditions fixées par la loi sont remplies, on doit agir de la façon prévue par la loi¹⁸⁸. À l'opposé, lorsque la délégation laisse un certain degré de latitude décisionnelle, le pouvoir peut être qualifié de discrétionnaire. Selon certains, la délégation d'un pouvoir lié est « relativement peu fréquente, le législateur souhaitant d'ordinaire accorder une discrétion à tout le moins minimale à l'administration afin d'assurer la bonne marche des affaires étatiques »¹⁸⁹. La Cour suprême du Canada reconnaît également qu'« une bonne partie des activités gouvernementales est exercée sous le régime de lois qui nécessairement accordent un large pouvoir

¹⁸³ *R c Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 RCS 190 au para 3. Voir aussi *R c Beare*, [1988] 2 RCS 387 à la p 410, 55 DLR (4th) 481.

¹⁸⁴ Par exemple le Cabinet, les ministères et des autorités décentralisées comme les tribunaux administratifs. Pour une définition de l'administration publique et des instances qu'elle comprend, voir Garant, *Droit administratif*, *supra* note 24 aux pp 17 et s. Des pouvoirs sont parfois délégués à d'autres instances, comme des associations professionnelles : Andrew Green, « Delegation and Consultation: How the Administrative State Functions and the Importance of Rules » dans Colleen M Flood et Lorne Sossin, dir, *Administrative Law in Context*, 3^e éd, Toronto, Emond, 2018, 307 à la p 311.

¹⁸⁵ Garant, *Droit administratif*, *supra* note 24 aux pp 159 et s. Il existe différentes façons de classifier les actes qui relèvent du droit administratif. Voir aussi Frédéric Bérard, « Fascicule 3 : Classification des actes administratifs », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit administratif (QL)*; Issalys et Lemieux, *supra* note 60 aux pp 151 et s.

¹⁸⁶ Issalys et Lemieux, *supra* note 25 à la p 82.

¹⁸⁷ *Ibid* aux pp 78 et s.

¹⁸⁸ Bérard, *supra* note 185 au n^o 2.

¹⁸⁹ Bérard, *supra* note 185 au n^o 4. Patrice Garant souligne que cet état de fait est également reconnu par la Cour suprême du Canada : Garant, *Droit administratif*, *supra* note 24 aux pp 191 et s.

discrétionnaire aux fonctionnaires »¹⁹⁰. Dans cette optique, selon certains, ces multiples délégations de pouvoirs discrétionnaires (au Canada et ailleurs) font de la discrétion un aspect désormais central, voire « strictement nécessaire au fonctionnement de l'ordre juridique »¹⁹¹. Diverses raisons incitent le législateur à déléguer de tels pouvoirs. L'éventail des cas possibles rend parfois difficile la création d'une règle uniforme qui puisse s'appliquer à chacun d'eux. Il est également complexe de prévoir l'ensemble des facteurs qui s'avèreront pertinents et le poids à accorder à chacun d'eux. Se fait parfois sentir le besoin d'un mécanisme flexible qui s'adapte à l'évolution ou la complexité d'un enjeu. La délégation se justifie aussi par l'idée voulant que la personne (ou l'instance) à qui ces pouvoirs sont octroyés possède l'expertise requise pour en ajuster l'application aux circonstances des cas qui se présentent à elle¹⁹².

Ainsi, la notion de pouvoir discrétionnaire (surtout telle que définie par la sociologie de l'action publique) permet de cerner avec plus d'exactitude de quelles manières se concrétisent les décisions d'application des mécanismes de contrôle des indésirables, décisions qui justement relèvent souvent, sur le plan juridique, d'un pouvoir discrétionnaire par lequel une agente ou un agent « peut », ou non, l'exercer¹⁹³. Alors qu'en droit la discrétion est surtout étudiée dans ses relations avec les règles juridiques, en sciences sociales on l'aborde plutôt sous l'angle des choix qu'elle permet¹⁹⁴.

¹⁹⁰ *Osborne c Canada*, [1991] 2 RCS 69 à la p 95, 82 DLR (4th) 321. Voir aussi *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au para 54, 174 DLR (4th) 193 [*Baker*].

¹⁹¹ Thévenin, « Le droit hors de compte » *supra* note 52 à la p 171. Voir aussi Hawkins, « Perspectives » *supra* note 25 à la p 11. Par ailleurs, pour Pierre Issalys et Denis Lemieux, « le phénomène du pouvoir discrétionnaire est généralisé dans tout l'ordre juridique » : Issalys et Lemieux, *supra* note 25 à la p 69.

¹⁹² Green, *supra* note 184 à la p 311; Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 8; Lorne Sossin, « The Unfinished Project of *Roncarelli v. Duplessis*: Justiciability, Discretion, and the Limits of the Rule of Law » (2010) 55:3 McGill L J 661 à la p 665 [Sossin, « Unfinished Project »].

¹⁹³ Voir par ex l'article 11 de la *Loi d'interprétation* (LRC 1985, c I-21) ou l'article 51 de la *Loi d'interprétation* du Québec (RLRQ, c I-16). Pierre Issalys et Denis Lemieux soulignent néanmoins que la présence de mots tels que « peut » ou « doit » n'implique pas nécessairement la délégation d'un pouvoir discrétionnaire et un devoir (autrement dit un pouvoir lié). Il faut alors examiner les textes pertinents afin de qualifier adéquatement le pouvoir : Issalys et Lemieux, *supra* note 25 aux pp 78 et s.

¹⁹⁴ Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 aux pp 13 et s.

1.2.1. Le pouvoir discrétionnaire vu du droit¹⁹⁵

Du point de vue du droit, pour Anna Pratt et Lorne Sossin, il y a discrétion « lorsqu'un agent est habilité à exercer un pouvoir public et qu'on lui donne de la latitude pour décider comment ce pouvoir devrait être exercé dans des circonstances particulières » [ma traduction]¹⁹⁶. En d'autres termes, la discrétion signifie le fait de pouvoir, devant une série de faits donnés, prendre une décision parmi plusieurs décisions possibles¹⁹⁷. Dans le contexte canadien, la Cour suprême définit le pouvoir discrétionnaire de la manière suivante :

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi.¹⁹⁸

On conçoit ainsi majoritairement le pouvoir discrétionnaire en opposition avec le droit, ce que Pratt et Sossin qualifient de « paradigme conventionnel » : « là où s'arrête le droit, commence la discrétion » [ma traduction]¹⁹⁹. L'illustration la plus connue de ce paradigme est sans doute l'analogie du beigne de Ronald Dworkin : « [l]a discrétion, comme un trou dans un beigne, n'existe que comme une zone laissée libre par une ceinture de contraintes qui l'entoure » [ma traduction]²⁰⁰. C'est donc dans une relation binaire avec le droit que la discrétion est abordée, relation qui est vue comme un jeu à somme nulle. Plus de droit se traduit par moins de discrétion, et vice-versa²⁰¹. Par exemple, certains parlent d'un « spectre des décisions discrétionnaires », allant de pouvoirs « hautement discrétionnaires » jusqu'au pouvoir lié, sans qu'il n'y ait de dichotomie entre les deux²⁰². Le degré de discrétion dépend des conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire prévues par la loi, la discrétion pouvant être « structurée »²⁰³ par ces conditions. Il faut aussi souligner l'existence de nombreux instruments qui, s'ils n'ont pas force de loi à proprement parler,

¹⁹⁵ Pour une description plus « positiviste » (dans le sens du positivisme juridique) du pouvoir discrétionnaire et des règles qui l'encadrent, voir la section 2.3.2.5, ci-dessous.

¹⁹⁶ Pratt et Sossin, *supra* note 26 à la p 301.

¹⁹⁷ Garant, *Droit administratif*, *supra* note 24 à la p 192.

¹⁹⁸ Baker, *supra* note 190 au para 52.

¹⁹⁹ Pratt et Sossin, *supra* note 26 à la p 302.

²⁰⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 à la p 31, cité dans Sossin, « Unfinished Project », *supra* note 192 à la p 665 (« *Discretion, like the hole in a doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction.* »).

²⁰¹ Pratt et Sossin, *supra* note 26 à la p 302. Sur la relation entre droit et pouvoir discrétionnaire, voir aussi Issalys et Lemieux, *supra* note 25 aux pp 65 et s.

²⁰² Alexander Pless et Sara Gauthier, « Fascicule 12 : Contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire » au n° 8, dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit administratif* (QL).

²⁰³ *Ibid.*

viennent aussi encadrer la mise en œuvre des pouvoirs discrétionnaires²⁰⁴. En outre, certains auteurs reconnaissent que même dans le cas d'un pouvoir lié, il peut subsister une composante discrétionnaire à l'exercice de ce pouvoir, par exemple « quant aux moment, lieu ou modalités d'exercice de celui-ci »²⁰⁵.

Pratt et Sossin démontrent de façon assez convaincante les angles morts que la conception binaire de la relation droit et discrétion entraîne dans les études juridiques, où les attitudes envers le pouvoir discrétionnaire se traduisent par des prescriptions pour plus ou moins de règles, selon que l'on se positionne en faveur ou non de ce type de pouvoir²⁰⁶. Ainsi, alors qu'au début du vingtième siècle certains voient le pouvoir discrétionnaire comme une source de pouvoirs arbitraires et coercitifs, le développement de l'État-providence fait que d'autres le considèrent plutôt comme un moyen pour appliquer, dans une perspective de justice individuelle, des règles générales à des circonstances particulières. On assiste par la suite à une résurgence de la méfiance envers le pouvoir discrétionnaire²⁰⁷, alors que le paradigme dominant demeure peu contesté²⁰⁸.

1.2.2. Le pouvoir discrétionnaire vu des sciences sociales

Alors que des appels pour mieux comprendre « ce qui se passe dans les faits » [ma traduction] se font entendre chez les juristes dès 1935²⁰⁹, ce sont plutôt les sciences sociales qui se sont intéressées à la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire et qui proposent des approches et des outils aptes à atteindre cet objectif²¹⁰, notamment la sociologie de l'action publique²¹¹ ainsi que les études qui

²⁰⁴ Mockle, « Instruments de gestion », *supra* note 178 au n° 17.

²⁰⁵ Issalys et Lemieux, *supra* note 25 à la p 79. Voir aussi Pless et Gauthier, *supra* note 202 au n° 10.

²⁰⁶ Voir par ex Angus Grant, *Confronting (In)Security: Forging Legitimate Approaches to Security and Exclusion in Migration Law*, thèse de doctorat en droit, Université York, 2016 [non publiée] aux pp 264 et s; Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 41; Pratt et Sossin, *supra* note 26; Sossin, « Unfinished Project », *supra* note 192.

²⁰⁷ Par exemple, le pouvoir discrétionnaire est souvent perçu négativement dans le domaine de l'immigration, où il est considéré comme porte d'entrée pour une prise de décisions biaisée au désavantage de certains groupes, sur la base de l'origine, de la couleur de peau, de l'ethnie : Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 37.

²⁰⁸ Pratt et Sossin, *supra* note 26 à la p 304.

²⁰⁹ *Ibid* à la p 301, rapportant les propos de John Willis (sans citation). Voir aussi Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25.

²¹⁰ Voir par exemple la revue qu'en font Pratt et Sossin, *supra* note 26 aux pp 305 et s. Voir aussi Hawkins, *Uses of Discretion*, *supra* note 54.

²¹¹ Qui peut se comprendre comme l'étude du « processus de mise en place de programmes d'action publique » : Levêque, « Sociologie de l'action publique », *supra* note 56 à la p 53.

ont pour objet la mise en œuvre des politiques publiques²¹². Ces approches partagent un certain nombre d'éléments que j'examinerai successivement.

1.2.2.1. De multiples décisions

Dans un premier temps, elles proposent une conceptualisation du pouvoir discrétionnaire plus large que la délégation d'un tel pouvoir par une règle de droit. Si elles ont en commun avec la conception juridique la notion de choix, qui demeure centrale, elles conçoivent différemment les sources de la discrétion. En outre, elles mettent en lumière le fait que ce qui peut être décrit comme une décision discrétionnaire comprend souvent dans les faits un ensemble de décisions.

L'intérêt pour l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par les sciences sociales découle d'une vision de ces pouvoirs comme constituant une dimension essentielle de la mise en œuvre des politiques publiques. Comme l'indique Keith Hawkins, la traduction du droit en actions (qui visent par exemple à appliquer des politiques et des programmes) implique que les « acteurs légaux » [ma traduction] (avocats, juges, mais aussi fonctionnaires) interprètent le droit et fassent des choix²¹³. Les lois et les politiques qui en découlent ne s'appliquent pas de façon mécanique, leur mise en œuvre est toujours le résultat d'actions faites par des êtres humains. C'est par ces actions que le système juridique est confronté à la réalité des situations qu'il entend régir et où les ambiguïtés du droit « sont résolues en pratique » [ma traduction], par des choix entre différentes options possibles²¹⁴. La discrétion découle ainsi des exigences de la mise en œuvre des politiques publiques et, à travers celles-ci, du droit.

C'est au moment de cette mise en œuvre que les ambiguïtés se rendent visibles²¹⁵. Elles peuvent avoir plusieurs sources. En premier lieu, la mise en œuvre du droit exige un nécessaire travail d'interprétation²¹⁶. Comme le fait remarquer Pierre Thévenin,

²¹² Qui peut se concevoir comme les « actions qui sont déployées pour réaliser les mandats, les lois, les politiques et les programmes énoncés par un gouvernement ou des détenteurs de pouvoir exécutif. Il s'agit des politiques publiques telles qu'elles sont réalisées sur le terrain, par le biais de multiples pratiques et d'interactions » [références omises] : Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 6.

²¹³ Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p .11

²¹⁴ *Ibid* à la p 12.

²¹⁵ Rocher, *Études supra* note 23 à la p 29.

²¹⁶ John Bell, « Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 89 aux pp 97 et s; Hawkins, « Perspectives » *supra* note 25 aux pp 11–12;

[à] la limite, une composante discrétionnaire appartient à toute forme d'application de la loi, dans la mesure où la norme légale, formulée par un énoncé général, ne sera jamais assez précise pour pouvoir s'appliquer telle quelle aux situations particulières.²¹⁷

Ce fait n'échappe évidemment pas aux juristes. Dans la même décision citée plus tôt, la Cour suprême reconnaît qu'il « n'est pas facile d'établir une distinction entre l'interprétation et l'exercice du pouvoir discrétionnaire » et que « l'interprétation de règles de droit comporte un pouvoir discrétionnaire étendu pour ce qui est de clarifier, de combler les vides juridiques, et de choisir entre différentes options »²¹⁸. Comme l'affirment Pierre Issalys et Denis Lemieux,

toute marge d'interprétation inhérente à un texte législatif ou réglementaire – et, bien sûr, rares sont les textes qui n'en laissent subsister aucune – secrète par elle-même un pouvoir discrétionnaire. Celui-ci commence avec le choix que peut faire le fonctionnaire ou le juge chargé d'appliquer le texte de le considérer comme « clair » et de s'abstenir par conséquent d'en interpréter la lettre, ou au contraire de le considérer comme plus ou moins obscur et devant donc être interprété.²¹⁹

Néanmoins, les ouvrages de sciences sociales mettent également en lumière les nombreuses ambiguïtés qui, au-delà de la détermination du sens des règles, proviennent des réalités du travail de mise en œuvre du droit par les fonctionnaires de première ligne, par exemple la mise en pratique de vastes objectifs avec des ressources souvent limitées²²⁰. Pour Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès, ce travail comporte toujours un « espace d'appropriation » pour les personnes qui en sont chargées, en raison de nombreuses incertitudes : les « objectifs [des programmes gouvernementaux] sont souvent flous, les intérêts protégés contradictoires, les moyens attribués

André Hoekema, « La production des normes juridiques par les administrations » (1994) 27:1 *Droit et Société* 303 à la p 310.

²¹⁷ Thévenin, « Le droit hors de compte » *supra* note 52 à la p 171. Voir aussi Pierre Noreau, « Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social » (2001) 47:1 *RD McGill* 195 [Noreau, « Comment la législation est-elle possible »].

²¹⁸ *Baker, supra* note 190 au para 54.

²¹⁹ Issalys et Lemieux, *supra* note 25 à la p 71. Ces auteurs précisent toutefois que « la dimension discrétionnaire de l'interprétation [...] n'est pas sans limite » : *ibid* à la p 72. Ainsi, on peut également voir le pouvoir discrétionnaire comme une conséquence de l'indétermination d'une règle, puisque l'indétermination – une caractéristique de tout langage présente à différents degrés – laisse une marge d'interprétation à la personne qui applique la règle : Claudio Luzzati, « Indétermination » dans André-Jean Arnaud, dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd, Paris, LGDJ, 1993, 296. Comme le souligne Chaïm Perelman, le « recours à une notion vague ou confuse augmente, par le fait même, le pouvoir d'interprétation de celui qui doit l'appliquer » : Chaïm Perelman, « L'usage et l'abus de notions confuses » (1978) 88 *Logique et analyse* 3 à la p 8 [Perelman, « Notions confuses »]. Andrée Lajoie utilise l'expression « termes ultra-poreux » pour désigner certains concepts, comme celui de « société libre et démocratique », qui créent des « interstices » dans le texte et accordent aux interprètes une « marge de discrétion » : Lajoie, *Jugements de valeurs, supra* note 35 à la p 28.

²²⁰ Voir notamment Tony Evans, *Professional Discretion in Welfare Services: Beyond Street-Level Bureaucracy*, Farnham, Surrey, Ashgate, 2010; Lipsky, *supra* note 31.

imprévisibles, la répartition des compétences mal effectuée »²²¹. Par exemple, Jean Dozois, Michèle Lalonde et Jean Poupart résumaient de la manière suivante le processus qui pouvait s'appliquer aux délinquants dangereux au tournant des années 1990 :

L'évaluation de la dangerosité telle qu'elle s'élabore à travers les multiples étapes de la prise de décision, constitue un processus de reconstruction sociale dans lequel interviennent [...] les représentations [que les agents] se font dans leur milieu de travail des individus dangereux et non dangereux, leurs façons d'interpréter et de négocier les cas, les considérations de carrière ou administrative sous-jacentes aux recommandations. Interviennent également les circonstances sociales et politiques entourant les évaluations – par exemple, un contexte politique plus favorable ou moins favorable à des mesures plus libérales à l'égard des délinquants.²²²

De plus, certains estiment que ces ambiguïtés et incertitudes à la source de ce pouvoir discrétionnaire résultent parfois d'une surabondance de règles qui, plutôt que de contraindre ce pouvoir, tend à l'accentuer. Ainsi, plutôt que d'encadrer plus étroitement l'espace discrétionnaire des fonctionnaires de première ligne, une multiplicité de règles aurait pour effet d'accroître leur marge de manœuvre en leur permettant par exemple de choisir parmi les règles à appliquer, qui peuvent être contradictoires²²³.

Les règlements ne sont jamais suffisants pour encadrer l'action d'un l'agent administratif qui a la possibilité de jouer avec leur multiplicité. La surabondance des règlements est ainsi une ressource stratégique, du fait des marges de manœuvre existant entre des textes contradictoires, des possibilités de rejet de responsabilité à d'autres échelons, voire aux auteurs des textes réglementaires. Ainsi, plus une réglementation est complexe, moins elle s'avère effectivement applicable. Tout agent administratif dispose d'une certaine liberté d'action.²²⁴

Cette réalité fait en sorte que les fonctionnaires de première ligne doivent également décider de la pertinence du recours à une règle dans un contexte particulier²²⁵.

Ainsi, lorsqu'une personne à qui est délégué, de façon formelle, un pouvoir discrétionnaire, la décision qui résulte de l'exercice de ce pouvoir peut comprendre une multitude de décisions (ex. : sens des règles, opportunité de leur mise en œuvre, qualification des faits) : « *what may on the surface appear to be one simple discretionary decision quite often involves a rather more complex*

²²¹ Lasoumes et Le Galès, *supra* note 32 à la p 34.

²²² Dozois, Lalonde et Poupart, *supra* note 90 à la p 84

²²³ Lipsky, *supra* note 31 à la p 14. Dans le contexte canadien, voir par ex Karine Côté-Boucher, « The Paradox of Discretion: Customs and the Changing Occupational Identity of Canadian Border Officers » (2016) 56:1 *British Journal of Criminology* 49 aux pp 59–60 [Côté-Boucher, « Paradox of Discretion »].

²²⁴ Hassenteufel, *supra* note 56 aux pp 96–97.

²²⁵ Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 aux pp 11–12.

series of decisions »²²⁶. Carl Schneider offre une illustration de cette complexité dans le contexte policier :

*Deciding what actually happened always involves some discretionary judgments about what evidence to hear, what evidence to regard as relevant, and what evidence to regard as reliable, to say nothing about drawing final conclusions about what actually happens.*²²⁷

Pour capter cette nuance sur le plan analytique, Keith Hawkins propose une distinction utile entre la discrétion « principale », qui constitue le cœur d'une décision, et la discrétion « secondaire » [ma traduction], qui comprend toutes les décisions nécessaires qui permettent de parvenir à la décision principale²²⁸.

Les fonctionnaires disposent donc d'une véritable marge de manœuvre dans l'interprétation et l'application des règles. À cet effet, Thierry Delpeuch, Laurence Dumoulin et Claire de Galembert soulignent que « [l]es agents ne sont pas ces rouages mécaniques de la bureaucratie froide de Weber. Ils entretiennent un rapport actif avec la règle de droit : ils sont moins des exécutants de procédures préétablies que des décideurs »²²⁹.

1.2.2.2. Une pluralité d'acteurs impliqués

Dans un deuxième temps, ces approches mettent aussi en lumière le fait que la décision découlant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'inscrit dans une série de décisions prises par une diversité d'acteurs et d'actrices : les fonctionnaires qui travaillent directement en relation avec les membres du public à qui s'appliquent les décisions, mais aussi les membres du personnel des administrations publiques qui ne sont pas en contact avec ces personnes ainsi que des acteurs et actrices non étatiques qui vont être chargés d'octroyer ces services (membres du personnel d'ONG, d'organismes communautaires, d'entreprises privées, etc.)²³⁰. L'action publique prend donc

²²⁶ *Ibid* à la p 27.

²²⁷ Carl E Schneider, « Discretion and Rules. A Lawyer's View » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 47 à la p 66.

²²⁸ Hawkins, « Perspectives » *supra* note 25 à la p 27.

²²⁹ Thierry Delpeuch, Laurence Dumoulin et Claire de Galembert, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014 à la p 167.

²³⁰ Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 9; Hassenteufel, *supra* note 56 aux pp 8–9.

souvent la forme de réseaux d'acteurs de différentes organisations qui exercent, de près ou de loin, une influence sur les décisions²³¹.

Michael Lipsky parle ainsi de l'interdépendance des décisions dans une « chaîne de traitement » [ma traduction] des cas²³². Le fait de se reposer sur le travail des autres permet de simplifier la prise de décision dans la mesure où le contexte organisationnel impose des limites aux ressources qui peuvent être consacrées à un cas particulier.

*Street-level bureaucrats confront problems in which they must make significant decisions about people and complex situations without being able to interrogate people fully or investigate the background of their claims. The assertions of other professionals, who are assumed to know their jobs and are charged with responsibility for making appropriate assessment in their own work, provide significant and legitimate cues to decision making in the absence of other sources of information.*²³³

De façon similaire, Anna Pratt propose de concevoir l'exercice du pouvoir discrétionnaire non pas comme une seule décision, mais plutôt comme le résultat de multiples décisions, prises en différents moments par diverses personnes, de manière cumulative²³⁴.

Cette citation évoque aussi le rôle que joue l'information dans la prise de décisions des fonctionnaires chargés de la mise en œuvre des politiques publiques. La recherche d'informations est nécessaire à la prise de décisions, mais ces informations demeurent « toujours partielles et coûteuses à compléter »²³⁵, d'où l'importance de la contribution d'autres personnes à cette recherche. À l'instar d'autres contextes administratifs, on peut donc supposer que la recherche d'informations, notamment par la collaboration avec d'autres acteurs ou actrices (qui doivent aussi prendre certaines décisions au sujet de ces informations), occupe une place essentielle dans la mise en œuvre des mécanismes de contrôle. Dans une perspective foucaldienne, donc, la production d'un savoir au sujet de l'indésirable – la recherche, l'accumulation et le partage d'informations – constituerait donc une composante essentielle des relations de pouvoir qu'implique le contrôle des indésirables. Et cette production du savoir reposerait inévitablement sur un réseau d'acteurs et d'actrices qui, par ces éléments d'informations partagés, participeraient de cette manière aux décisions. Ce postulat rejoint d'ailleurs les conclusions de Richard Ericson, qui présente les

²³¹ Levêque, *supra* note 56.

²³² Lipsky, *supra* note 31 aux pp 129 et s.

²³³ *Ibid* aux pp 130–131.

²³⁴ Pratt, « Dunking » *supra* note 27 à la p 218.

²³⁵ Lascoumes et Le Galès, *supra* note 32 à la p 49.

policiers en tant que « travailleurs de la connaissance » [ma traduction] et analyse de quelles manières ce travail de l'information structure leurs tâches ainsi que l'exercice de leur discrétion²³⁶.

1.2.2.3. L'importance des contextes décisionnels

Dans un troisième temps, ces approches remettent en question le postulat de l'autonomie du décideur, qui n'est pas seulement influencé par ces multiples décisions et contraint par les limites que lui impose le droit, mais qui est aussi soumis à des forces organisationnelles et sociales qui le dépassent. Ainsi, pour Vic Satzewich, on ne peut concevoir les agents comme des « décideurs complètement autonomes qui sont isolés de forces et pressions sociales plus larges ou de leur environnement de travail » [ma traduction]²³⁷. Selon certains auteurs, l'objectif de comprendre comment s'exerce la discrétion exige de porter attention au contexte dans lequel se prend la décision et d'ainsi se détacher du cas particulier²³⁸.

Les possibilités ouvertes par la délégation de pouvoirs discrétionnaires, le nécessaire travail d'interprétation des règles (législatives, réglementaires ou issues des politiques administratives) et les réalités du travail de mise en œuvre des politiques publiques ouvrent ainsi un « espace d'appropriation » que Lascoumes et Le Galès qualifient de « vaste » et de « souvent peu structuré »²³⁹. Les études de sociologie de l'action publique et de mise en œuvre des politiques publiques offrent plusieurs avenues pour comprendre comment est meublé cet « espace discrétionnaire »²⁴⁰. Différentes pistes sont explorées et suggèrent que les éléments contextuels pertinents fluctuent en fonction des agences qui sont souvent étudiées dans une approche ethnographique. Divers domaines d'intervention font l'objet de telles recherches et mettent en exergue différents facteurs contextuels qui influencent l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, par

²³⁶ En anglais, l'expression est « *knowledge workers* ». Richard V Ericson, *Policing the Risk Society*, Toronto, University of Toronto Press, 2008 à la p 33. D'autres études portent également sur le rôle de l'information et de la connaissance dans le travail policier, de même que l'insertion des policiers dans un réseau d'acteurs qui font du *policing*. Voir par ex Jean-Paul Brodeur et Benoît Dupont, « Introductory Essay: The Role of Knowledge and Networks in Policing » dans Tom Williamson, dir, *The Handbook of Knowledge-Based Policing. Current Conceptions and Future Directions*, Chichester, John Wiley & Sons, 2008, 9.

²³⁷ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 54. Voir aussi Karine Côté-Boucher, *Borders Frictions. Gender, Generation and Technology on the Frontline*, New York, Routledge, 2020 à la p 10 [Côté-Boucher, *Border Frictions*].

²³⁸ Hawkins, *Uses of Discretion*, *supra* note 54 à la p 127.

²³⁹ Lascoumes et Le Galès, *supra* note 32 à la p 34

²⁴⁰ Expression que l'on retrouve dans différents écrits. Voir par ex Sallée, « Accompagner », *supra* note 146 au para 34; van der Woude et van der Leun, *supra* note 53 à la p 34.

exemple dans les domaines du suivi des jeunes délinquants²⁴¹, de la justice criminelle²⁴², de la délinquance financière²⁴³, du travail policier²⁴⁴, des services sociaux²⁴⁵ ou encore de l'immigration²⁴⁶. Néanmoins, si les réalités du travail de mise en œuvre des politiques publiques ouvrent un certain espace discrétionnaire, l'autonomie du décideur ne s'en trouve pas nécessairement accentuée puisqu'interviennent alors des éléments du contexte organisationnel ou social. Ces éléments exercent une certaine pression, voire une pression certaine, sur les personnes chargées de l'application des politiques publiques. Keith Hawkins souligne ainsi que l'action est orientée « dans une large mesure » par des règles, pas toujours juridiques, mais surtout « sociales et organisationnelles » [ma traduction]²⁴⁷. Selon lui, l'exercice de la discrétion est sujet à des « forces politiques, économiques, sociales et organisationnelles extérieures à la structure juridique », qui exercent leur « influence considérable » [ma traduction]²⁴⁸ justement en raison de l'espace discrétionnaire créé par les réalités du travail de mise en œuvre du droit et des politiques qui en découlent.

Si les éléments de contexte varient en fonction des domaines d'intervention (bien que certains puissent être partagés, comme les normes de gouvernance issues de la nouvelle gestion publique²⁴⁹ ou l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies sur les modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire²⁵⁰), le contexte peut aussi se concevoir comme étant propre à chaque décision.

²⁴¹ Sallée, « Accompagner » *supra* note 146.

²⁴² Martha Baumgartner, « The Myth of Discretion » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 129; Erhard Blankenburg, « The Selectivity of Legal Sanctions: An Empirical Investigation of Shoplifting Paper » (1976) 11 *Law & Society Review* 109; Isabelle Linteau, Chloé Leclerc et Denis Lafortune, « Détermination de la peine et dilemmes éthiques dans le système de justice des mineurs : comprendre la prise de décision des acteurs judiciaires » (2018) 15 *Champ pénal/ Penal field*; Phillip C Stenning, « Discretion, Politics, and the Public Interest in “High-Profile” Criminal Investigations and Prosecutions » (2009) 24:3 *Revue canadienne droit et société* 337.

²⁴³ Marie Badrudin, « Ethnographie de la gestion des illégalismes boursiers » (2018) 15 *Champ pénal/ Penal field*.

²⁴⁴ Didier Fassin, *La force de l'ordre. Une anthropologie de la police des quartiers*, Paris, Éditions du Seuil, 2011 [Fassin, *Force de l'ordre*]; Thévenin, « Le droit hors de compte », *supra* note 52; Renée Zauberman, « La répression des infractions routières : le gendarme comme juge » (1998) 40:1 *Sociologie du travail* 43.

²⁴⁵ Dubois, *Guichet*, *supra* note 83; Dubois, *Contrôler*, *supra* note 87.

²⁴⁶ Domaine qu'explore cette thèse, par la lunette des pratiques de détention. Sur la discrétion et l'immigration de façon générale, voir par ex Côté-Boucher, *Borders Frictions*, *supra* note 237; Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206; Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55; Spire, *Accueillir ou reconduire*, *supra* note 84.

²⁴⁷ Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 13.

²⁴⁸ *Ibid* à la p 38.

²⁴⁹ Voir à ce sujet Evans, *supra* note 220.

²⁵⁰ Certaines recherches indiquent que les nouvelles technologies de l'information provoquent un amoindrissement du pouvoir discrétionnaire alors que d'autres concluent plutôt à une transformation : voir par ex Côté-Boucher, « Paradox of Discretion », *supra* note 223; Dubois, *Contrôler*, *supra* note 87. Pour une discussion plus poussée, voir aussi la section 2.4.2.2, ci-dessous.

Robert Emerson et Blair Paley proposent d’approcher le contexte d’une décision discrétionnaire comme un « phénomène qui émerge en fonction des interactions et de la situation »²⁵¹ [ma traduction].

*Here context refers not to variables defined by particular traits but to the processes whereby particular traits are invoked or made relevant to specific decisions. Thus context is not pre-given but is created by ‘filling in’ relevant informational background and decision concerns in order to reach and justify particular decisions at specific times and places.*²⁵²

Ainsi, si « l’espace discrétionnaire » peut être meublé de différents éléments, ce ne sont pas toujours les mêmes éléments qui sont pertinents pour chaque décision. Si un élément contextuel s’avère pertinent pour une décision particulière, il pourrait ne pas l’être pour la décision suivante. Ces auteurs utilisent le concept « d’horizons décisionnels »²⁵³ [ma traduction] pour référer à la façon dont un décideur comprend le contexte d’une décision au moment où il prend cette décision.

Dans le cadre du contrôle des indésirables, cette conceptualisation m’apparaît pertinente dans la mesure où certains éléments relatifs au contexte d’application des mécanismes de contrôle demeurent flous ou mal définis, entre autres les notions de danger ou de sécurité ainsi que la conceptualisation de ce qui doit être protégé des indésirables. Le pouvoir discrétionnaire semble ainsi être un outil adapté à des objectifs de protection de la sécurité, en ce qu’il permet de donner à la sécurité un sens toujours lié au contexte concret de son application. De façon concomitante, il permet également que l’évaluation de l’indésirabilité se fasse « dans le concret ».

De plus, selon Emerson et Paley le contexte se déploie aussi dans le temps, dans la mesure où certains éléments pré- et postdécisionnel sont également pris en compte : certaines conclusions sont tirées à partir du passé du cas alors qu’on essaie également d’anticiper ce qui en adviendra (ce qui resitue une décision dans une série de décisions prises par différentes parties prenantes à divers moments). Le contexte pertinent d’une décision émerge ainsi au moment du processus de prise de décisions, au fil des multiples décisions, interprétations et conclusions à tirer qu’implique ce processus.

* * *

²⁵¹ Robert M Emerson et Blair Paley, « Organizational Horizons and Complaint-Filing » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 231 à la p 232.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ *Ibid* à la p 233.

En résumé, dans cette perspective, le pouvoir discrétionnaire est intimement lié à la notion de choix. Seulement, une décision découlant de la délégation d'un pouvoir discrétionnaire ne comprend pas qu'un seul choix, mais plusieurs. Ces choix sont rendus nécessaires autant par le pouvoir de choisir entre plus d'une option devant une série de faits donnés que par l'incontournable tâche d'interprétation des règles qui ceinturent la discrétion, de même que par les réalités complexes du travail de mise en œuvre des politiques publiques. Comme l'indiquent Lascoumes et Le Galès, « [à] l'intérieur des procédures et du cadre légal qui enserrent toujours l'action publique, le pouvoir discrétionnaire occupe une large place »²⁵⁴. Ce pouvoir qui est autrement nommé « espace discrétionnaire », « espace d'appréciation » ou « sphère d'autonomie »²⁵⁵, constitue une dimension critique du travail des fonctionnaires de première ligne qui mettent en œuvre les politiques publiques²⁵⁶. Il est de surcroît nécessaire pour que puissent fonctionner ces politiques²⁵⁷. Michael Lipsky souligne ainsi que la question n'est donc pas de savoir s'il existe un pouvoir discrétionnaire, mais bien de quel degré de pouvoir discrétionnaire jouissent ces fonctionnaires²⁵⁸.

Cet espace discrétionnaire, rendu lui-même nécessaire par la complexité des enjeux auxquels sont confrontées les administrations contemporaines, se meuble alors de divers éléments contextuels dont la pertinence ou l'influence fluctuent en fonction du domaine d'intervention, de l'agence responsable, voire des unités de cette agence, mais aussi du processus décisionnel. Parmi ces éléments contextuels figurent aussi les décisions d'autres acteurs et actrices appelées à intervenir ou se prononcer dans un cas particulier. Le passé et l'avenir du cas constituent donc des éléments « temporels » de son contexte.

1.2.3. L'exercice du pouvoir discrétionnaire, entre indétermination et surdétermination

Que l'on conçoive le pouvoir discrétionnaire du point de vue du droit ou du point de vue de la sociologie de l'action publique, l'exercice d'un tel pouvoir se caractérise par l'application d'une règle (ou de règles) en partie indéterminée(s). L'indétermination se définit comme une caractéristique intrinsèque de tout langage, qu'il soit commun ou technique, dans la mesure où

²⁵⁴ Lascoumes et Le Galès, *supra* note 32 à la p 34.

²⁵⁵ Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994 à la p 474, cité par Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 7.

²⁵⁶ Lipsky, *supra* note 31.

²⁵⁷ Evans, *supra* note 220 à la p 11.

²⁵⁸ Lipsky, *supra* note 31 à la p 15.

n'importe quel terme ou expression demeure dans une certaine mesure indéterminé, imprécis. L'indétermination n'est donc pas une caractéristique présente ou absente, il s'agit plutôt d'une « question de degré »²⁵⁹. Elle peut être réduite, mais jamais complètement effacée²⁶⁰.

Ainsi, sous l'angle du droit, la solution n'est pas dictée par la règle, son choix repose entre les mains de la personne à qui est délégué le pouvoir discrétionnaire. Sous l'angle de la sociologie de l'action publique, le pouvoir discrétionnaire résulte, comme on l'a vu, d'une multitude de facteurs qui sont concomitants à la délégation de pouvoirs visant la mise en œuvre des politiques publiques, que les pouvoirs soient ou non considérés comme discrétionnaires sur le plan du droit. La réalité complexe du travail des fonctionnaires de première ligne engendre son lot d'ambiguïtés qui font que l'indétermination de la règle s'accroît lorsque vient le moment de l'appliquer dans le concret. Pour paraphraser Pierre Noreau, une certaine part d'indétermination est nécessaire pour que les règles juridiques soient possibles²⁶¹. C'est en partie pour cette raison que des pouvoirs sont délégués, afin d'adapter les règles à la diversité des cas qui tombent sous leur coupe. L'indétermination semble donc constituer un aspect intrinsèque particulièrement important du travail des fonctionnaires de première ligne, une question qu'il leur faut résoudre pour chacun des dossiers qui sont traités²⁶². À ces problèmes liés aux règles à appliquer s'ajoutent les « conditions institutionnelles et professionnelles de mobilisation du droit » ainsi que les « caractéristiques des situations à propos desquelles il doit être mobilisé »²⁶³.

Alors, comment expliquer « l'engendrement du droit »²⁶⁴ dans ce contexte? Gérard Timsit et Andrée Lajoie proposent le concept de surdétermination pour comprendre « l'avènement à l'existence »²⁶⁵ d'une norme, c'est-à-dire pour expliquer comment le sens d'une norme se construit.

²⁵⁹ Luzzati, *supra* note 219.

²⁶⁰ Au sein des systèmes juridiques canadien et québécois, les méthodes et principes d'interprétation des lois ont pour fonction d'encadrer l'exercice de clarification d'une règle jugée imprécise. Voir par ex Pierre-André Côté et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 5^e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2021.

²⁶¹ Pierre Noreau, « Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire ? : le cas du droit de la famille » (1999) 33:2 RJT 307 [Noreau, « Notions juridiques et réalité sociale »]; Noreau, « Comment la législation est-elle possible? », *supra* note 217.

²⁶² Vincent Dubois parle ainsi d'insécurité juridique, notion qui « désigne les problèmes auxquels exposent les incohérences, la complexité ou le changement fréquent des dispositions législatives ou réglementaires » (changement auquel on pourrait ajouter, pour les pays de common law, la jurisprudence) : Dubois, *Contrôler*, *supra* note 87 à la p 316.

²⁶³ *Ibid* à la p 323.

²⁶⁴ Gérard Timsit, « Sur l'engendrement du droit » (1988) RDP 39 [Timsit, « Engendrement »].

²⁶⁵ Andrée Lajoie, « Surdétermination » dans Andrée Lajoie et al, dir, *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998, 85 à la p 85 [Lajoie, « Surdétermination »].

Se situant dans le prolongement de l'herméneutique, leurs travaux postulent que le sens d'une norme résulte de trois éléments : le texte qui énonce la norme (la prédétermination), la personne qui interprète ce texte (la codétermination) ainsi que le contexte sociohistorique dans lequel se trouve l'interprète (la surdétermination). Ces trois éléments « s'articulent, de manière différente selon les actes juridiques, pour permettre l'engendrement du droit »²⁶⁶.

La prédétermination est l'opération par laquelle l'auteur d'une norme *tente* d'orienter la signification qui lui sera donnée. J'écris « tente », puisque, toujours selon Timsit, le sens d'une norme ne se concrétise qu'au moment de son interprétation²⁶⁷. Il ne dépend ainsi pas que de l'intention de son auteur, parce que celui-ci ne peut jamais écrire la norme de façon à combler toutes les indéterminations²⁶⁸ et qu'il soit ainsi impossible pour la personne qui l'interprète d'y introduire sa propre interprétation²⁶⁹. Cela fait en sorte que le sens final de la norme n'émerge que lorsqu'elle est interprétée ou appliquée. On parle alors de codétermination du sens par le récepteur de la norme, qui vient « compléter ou modifier – contredire parfois »²⁷⁰ le sens donné par son auteur. Seulement, un ensemble de contraintes et possibilités circonscrivent les interprétations qu'on peut en faire. En ce sens, cet ensemble *surdétermine* le sens qui est donné à la norme. Ce que Timsit appelle le « champ » de la surdétermination est constitué des « principes, valeurs, croyances, idées, pratiques ou usages des membres d'une collectivité »²⁷¹ et « qui commandent à leurs comportements, leurs réactions et leurs interprétations »²⁷². Ainsi, devant les lacunes ou les contradictions de la loi, c'est-à-dire devant ses indéterminations, ces éléments sont autant de ressources auxquelles l'interprète peut se référer pour combler un vide ou résoudre une

²⁶⁶ Timsit, *Archipel*, *supra* note 35 à la p 29.

²⁶⁷ *Ibid* à la p 20. Pour l'auteur, il n'y a pas de différence entre un texte et son interprétation dans le sens où la signification du texte est celle que lui donnent ses lecteurs.

²⁶⁸ Timsit parle ainsi du « répertoire des possibles » interprétations de la norme ou de la « dissémination du sens qui affecte la norme » : Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991 à la p 46 [Timsit, *Noms de la loi*].

²⁶⁹ Timsit, *Archipel*, *supra* note 35 aux pp 48, 112. Voir aussi Timsit, « Engendrement », *supra* note 264 à la p 58 : « Mais les stratégies [que l'instance d'émission de la norme] utilise – même combinées entre elles pour laisser le moins de place possible à l'indétermination – ne suppriment jamais totalement cette indétermination. [...] Le lecteur de la norme, utilisant ces lieux d'indétermination, y logera donc sa propre détermination ». Ailleurs, il insiste : « Aucun mot n'offre jamais de certitude absolue du sens qui peut lui être conféré. [...] La vérité est que malgré toutes les précautions prises dans la rédaction d'un texte, les mots qu'il utilise sont toujours susceptibles d'un détournement ou d'un glissement de sens » : Timsit, *Noms de la loi*, *supra* note 268 à la p 81.

²⁷⁰ Timsit, *Noms de la loi*, *supra* note 268 à la p 54.

²⁷¹ Timsit, *Archipel*, *supra* note 35 à la p 29.

²⁷² Timsit, *Noms de la loi*, *supra* note 268 aux pp 54–55. On retrouve ailleurs dans l'œuvre de Gérard Timsit la définition suivante : « le code culturel qui préside à [la lecture de la norme] – principes, valeurs, croyances, idées, pratiques ou usages des membres d'une collectivité » : Timsit, *Archipel*, *supra* note 35 à la p 29.

ambiguïté²⁷³. Ainsi, pour Lajoie, le concept de surdétermination « repose sur l'hypothèse que la production du droit se déploie à l'intérieur d'un champ de valeurs, d'un code culturel propre à chaque société, qui lui sert de support interprétatif et dont découlent un certain nombre de contraintes pour son application et son effectivité »²⁷⁴.

Transposé au domaine du travail des fonctionnaires de première ligne²⁷⁵, le concept de surdétermination renvoie au rôle que jouent les contraintes et possibilités posées par les contextes décisionnels et l'implication d'actrices et d'acteurs divers dans les multiples décisions que doivent prendre ces fonctionnaires au moment d'interpréter les règles qu'elles et ils sont chargés de mettre en œuvre. Autrement dit, ces éléments surdétermineraient leurs décisions.

1.3. Un phénomène « de tous les temps »²⁷⁶ dans un contexte juridique contemporain particulier

Le contrôle des indésirables n'est pas un phénomène nouveau. Les travaux cités plus haut montrent qu'il a fait et qu'il fait encore aujourd'hui l'objet de nombreuses recherches dans plusieurs disciplines, tant sur les plans théorique qu'empirique. Les manifestations du phénomène, toutefois, surgissent dans des contextes sociaux et juridiques distincts qui influencent les façons dont un groupe social émerge en tant que groupe indésirable et dont ses membres deviennent les objets des mécanismes de contrôle.

Sur le plan juridique, le contexte contemporain se caractérise selon Guy Rocher par deux grandes tendances, depuis la deuxième moitié du vingtième siècle²⁷⁷. La première est l'importance

²⁷³ Timsit, *Noms de la loi*, *supra* note 268 à la p 153.

²⁷⁴ Lajoie, « Surdétermination », *supra* note 265 à la p 85.

²⁷⁵ Andrée Lajoie et Gérard Timsit se sont surtout intéressés à l'interprétation du droit par les juges des tribunaux judiciaires. Voir par ex Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35; Gérard Timsit, « La transdiction à l'œuvre. Étude de cas » (1999) 7 *Enquête*, en ligne : <journals.openedition.org/enquete/1581> [Timsit, « Transdiction »]; Gérard Timsit, *Gouverner ou juger : blasons de la légalité*, Paris, Presses universitaires de France, 1995 [Timsit, *Gouverner ou juger*].

²⁷⁶ Comme l'exclusion, qui est « un phénomène général de tous les temps, de tous les espaces sociaux » : Dorvil, Renaud et Bouchard, *supra* note 73 à la p 713.

²⁷⁷ Rocher, *Études*, *supra* note 23 aux pp 98–102. On pourrait ajouter une troisième tendance, peut-être moins pertinentes pour mes fins, concernant l'élaboration de règles par des entités privées, notamment multinationales ou transnationales : voir par ex Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme: les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd, Montréal, Les Éditions Thémis, 2015; François Ost et Michel van de Kerchove, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? » (2000) 44:1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1 aux pp 65 et s [Ost et de Kerchove, « De la pyramide au réseau »].

croissante (mais parfois fluctuante²⁷⁸) accordée aux droits de la personne. Cette importance n'est pas étrangère à un exemple paradigmatique de contrôle des indésirables, l'Holocauste²⁷⁹, qui figure parmi les actes ayant servi de catalyseur à l'adoption, en 1948, de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*²⁸⁰ par l'Organisation des Nations unies²⁸¹. Ce texte marque le coup d'envoi d'une longue série d'instruments internationaux et nationaux de protection des droits de la personne²⁸². Au Canada, le parlement fédéral adopte ainsi la *Déclaration canadienne des droits*²⁸³ en 1960, que Christopher MacLennan présente comme le résultat de plusieurs années de mobilisation de divers groupes et individus²⁸⁴, ainsi que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*²⁸⁵ en 1977. La protection des droits sera par la suite constitutionnalisée avec l'adoption en 1982 de la *Charte canadienne*. Ce mouvement de reconnaissance des droits s'exprime aussi au-delà de ces grandes déclarations et chartes par des changements sur le plan des politiques et des discours²⁸⁶. Je pense aussi à des changements comme l'octroi inconditionnel du droit de vote aux

²⁷⁸ Voir par ex Louis-Philippe Lampron, « Garde-fous des gouvernements démocratiques » (2017) 37:2 *Revue Droits et libertés*, en ligne : <liguedesdroits.ca/?p=4705>.

²⁷⁹ Soit « la persécution et l'assassinat systématiques de 6 millions de Juifs, organisés par l'État nazi et ses collaborateurs de 1933 à 1945 » : Musée de l'Holocauste à Montréal, « Histoire de l'Holocauste », sans date, en ligne : <museeholocauste.ca/fr/histoire-holocauste>.

²⁸⁰ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71, préambule [*Déclaration universelle*].

²⁸¹ Johannes Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1999 aux pp 36 et s. Johannes Morsink rapporte à cet effet les propos des rédacteurs de la Déclaration universelle lors du débat final à l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies. Il démontre aussi qu'au haut de la liste des objectifs des rédacteurs trône la volonté d'éviter « similaire abomination » [ma traduction] : *ibid* à la p 37. À cet effet, il n'est pas anodin de constater que la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951)) a été adoptée le 9 décembre 1948, la journée précédant l'adoption de la *Déclaration universelle*.

²⁸² Il est important de souligner que l'idée des droits de la personne remonte à beaucoup plus loin. Guy Rocher retrace ses débuts à la Renaissance, lorsque « [l']autonomie du sujet humain [apparaît] comme une valeur montante » : Rocher, *Études*, *supra* note 23 à la p 100. Lire aussi Lynn Avery Hunt, *Inventing Human Rights: A History*, New York, W W Norton & Company, 2008 aux pp 35 et s.

²⁸³ *Déclaration canadienne des droits*, SC 1960, c 44.

²⁸⁴ Mouvement qui précède donc l'adoption de la *Déclaration universelle*. Christopher MacLennan, *Toward the Charter: Canadians and the Demand for a National Bill of Rights, 1929-1960*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2003 à la p 5.

²⁸⁵ LRC 1985, c H-6.

²⁸⁶ Dominique Clément, Will Silver et Daniel Trottier présentent par exemple le discours des droits de la personne comme étant devenu « la langue première du changement social au Canada » : Dominique Clément, Will Silver et Daniel Trottier, *L'évolution des droits de la personne au Canada*, Commission canadienne des droits de la personne, 2012 à la p 6. Pour ces auteurs, le « discours des droits de la personne [...] a transformé les mouvements sociaux, la vie politique, le droit et la politique étrangère » au Canada : *ibid* à la p 7.

Premières Nations en 1960²⁸⁷, à la reconnaissance de la capacité juridique de la femme mariée au Québec en 1964 ou à la décriminalisation de pratiques liées l'homosexualité en 1969²⁸⁸.

Ce mouvement juridique, mais aussi social n'a pas été sans effet sur le phénomène du contrôle des indésirables. Sur le plan social, il n'est plus acceptable de cibler ouvertement un groupe comme étant dangereux ou inutile en raison de certaines caractéristiques fondamentales comme la « race », l'origine ethnique ou la religion²⁸⁹ (bien que certains discours racistes ou xénophobes semblent de plus en plus se décomplexer²⁹⁰). Sur le plan du droit, bien que la protection des droits fondamentaux soit née d'une volonté d'assurer l'égalité entre les êtres humains, des dispositions prévoient dès le départ la possibilité de restreindre leur exercice²⁹¹. Ainsi, des mécanismes de contrôle persistent au sein de régimes juridiques qui limitent l'exercice des droits de certains membres de groupes indésirables (lorsqu'ils correspondent aux critères prévus par ces régimes), comme les personnes ayant des problèmes de santé mentale ou les personnes non citoyennes placées en détention²⁹². Des droits économiques, sociaux et culturels, comme l'aide sociale, sont reconnus, mais soumis à des conditions²⁹³. Si d'autres mécanismes de contrôle sont néanmoins jugés inconstitutionnels parce

²⁸⁷ Les « Indiens inscrits » au sens de la *Loi sur les Indiens* (LRC 1985, c I-5) devaient renoncer à leur statut d'Indien pour obtenir le droit de vote aux élections fédérales : Élections Canada, « L'histoire du vote au Canada. Chapitre 3, La modernisation, 1920-1981 », en ligne : www.elections.ca/content.aspx?section=res&dir=his&document=chap3&lang=f.

²⁸⁸ Pour un bref portrait de ces exemples, parmi d'autres, voir André Giroux, « Capacité juridique de la femme mariée. 40 ans depuis le grand coup de barre » (2014) 36:13 *Journal du Barreau*, en ligne : www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol36/no13/femme.html.

²⁸⁹ Je pense par exemple aux citoyens canadiens d'origine italienne et japonaise internés pendant la Deuxième Guerre mondiale ou aux restrictions à l'immigration qui frappaient certaines nationalités.

²⁹⁰ Stéphanie Le Bars, « Drôle d'ambiance dans l'Amérique post-Trump », *Le Monde.fr* (18 novembre 2016), en ligne : www.lemonde.fr/m-moyen-format/article/2016/11/18/drole-d-ambiance-dans-l-amerique-post-trump_5033633_4497271.html.

²⁹¹ Il est ainsi dans la *Déclaration universelle*, *supra* note 280, art 29(2) et dans la *Charte canadienne*, *supra* note 173, art 1. Au Canada, pour qu'une restriction des droits soit légalement justifiée, elle doit répondre aux exigences posées par la Cour suprême dans l'arrêt *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 26 DLR (4th) 200 [*Oakes*].

²⁹² Dans ces exemples, la notion de danger joue souvent un rôle important dans la justification de la restriction du droit à la liberté. En ce qui concerne les personnes non citoyennes, le fait qu'elles ne soient pas visés par l'article 6 de la *Charte canadienne*, qui protège le droit d'entrer et de demeurer au pays, a donné lieu à ce que Julie Gaudreau appelle « l'approche duelle de la Cour suprême du Canada en matière de discrimination fondée sur la citoyenneté ». Alors que l'article 15 de la *Charte canadienne*, qui protège les droits à l'égalité, peut trouver application lorsqu'une règle de droit prévoit une différence de traitement entre citoyens et non-citoyens, une analyse sous cet article sera refusée pour « les situations d'inégalité admises par la Charte » : Julie Gaudreau, « Quel droit à l'égalité pour les non-citoyens ? Réflexion inspirée de l'affaire Charkaoui » (2008) 49:2 C de D 205 aux pp 216-217.

²⁹³ Par exemple, l'article 45 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (RLRQ, c C-12) prévoit le droit à des « mesures d'assistance financière et à des mesures sociales », mais qui sont « prévues par la loi ». La *Charte canadienne* ne reconnaît pas de tels droits.

qu'ils imposent des restrictions injustifiées aux droits²⁹⁴, de nouveaux mécanismes les remplacent parfois, comme dans le cas du contrôle des personnes en situation d'itinérance aux États-Unis²⁹⁵.

Le contrôle des indésirables prend aussi une teinte particulière à la lumière de la deuxième grande tendance du contexte juridique contemporain, ce que Guy Rocher nomme « l'explosion du droit public » et qu'il présente comme « un corollaire de l'inflation de l'État »²⁹⁶, État qui par le droit étend ses domaines d'interventions. Comme nous l'avons vu plus haut, cette explosion du droit public entraîne un recours croissant à la délégation de pouvoirs dans toutes les sphères d'intervention étatique, qui sont de plus en plus nombreuses²⁹⁷.

Ces deux grandes tendances entrent en tension à la faveur d'un autre élément qui m'apparaît central pour décrire le contexte actuel du contrôle des indésirables, soit la pénalisation croissante des problèmes sociaux²⁹⁸. En quelques mots, cette expression désigne le phénomène par lequel l'État, en face de problèmes sociaux, délaisse une approche axée sur l'intervention sociale au profit d'une approche qui privilégie une intervention plus répressive ou punitive²⁹⁹. Ce phénomène est donc de nature à favoriser le recours à des mécanismes d'exclusion de personnes jugées dangereuses (ex. : la prison) ou de réforme pour les personnes que l'on considère comme inutiles (ex. : *workfare*).

D'un côté, on accorde une importance grandissante aux droits et libertés. De l'autre, les questions sociales dont se saisissent les autorités étatiques appellent des réponses pénales souvent attentatoires à ces mêmes droits et libertés³⁰⁰. L'inflation du droit public entraînant un recours croissant à l'usage de la délégation de pouvoirs, les réponses favorisées par cette approche pénale des problèmes sociaux se concrétisent également par l'application de tels pouvoirs, y compris au

²⁹⁴ Voir par ex le jugement de la Cour du Québec qui déclare nul l'article 3.2 du *Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public* (RRVM, c P-6) en raison d'atteintes injustifiées aux libertés d'expression et de réunion pacifique : *Villeneuve c Montréal (Ville de)*, 2016 QCCS 2888 au para 505, AZ-51298968. Voir aussi le jugement de la Cour d'appel qui étend ce raisonnement à l'article 2.1 du même règlement : *Villeneuve c Ville de Montréal*, 2018 QCCA 321 aux para 99 et s, AZ-51473747.

²⁹⁵ Katherine Beckett et Steve Herbert, « Dealing with Disorder: Social Control in the Post-Industrial City » (2008) 12:1 *Theoretical Criminology* 5. Ces auteurs démontrent par exemple de quelle façon l'invalidation de certaines lois américaines qui criminalisaient le vagabondage et le flânage a mené à l'adoption de dispositions juridiques de nature civile ou administrative plus difficiles à contester, mais répondant aux mêmes objectifs de contrôle de l'espace urbain : *ibid* à la p 23.

²⁹⁶ Rocher, *Études*, *supra* note 23 aux pp 98 et s.

²⁹⁷ Pierre Foucher, « Fascicule 1 : Introduction à l'étude du droit administratif » aux n^{os} 5, 46, dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit administratif* (QL).

²⁹⁸ À ce sujet, voir la section 2.1.1, ci-dessous.

²⁹⁹ Voir par ex Castel, *Insécurité*, *supra* note 22; Mary, *supra* note 22; Wacquant, *Prisons*, *supra* note 22.

³⁰⁰ Comme le remarque Philippe Mary, cette « prise en charge par la pénalité » se fait soit « de manière directe », soit « sur le plan des logiques d'intervention » : Mary, *supra* note 22 à la p 27.

sein de régimes de droit administratif. Il revient donc aux fonctionnaires de première ligne (dont les policiers, mais pas exclusivement) de prendre des décisions qui entraînent des limitations aux droits des personnes visées³⁰¹. Comme l'illustre Alexis Spire, pour résoudre les contradictions entre approche répressive et droits fondamentaux dans le domaine de l'immigration, les gouvernements adoptent d'un côté des « lois répressives qui respectent en apparence les droits fondamentaux, mais, de l'autre, ils délèguent aux fractions subalternes de l'Administration le soin de rendre ces droits inopérants »³⁰². Ainsi, bien que ces tensions trouvent parfois leur réponse devant les tribunaux, elles se résolvent plus souvent dans le quotidien des administrations, par le biais de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. De surcroît, la mise en œuvre de ces pouvoirs est souvent dénoncée comme cause de pratiques discriminatoires qui perpétuent les inégalités sociales.

1.4. Questions et objectifs de recherche

Ces considérations m'amènent à formuler la question générale de recherche suivante, qui s'inspire du questionnement proposé par Anna Pratt sur l'usage des pouvoirs discrétionnaires³⁰³ :

- dans le cadre du contrôle des indésirables, comment les fonctionnaires de première ligne exercent-ils leurs pouvoirs discrétionnaires?

L'objectif général qui sous-tend cette question est de mettre en lumière et comprendre les pratiques relatives à la mise en œuvre du droit que ce phénomène implique. Plus précisément, il s'agit de comprendre comment les fonctionnaires de première ligne mettent en œuvre le droit pour appliquer des mécanismes de contrôle.

³⁰¹ Dans ce cas, en droit canadien, la législation habilitante doit prévoir expressément ou par « implication nécessaire » la possibilité de porter atteinte aux droits. Voir par ex *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 au para 90, [1989] A.C.S. no 45 (« il faut présumer qu'un texte législatif attribuant une discrétion imprécise ne confère pas le pouvoir de violer la Charte à moins que ce pouvoir ne soit expressément conféré ou qu'il le soit par implication nécessaire ») [*Slaight Communications*]. Voir aussi Issalys et Lemieux, *supra* note 25 aux pp 220 et s.

³⁰² Spire, *Accueillir ou reconduire*, *supra* note 84 à la p 8.

³⁰³ Anna Pratt, qui s'intéresse aux pratiques de renvoi et détention des autorités canadiennes, conçoit le pouvoir discrétionnaire « comme une forme puissante de gouvernance, qui facilite la traduction de certaines préoccupations et priorités dans le droit, les politiques et la pratique de l'immigration » [ma traduction] : Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 53. Elle part du constat que le fait de concevoir la discrétion à travers le binôme droit/discrétion n'a pas permis d'identifier de solution au « problème » de la discrétion (ex. : source d'arbitraire). Elle propose donc de l'aborder autrement, comme forme de pouvoir, ce qui permet d'interroger autrement ses usages. « *Rather than asking why it is used, how it can be eliminated, curtailed or expanded, made more fair or just, the guiding question becomes how does this power work in specific empirical contexts?* » [italiques dans l'original] : *ibid* à la p 72.

Des considérations exposées dans ce chapitre découlent les questions suivantes. Dans le cadre de la mise en œuvre de mécanismes de contrôle des indésirables :

- quels types de pratiques l'exercice de pouvoirs discrétionnaires nécessite-t-il?
- Quels facteurs les fonctionnaires de première ligne prennent-ils en compte au moment d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires (ex. : les éléments constitutifs des contextes décisionnels) et comment ces facteurs surdéterminent-ils l'exercice de ces pouvoirs?

Étant donné l'importance du contexte précis d'application de pouvoirs discrétionnaires pour comprendre les tenants et aboutissants de sa mise en œuvre, je me concentre dans la suite de cette recherche sur une manifestation particulière du contrôle des indésirables, soit la détention administrative des personnes non citoyennes au Canada en contexte migratoire.

CHAPITRE 2 – LA DÉTENTION DES PERSONNES NON CITOYENNES³⁰⁴ AU

CANADA

La violence aux frontières et par les frontières est devenue l'un des traits marquants de la condition contemporaine. Petit à petit, la lutte contre les migrations dites illégales prend la forme d'une guerre sociale désormais menée à une échelle planétaire. Dirigée davantage contre des classes de populations que contre des individus en particulier, elle combine désormais techniques militaires, policières et sécuritaires et techniques bureaucratiques-administratives, libérant au passage des flux d'une violence froide et, de temps à autre, non moins sanglante.³⁰⁵

C'est la faute à qui si je suis hors la loi?³⁰⁶

*Introduction*³⁰⁷

Afin d'atteindre mes objectifs de recherche présentés dans le chapitre précédent, qui visent à dévoiler et comprendre les pratiques de mise en œuvre des mécanismes de contrôle des indésirables, j'ai retenu le cas de la détention, en contexte migratoire, des personnes non citoyennes au Canada³⁰⁸.

Les migrations internationales touchent désormais la quasi-totalité des États, que ce soit en tant que pays d'origine, de transit ou de destination. En 2020, on comptait 280,6 millions de personnes migrantes à l'international, comparativement à 220,8 millions en 2010³⁰⁹. Parmi celles-ci se

³⁰⁴ J'utilise l'adjectif « non citoyenne » puisqu'il reflète ce qui, juridiquement, caractérise les personnes qui peuvent être détenues en application du droit de l'immigration, soit le fait de ne pas posséder la citoyenneté canadienne. Je préfère toutefois l'expression « personne non citoyenne » au simple « non-citoyen » puisqu'elle ne circonscrit pas la personne qu'elle désigne à cette seule dimension. De plus, elle englobe les personnes qui appartiennent aux différentes catégories juridiques (ex. : résidente permanente ou temporaire, demandeur d'asile) ainsi que les personnes sans statut migratoire.

³⁰⁵ Achille Mbembe, « Les Africains doivent se purger du désir d'Europe », *Le Monde* (10 février 2019), en ligne : www.lemonde.fr/afrique/article/2019/02/10/achille-mbembe-les-africains-doivent-se-purger-du-desir-d-europe_5421762_3212.html.

³⁰⁶ Tiken Jah Fakoly, « Où aller où? », *L'Africain*, Barclay, 2007.

³⁰⁷ Les données et la documentation officielle présentées dans ce chapitre sont à jour au 1^{er} novembre 2021 (à moins d'indication contraire).

³⁰⁸ Il s'agit plus précisément du régime principal de détention créé par la LIPR (*supra* note 20). Cette recherche exclut donc la détention des personnes non citoyennes en contexte criminel, bien que de nombreux liens existent entre ces deux formes de détention, par exemple lorsqu'une condamnation entraîne l'interdiction de territoire et le renvoi, processus dans le cadre duquel la personne non citoyenne peut être détenue en vertu du droit de l'immigration.

³⁰⁹ Organisation internationale pour les migrations, *Portail sur les données migratoires*, en ligne : migrationdataportal.org/fr/?i=stock_abs_&t=2019. La proportion de personnes migrantes par rapport à la population totale est passée de 3,2% à 3,6%. Ces statistiques se rapportent à « tous les résidents d'un pays qui sont nés à l'étranger, quelle que soit la date de leur arrivée dans le pays » : *ibid.*

trouvaient 26,4 millions de personnes réfugiées, 4,1 millions de personnes ayant demandé l’asile³¹⁰ ainsi que 3,9 millions de Vénézuéliens et Vénézuéliennes déplacées à l’étranger (sous des statuts autres que ceux de demandeur d’asile ou réfugié)³¹¹. En 2010, il y avait 15,4 millions de personnes réfugiées ainsi que 837 500 personnes qui sollicitaient le statut de réfugié³¹². Au Canada seulement, entre les années 2012-2013 et 2012-2020, le nombre d’entrées de ressortissantes et ressortissants étrangers a fait un bond de près de 6 millions, passant de près de 27,5 millions à un peu plus de 33 millions, après avoir atteint un sommet de 36,2 millions d’entrées en 2019³¹³.

Ici comme à l’international, la dernière décennie a été ponctuée d’événements majeurs qui ont occupé l’espace médiatique et suscité de nombreux débats. Sur le plan national, je citerai les arrivées, en 2009 et 2010, de deux bateaux avec à leurs bords des centaines de personnes d’origine tamoule en quête de protection internationale, arrivées qui ont motivé d’importantes réformes au droit de l’immigration, notamment des restrictions relatives au système de protection des réfugiés et un durcissement des dispositions relatives à la détention³¹⁴. Je pense également à la réinstallation de réfugiés et réfugiées syriennes en 2015 et 2016 ou encore au chemin Roxham, où les traversées irrégulières de la frontière canado-américaine ont défrayé la chronique entre l’été 2017 et mars 2020. Sur le plan international, on peut songer à l’exode des Rohingyas du Myanmar vers le Bangladesh, à la « crise » des Syriens et Syriennes cherchant refuge en Europe en 2015, à l’obsession anti-immigration de l’ex-président américain Donald Trump ou à l’adoption, par l’Assemblée générale de l’Organisation des Nations Unies (ONU), des deux pactes internationaux

³¹⁰ Dans ce chapitre et pour le reste de la thèse, les expressions « personne qui demande l’asile », « personne en quête de protection internationale », « personne qui revendique le statut de réfugié » sont utilisées de façon interchangeable. Elles désignent les personnes qui ont présenté une demande d’asile à un gouvernement et qui sont en attente d’une décision leur reconnaissant (ou non) le statut de réfugié au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés*, 8 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954), art 1(A)(2) [*Convention relative au statut des réfugiés*].

³¹¹ Les 3,9 millions de ressortissants et ressortissantes vénézuéliennes déplacées à l’étranger (qui sont les seules présentées à part dans les rapports du Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés) ont différents statuts selon leur pays d’accueil, autres que celui de réfugié ou demandeur d’asile. Plusieurs sont aussi en situation irrégulière : United Nations High Commissioner for Refugees, *Global Trends - Forced displacement in 2020, 2021*, en ligne : <www.unhcr.org/flagship-reports/globaltrends> [UNHCR, *Global Trends 2020*].

³¹² United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Global Trends 2010*, United Nations High Commissioner for Refugees, 2010, en ligne : <www.unhcr.org/statistics/country/4dfa11499/unhcr-global-trends-2010.html> [UNHCR, *Global Trends 2010*].

³¹³ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 39. La baisse du nombre d’entrées enregistrée en 2020 a fort probablement été causée par les restrictions mises en place en raison de la pandémie de COVID-19.

³¹⁴ Voir la section 2.1.2.2, ci-dessous.

sur des questions migratoires en décembre 2018³¹⁵. Les migrations soulèvent une foule d'enjeux sociaux, économiques, politiques, et juridiques.

Le champ du droit de l'immigration s'avère particulièrement pertinent pour l'étude du contrôle des indésirables, un de ses objectifs étant précisément l'expulsion, à l'extérieur des frontières étatiques, de personnes non citoyennes. En effet, la fonction première du droit et des programmes d'immigration (et de citoyenneté) consiste à faire le partage entre « qui peut devenir citoyen et qui doit demeurer étranger » [ma traduction]³¹⁶. En d'autres termes, il s'agit de distinguer, parmi les personnes non citoyennes, celles qui sont désirables de celles qui ne le sont pas³¹⁷. La consultation des objectifs de la LIPR³¹⁸, le principal instrument juridique du droit de l'immigration au Canada, rend compte de ces fonctions. Par cette loi, on cherche à « retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques » et à « favoriser le développement économique et la prospérité du Canada », mais aussi à « protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne »³¹⁹.

À l'instar d'autres groupes sociaux, l'émergence de groupes indésirables parmi les personnes non citoyennes³²⁰ est intimement liée au contexte sociohistorique. À cet égard, l'histoire du droit de l'immigration du Canada regorge d'exemples d'émergence de ces groupes et de mécanismes mis en place pour les exclure. Pendant les décennies suivant la confédération, qui se caractérisent par une politique d'immigration assez ouverte visant à favoriser le développement économique du pays, des mesures restreignent néanmoins l'immigration de groupes particuliers, notamment les

³¹⁵ Il s'agit du *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières* (Doc off AG NU, 73^e sess, Doc NU A/RES/73/195 (2018)) ainsi que le *Pacte mondial sur les réfugiés* (Doc off AG NU, 73^e sess, supp n° 12, Doc NU A/73/12 (2018)).

³¹⁶ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 3. Voir aussi Juliet Stumpf, « The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power » (2006) 56:2 *American University Law Review* 367 à la p 380 [Stumpf, « Crimmigration Crisis »], qui présente le droit de l'immigration comme un droit qui cherche à inclure des personnes en tant que membres de la société et à en exclure d'autres. Camille Hamidi et Mireille Paquet définissent les politiques migratoires comme « l'ensemble des actions publiques qui visent au contrôle, à la sélection, à l'incorporation, ainsi qu'à la naturalisation des populations comprises comme étrangères ou immigrées » : Hamidi et Paquet, *supra* note 32 aux pp 5–6.

³¹⁷ Nakache, « Logiques convergentes », *supra* note 7 à la p 83.

³¹⁸ *Supra* note 93.

³¹⁹ *Ibid*, art 3. Sont aussi indiqués des objectifs relatifs à la protection des personnes réfugiées.

³²⁰ Cette étude de cas s'intéresse à l'ensemble des personnes non citoyennes désignées comme indésirables, peu importe leur statut (ex : demandeur d'asile ou réfugié, résident permanent ou temporaire, sans statut).

personnes provenant de la Chine³²¹ ou de l'Inde³²², qui sont perçues comme autant de menaces à la « pureté nationale » [ma traduction]³²³. Se met également en place à cette époque un mode de sélection ouvertement raciste, basé sur l'origine nationale et ethnique³²⁴. Au courant des décennies suivantes, divers groupes considérés comme dangereux vont émerger, tels que les syndicalistes et communistes, dont l'activisme politique motivera la déportation en grands nombres dans les années 1920 et 1930³²⁵, ou encore les personnes de confession juive qui tentent de fuir le régime nazi, qui seront exclues du Canada en vertu d'une politique extrêmement restrictive et antisémite³²⁶. Au tournant des années 1960, les inquiétudes relatives à la « pureté raciale et morale de la nation », qui dominent jusqu'alors la perception des dangers posés par l'immigration, cèdent le pas à des préoccupations liées aux menaces à la « sécurité nationale » [ma traduction]³²⁷. Il s'agit par exemple, dans les années 1990, de questions de sécurité liées « à la prévention des migrations spontanées, de la criminalité transnationale et du terrorisme »³²⁸.

Les justifications officielles qu'avancent aujourd'hui les États pour contrôler les personnes non citoyennes concernent surtout les motifs relatifs à la prospérité économique et la sécurité³²⁹, qui

³²¹ Qui sont spécifiquement visés dès 1885 par un droit d'entrée de 50\$ par personne, sauf pour les diplomates, étudiants, marchands et touristes : *Acte à l'effet de restreindre et régler l'immigration chinoise au Canada*, LC 1885, c 71, art 4 [*Acte de l'immigration chinoise de 1885*]. Ce montant sera fréquemment augmenté, jusqu'à atteindre 500\$ en 1903 : *Acte concernant l'immigration chinoise et visant à la restreindre*, LC 1903, c 8, art 6 [*Acte de l'immigration chinoise de 1903*]. En 1923, des mesures encore plus drastiques viseront l'immigration chinoise, notamment sur le plan des procédures : *Loi concernant l'immigration chinoise*, LC 1923, c 38 [*Loi sur l'immigration chinoise de 1923*]. Elles seront si efficaces qu'en vingt-cinq ans, seulement quinze ressortissants chinois réussiront à immigrer au Canada : Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 208.

³²² Qui sont visés indirectement par un décret interdisant l'entrée au Canada des personnes qui ne sont pas arrivées par « voyage continu ». Les Indiens sont à cette époque des sujets britanniques, il est donc difficile d'interdire leur immigration. Il n'existe par contre pas de liaison directe entre l'Inde et le Canada : Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 aux pp 149–151.

³²³ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 74. Pour un aperçu des lois canadiennes restreignant l'immigration de groupes nationaux ou ethniques, voir David Scott FitzGerald et David Cook-Martín, « Canada: Between Neighbor and Empire » dans David Scott FitzGerald, dir, *Culling the Masses: The Democratic Origins of Racist Immigration Policy in the Americas*, Harvard University Press, 2014, 141 à la p 145.

³²⁴ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 aux pp 135 et s.

³²⁵ *Ibid* aux pp 238 et s; Barbara Ann Roberts, *Whence They Came: Deportation from Canada, 1900-1935*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1988 aux pp 18 et s.

³²⁶ Irving Abella et Harold Troper, *None Is Too Many: Canada and the Jews of Europe, 1933-1948*, Toronto, University of Toronto Press, 2012.

³²⁷ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 73. Cette autrice souligne que si la sécurité nationale, considérée en termes politiques (idéologie, menaces à l'État), fait partie depuis longtemps des enjeux qui orientent les politiques d'immigration, sa compréhension comprend désormais la criminalité et la sécurité du public : *ibid*.

³²⁸ Sharryn J Aiken, « La sécurité nationale de l'immigration au Canada : déconstruire le discours des compromis » dans François Crépeau, Delphine Nakache et Idil Atak, dir, *Les migrations internationales contemporaines : Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, 172 aux pp 174 et s [Aiken, « Déconstruire le discours des compromis »].

³²⁹ Satzewich, *Points of entry*, *supra* note 55 à la p 26.

recourent largement les motifs d'indésirabilité présentés dans le premier chapitre (soit l'inutilité et le danger). Selon Vic Satzewich, l'exclusion de groupes tels que les « trafiquants de drogues, les passeurs de migrants, les terroristes et les criminels de guerre » [ma traduction]³³⁰ se justifierait en raison des dangers qu'ils représentent. Dans les États dotés de systèmes de protection sociale, le contrôle des frontières servirait aussi à se protéger des personnes qui migreraient seulement afin de pouvoir tirer profit de ces bénéficiaires sans apporter leur contribution – on cherche alors à protéger le niveau de vie des citoyennes et des citoyens³³¹. L'utilité se baserait quant à elle sur les apports économiques de l'immigration, qu'il s'agisse des voyageurs essentiels au secteur touristique, des travailleurs temporaires qui comblent des besoins de main-d'œuvre ou des résidents permanents qui aideraient à contrer le vieillissement de la population³³². Les efforts de contrôle des frontières se concentrent surtout sur les personnes qui demandent l'asile et celles qui se trouvent en situation irrégulière, qui incarneraient, avec d'autres, ces différentes menaces.

La mise en œuvre de mécanismes visant à contrôler les personnes non citoyennes indésirables comprend ceci de particulier qu'à l'échelle étatique, l'exclusion définitive est juridiquement possible³³³ : une personne non citoyenne peut être repoussée hors des frontières d'un État, où non seulement elle ne constitue plus un danger pour l'ordre social dominant³³⁴, mais n'est plus visée par un mécanisme de contrôle. N'ayant pas un droit absolu d'entrer et de demeurer sur le

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

³³² *Ibid* à la p 27. À ces justifications officielles s'ajouteraient des considérations officieuses, parce que désormais inavouables, reliées à des « enjeux de race, d'ethnicité et de religion » [ma traduction] : *ibid* à la p 29. Satzewich brosse un tableau intéressant de la littérature à ce sujet et rapporte que « les contrôles des immigrants et des visiteurs sont interprétés comme des outils qui empêchent la migration d'individus indésirables au motif qu'ils créeront des frictions avec les populations locales, mineront l'unité et l'identité nationale et/ou remettront en question la légitimité de l'État » [ma traduction] : *ibid.* Il reconnaît du coup que les craintes à l'égard de l'opportunité d'accueillir certains groupes, notamment les « Arabes » et des « Musulmans », s'expriment désormais avec de moins en moins de réticence.

³³³ Du moins en ce qui concerne le Canada et les autres pays où la peine de mort est interdite. Dans les juridictions où elle est toujours en vigueur, il serait possible de concevoir cette peine comme un mécanisme permettant une exclusion définitive des personnes citoyennes.

³³⁴ Bien que, même sur le plan juridique, certaines menaces sont conçues comme étant de nature mondiale. En 2002, la Cour suprême du Canada affirmait la chose suivante au sujet du terrorisme dans l'affaire *Suresh* (*supra* note 93 au para 87) :

Premièrement, les réseaux mondiaux de transport et de financement qui soutiennent le terrorisme à l'étranger peuvent atteindre tous les pays, y compris le Canada, et les impliquer ainsi dans les activités terroristes. Deuxièmement, le terrorisme lui-même est un phénomène qui ne connaît pas de frontières. La cause terroriste peut viser un lieu éloigné, mais les actes de violence qui l'appuient peuvent se produire tout près. Troisièmement, les mesures de prudence ou de prévention prises par l'État peuvent être justifiées; il faut tenir compte non seulement des menaces immédiates, mais aussi des risques éventuels. Quatrièmement, la coopération réciproque entre le Canada et d'autres pays dans la lutte au terrorisme international peut renforcer la sécurité nationale du Canada. [je souligne]

territoire³³⁵, les mécanismes de contrôle prévus par le droit de l'immigration, comme la détention, visent donc d'abord leur exclusion³³⁶. Ils se distinguent en cela de mécanismes d'exclusion ciblant d'autres groupes sociaux, qui fonctionnent souvent de pair avec des mécanismes de réforme visant une certaine forme de réintégration dans l'espace social d'où ces personnes sont exclues³³⁷. Néanmoins, lorsque l'exclusion d'une personne non citoyenne n'est pas possible, par exemple en raison d'obstacles de diverses natures qui empêchent son renvoi³³⁸, le contrôle prend parfois la forme d'un mécanisme de réforme. C'est le cas lorsqu'une solution de rechange à la détention (SRD) est mise en place, dont l'objectif est de libérer la personne tout en atténuant la menace qu'elle pose par l'imposition de diverses conditions³³⁹.

Certains aspects essentiels du droit canadien de l'immigration rendent également pertinente l'étude des pratiques de mise en œuvre de cette branche du droit. La majorité des dispositions de la LIPR se caractérisent en effet par un degré assez élevé d'indétermination³⁴⁰, dans la mesure où elles mettent en place un cadre général³⁴¹ et délèguent un nombre important de pouvoirs à l'exécutif par la voie de pouvoirs réglementaires³⁴² et d'instructions ministérielles³⁴³, ainsi qu'aux fonctionnaires

³³⁵ Comme reconnu par la Cour suprême du Canada dans la décision *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c Chiarelli*, [1992] 1 RCS 711 à la p 732, 1992 CanLII 87 [Chiarelli].

³³⁶ Katja Franko Aas, « The Ordered and the Bordered Society: Migration Control, Citizenship, and the Northern Penal State » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 20 à la p 25 [Aas, « Ordered and Bordered Society »].

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Par exemple : difficulté à identifier la personne, manque de collaboration des autorités du pays d'origine pour l'obtention de documents de voyages.

³³⁹ Agence des services frontaliers du Canada, *ENF 34. Programme de solutions de rechange à la détention*, 2018 à la p 6, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf34-fra.pdf> [ASFC, *ENF 34*].

³⁴⁰ Aiken *et al* mentionnent comme exceptions à ce constat général d'indétermination les dispositions concernant les interdictions de territoire ainsi que la protection des réfugiés : Aiken et al, *supra* note 28 à la p 122.

³⁴¹ Delphine Nakache, « La réforme du système d'octroi de l'asile au Canada : où en sommes-nous ? » (2018) 14 La Revue des droits de l'homme au para 6, en ligne : <journals.openedition.org/revdh/4031> [Nakache, "Réforme du droit de l'asile au Canada"].

³⁴² Voir par ex l'article 61 de la LIPR qui indique les éléments concernant la détention et la remise en liberté devant faire l'objet du règlement : *LIPR, supra* note 20, art 61.

³⁴³ L'instruction ministérielle est un instrument juridique (qui a force de loi et se distingue donc de directives internes) créé et intégré à la LIPR en 2008. Délestée des obligations procédurales associées à l'adoption des règlements (par ex. : prépublication, consultation – voir *ibid*, art 93), elle offre au ministre un haut degré de flexibilité dans l'administration des programmes, notamment celui de l'immigration économique permanente. Le recours aux instructions ministérielles illustre bien la malléabilité du droit de l'immigration. Selon Peter Carver, il s'inscrit dans une tendance vers plus de pouvoir et de flexibilité pour l'exécutif dans l'administration des programmes d'immigration : Peter J Carver, « A Failed Discourse of Distrust Amid Significant Procedural Change: The Harper Government's Legacy in Immigration and Refugee Law » (2016) 21 *Review of Constitutional Studies* 209 à la p 233. Certains soulignent le manque de transparence du processus d'élaboration de ces instructions : Ana M Ferrer, Garnett Picot et William Craig Riddell, « New Directions in Immigration Policy: Canada's Evolving Approach to the Selection of Economic Immigrants » (2014) 48:3 *International Migration Review* 846 à la p 858.

de première ligne³⁴⁴, qui se voient octroyer de larges pouvoirs discrétionnaires³⁴⁵, notamment en matière de détention³⁴⁶. De l'avis de Valerie Knowles, il s'agit d'un trait caractéristique du droit et des politiques canadiennes d'immigration dès la décennie 1870. On veut alors s'assurer que le gouvernement puisse répondre rapidement aux changements de conditions sociales et économiques³⁴⁷. De même, selon Catherine Dauvergne, la LIPR « fonctionne [aujourd'hui] comme un filtre à travers lequel les politiques gouvernementales du jour passent pour entrer dans le droit »³⁴⁸. Pour cette autrice, en raison de sa fonction première, qui vise à déterminer qui peut devenir membre de la communauté, c'est-à-dire les futures citoyennes et futurs citoyens, le droit de l'immigration est étroitement associé à des « pouvoirs étatiques d'importance centrale » [ma traduction]³⁴⁹. Elle souligne par exemple qu'en *common law*, les contrôles migratoires relevaient à l'origine de la prérogative royale et que, dans le domaine de l'immigration, le pouvoir exécutif jouit toujours de pouvoirs discrétionnaires plus étendus que dans d'autres domaines. « Il résulte de tous ces facteurs une structure juridique hautement malléable et étroitement liée aux humeurs politiques changeantes » [ma traduction]³⁵⁰. Ninette Kelley et Michael Trebilcock soulignent par ailleurs qu'en cette matière, la LIPR demeure moins précise que la loi précédente et donne une grande discrétion à l'exécutif dans sa mise en œuvre³⁵¹.

Le droit de l'immigration offre ainsi un champ d'investigation intéressant en raison de sa malléabilité, l'étendue des pouvoirs octroyés au pouvoir exécutif et à l'administration permettant une adaptation rapide des politiques d'immigration en fonction du contexte sociohistorique³⁵² et des groupes indésirables qu'il façonne³⁵³.

³⁴⁴ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 aux pp 115 et s.

³⁴⁵ Aiken et al, *supra* note 28 à la p 126. Ce qui est commun à la majorité des États dans le domaine de l'immigration : Satzewich, *Points of entry*, *supra* note 55 à la p 49.

³⁴⁶ C'est ce que dénote l'utilisation de l'expression « l'agent peut [...] arrêter et détenir » [je souligne] : LIPR, *supra* note 20, art 55(2). À l'opposé, l'article 55(3.1) prévoit que « l'agent détient [...] l'étranger désigné ». L'agent, dans ce dernier cas, n'a pas de pouvoir discrétionnaire, juridiquement parlant.

³⁴⁷ Knowles, *supra* note 18 à la p 71.

³⁴⁸ Dauvergne, « Croisée des chemins », *supra* note 21 à la p 372.

³⁴⁹ Catherine Dauvergne, « Security and Migration Law in the Less Brave New World » (2007) 16:4 *Social & Legal Studies* 533 à la p 541 [Dauvergne, « Less Brave New World »].

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 457.

³⁵² Camille Bonenfant et al, *L'immigration de conjoint-e-s au Canada. Synthèse historique et enjeux contemporains des politiques d'immigration canadiennes*, Montréal, Centre de recherche en immigration, ethnicité et citoyenneté, 2017 à la p 5, en ligne : <marriagemigration.com/sites/default/files/rapport_canada_vf.pdf>; Catherine Dauvergne, « Less Brave New World », *supra* note 349 à la p 541.

³⁵³ Ce qui était déjà le cas au début du vingtième siècle, où certains remarquaient les larges pouvoirs dont jouissait l'administration : Roberts, *supra* note 325 à la p 200; Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 116.

Parmi les mécanismes qui sont mis en œuvre pour contrôler les personnes non citoyennes indésirables, j'ai retenu la détention. En bref, la détention est initiée par un agent ou une agente de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC³⁵⁴) à n'importe quel moment du parcours migratoire, que ce soit au moment de l'arrivée ou après³⁵⁵. Si la détention se prolonge, elle doit faire l'objet d'un contrôle des motifs de détention par un ou une commissaire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR³⁵⁶) dans les 48 heures, puis après sept jours, puis tous les trente jours³⁵⁷. Une décision de la CISR peut ensuite être contestée par le biais d'une demande en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale³⁵⁸ (puis éventuellement devant la Cour d'appel fédérale et la Cour suprême du Canada³⁵⁹).

Sur le plan théorique, la détention liée à l'immigration est intéressante parce que si elle vise d'abord l'exclusion des indésirables, à l'instar de la grande majorité des mécanismes mis en place par le droit de l'immigration, certaines de ses modalités font en sorte qu'elle se transforme parfois en mécanisme de réforme, dans le cas des SRD. Celles-ci visent à permettre à une personne détenue de retourner vivre dans la communauté, tout en assurant aux autorités qu'elles garderont un contrôle suffisant sur ses allées et venues de manière à accomplir leurs objectifs en matière d'immigration, par exemple le renvoi. Il s'agit donc, pour reprendre les mots de la problématique, de réformer la personne indésirable de façon à atténuer le danger qu'elle présente (ex. : non-respect de la loi, criminalité, toxicomanie). On peut par exemple exiger de la personne qu'elle se rapporte à intervalles réguliers, qu'une tierce personne se porte garante de manière à exercer une influence positive sur celle-ci. Certaines SRD vont jusqu'à comprendre des « thérapies » qui visent à modifier des comportements ou caractéristiques jugés à risque, comme la toxicomanie ou des problèmes de santé mentale. Ainsi, si l'objectif ultime de la détention demeure l'exclusion, elle comprend parfois des éléments de contrôle qui relèvent de la réforme.

³⁵⁴ L'ASFC est l'institution fédérale chargée des contrôles douaniers et de la mise en œuvre du volet exécution de la loi de la LIPR. Ce volet comprend par exemple la détention et le renvoi : *LIPR, supra* note 20, art 4; *Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada*, LC 2005, c 38 [*Loi sur l'ASFC*].

³⁵⁵ *LIPR, supra* note 20, art 55.

³⁵⁶ La CISR est le tribunal administratif fédéral chargé des questions d'immigration. Il comprend quatre sections, dont la Section de l'immigration, qui entend les contrôles des motifs de détention ainsi que les enquêtes concernant les interdictions de territoire : *Ibid*, arts 44–45, 54, 151 et s.

³⁵⁷ *Ibid*, art 57.

³⁵⁸ *Ibid*, art 72. Une personne peut aussi contester sa détention devant les Cours supérieures des provinces par une demande d'*habeas corpus* : voir la section 2.3.2.4, ci-dessous.

³⁵⁹ Voir la section 2.3.2.3, ci-dessous.

La détention liée à l'immigration présente également un intérêt sur le plan juridique, notamment parce que l'immigration constitue un privilège octroyé par l'État plutôt qu'un droit. En effet, si plusieurs des droits garantis par la *Charte canadienne*³⁶⁰ protègent toute personne se trouvant au Canada³⁶¹, la liberté de circulation et d'établissement, ou le droit d'entrer et de demeurer au Canada, est réservé aux seules citoyennes et citoyens³⁶². Les tribunaux reconnaissent sans équivoque le pouvoir dont disposent les États de contrôler leurs frontières³⁶³ et, dans ce cadre, la détention se conçoit d'abord comme une mesure administrative permettant la bonne exécution et le respect des lois. Elle est accessoire à ce pouvoir et relève par ailleurs du droit administratif, dans le cadre duquel les garanties juridiques sont moins robustes qu'en droit criminel³⁶⁴. Combiné à l'indétermination caractéristique du droit de l'immigration, il en résulte, pour l'administration, une assez grande latitude dans la mise en œuvre de ce mécanisme de contrôle. Par exemple, aucune disposition de la LIPR ou du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*³⁶⁵ (RIPR) ne traite des établissements ou des conditions de détention.

De plus, les personnes détenues en vertu de ce régime subissent plusieurs impacts négatifs. La détention pose dans un premier temps plusieurs obstacles en matière d'accès au droit et à la justice, notamment pour les personnes qui demandent l'asile, pour qui elle complique la préparation de leur audience de détermination du statut de réfugié. Ces personnes ont par exemple de la difficulté à rassembler les preuves, remplir des formulaires ou communiquer avec leur avocat ou avocate³⁶⁶.

Dans un deuxième temps, des chercheuses ont documenté les effets néfastes que la détention entraîne sur la santé mentale des personnes qui demandent d'asile, entre autres les enfants. Au Canada, on rapporte que celles qui sont détenues sont plus susceptibles d'éprouver un niveau élevé de stress post-traumatique et de souffrir de dépression ou d'anxiété que celles qui ne le sont pas³⁶⁷. D'autres recherches affirment que la détention entraîne une détérioration sur le plan de la santé mentale pour toute personne, peu importe le fait qu'elle ait demandé l'asile ou non³⁶⁸. C'est aussi

³⁶⁰ *Charte canadienne*, *supra* note 173

³⁶¹ *Singh c Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 RCS 177 à la p 202, 17 DLR (4th) 422 [*Singh*].

³⁶² *Charte canadienne*, *supra* note 173, art 6.

³⁶³ *Chiarelli*, *supra* note 335 à la p 733.

³⁶⁴ D'autres formes de détention sont également encadrées par des régimes de droit administratif, comme celles relevant de la Commission d'examen des troubles mentaux ou la Commission des libérations conditionnelles du Québec.

³⁶⁵ DORS/2002-27 [*RIPR*].

³⁶⁶ Tyler Goettl et Jenny Jeanes, *Detained in the New Refugee Determination System*, Montréal, Action Réfugiés Montréal, 2015.

³⁶⁷ Cleveland, Dionne-Boivin et Rousseau, *supra* note 15 à la p 114.

³⁶⁸ Gros et Van Groll, *supra* note 15.

le cas ailleurs dans le monde³⁶⁹. En raison de mauvaises conditions, la détention peut également nuire à la santé physique des personnes détenues³⁷⁰. Selon certains, la détention de personnes vulnérables comme les enfants ou celles aux prises avec des problèmes de santé mentale entraîne d'importantes violations de leurs droits³⁷¹.

Dans un troisième temps, la détention entraîne aussi, sur le plan symbolique, la criminalisation des personnes qui y sont assujetties. Le fait d'être emprisonnées les marque comme criminelles (la prison étant associée à la criminalité), et ce, alors qu'elles ne sont accusées ni reconnues coupables d'aucun crime³⁷². Les personnes détenues se sentent également criminalisées par des pratiques comme l'utilisation des menottes et des fers pendant le transport³⁷³. Ainsi, bien qu'administrative et non punitive, la détention est souvent vécue comme une forme de punition. Certaines considèrent même qu'en raison de la durée indéfinie de ce type de détention (une personne ne sachant pas avec précision à quel moment sa détention prendra fin), elle s'avère pire que l'emprisonnement à des fins criminelles³⁷⁴.

Ces raisons ont, entre autres, suscité maintes initiatives au courant de la dernière décennie. Au niveau international, le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) a par exemple mis sur pied la stratégie *Au-delà de la détention*, en collaboration avec une dizaine de pays partenaires (dont le Canada), qui vise à mettre fin à la détention des personnes qui revendiquent le statut de réfugié³⁷⁵. Au Canada (comme à l'international³⁷⁶), des organisations de la société civile

³⁶⁹ Alice Edwards, « La détention examinée à la loupe » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 4, à la p 4; Hindpal Singh Bhui, « Introduction: Humanizing Migration Control and Detention » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013, 1 à la p 8.

³⁷⁰ Ioanna Kotsioni, Aurélie Ponthieu et Stella Egidi, « La santé mise en danger dans les centres de détention de l'immigration » (2013) 33 *Revue Migrations Forcées* 11.

³⁷¹ International Human Rights Program et al, *Rights Violations Associated with Canada's Treatment of Vulnerable Persons in Immigration Detention. Joint Submission to the Working Group on Universal Periodic Review to assist in its review of Canada, 30th Session (April–May, 2018)*, sans date, en ligne : <[ihrp.law.utoronto.ca/utfl_file/count/media/Canada%20UPR%20Final.pdf](http://hrp.law.utoronto.ca/utfl_file/count/media/Canada%20UPR%20Final.pdf)>.

³⁷² Mountz et al, *supra* note 13 à la p 527.

³⁷³ Cleveland, Dionne-Boivin et Rousseau, *supra* note 15 aux pp 115–116.

³⁷⁴ Soorej Jose Puthooppambal, Beth Maina-Ahlberg et Magdalena Bjerneld, « Des normes de détentions plus élevées contribuent-elles à promouvoir le bien-être ? » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 39 à la p 40; Bhui, *supra* note 369 à la p 7.

³⁷⁵ Trois principaux objectifs forment le cœur de cette stratégie, soit mettre fin à la détention des enfants, assurer la mise en place de solutions de rechange à la détention et s'assurer que les conditions de détention respectent les normes internationales : United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Global Strategy Beyond Detention: Progress Report 2018*, Geneva, United Nations High Commissioner for Refugees, 2019, en ligne : <www.unhcr.org/protection/detention/5c934bbd7/unhcr-global-strategy-beyond-detention-progress-report-2018.html> [UNHR, *Progress Report 2018*].

³⁷⁶ Edwards, *supra* note 369 à la p 4.

comme le Conseil canadien pour les réfugiés (CCR), Action Réfugiés Montréal (ARM) ou Solidarité sans frontières se mobilisent fréquemment autour de cet enjeu³⁷⁷ alors que d'autres en font leur mandat principal, tel que le *End Immigration Detention Network*³⁷⁸. La communauté juridique canadienne conteste les pratiques des autorités étatiques (notamment l'ASFC et la CISR) de différentes façons, dans les milieux de recherche comme de pratique. Le *International Human Rights Program* de l'Université de Toronto a par exemple publié trois importants rapports sur la question³⁷⁹. Sur le terrain, les demandes d'*habeas corpus* présentées aux cours supérieures des provinces se sont multipliées (surtout en Ontario)³⁸⁰, culminant en 2019 avec la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Chhina*³⁸¹.

En ce qui concerne les actions des autorités canadiennes, la décennie 2010-2020 a été marquée à la fois par un durcissement, avec la création du régime de détention des étrangers désignés³⁸², ainsi que par une volonté d'améliorer les pratiques en la matière, avec le lancement en 2016 du Cadre national en matière de détention liée à l'immigration de l'ASFC³⁸³ ainsi que la publication, par la CISR, de nouvelles directives pour les commissaires qui président aux contrôles des motifs de détention en 2019³⁸⁴.

³⁷⁷ Voir par exemple Solidarité sans frontières, « Non aux détentions », en ligne : <www.solidarityacrossborders.org/fr/a-propos/revendications/no-to-detentions>; Conseil canadien pour les réfugiés, « La détention », en ligne : <ccrweb.ca/fr/detention> [CCR, « La détention »].

³⁷⁸ End Immigration Detention Network, en ligne : <endimmigrationdetention.wordpress.com>. Voir aussi la campagne « Stoppons la prison » (en ligne : <www.stopponslaprison.info>) qui s'oppose à la construction d'un nouveau Centre de surveillance de l'immigration à Laval.

³⁷⁹ Hanna Gros, *Invisible Citizens. Canadian Children in Immigration Detention*, Toronto, International Human Rights Program, University of Toronto, 2017, en ligne : <ihrp.law.utoronto.ca/utfl_file/count/PUBLICATIONS/Report-InvisibleCitizens.pdf>; Hanna Gros et Yolanda Song, « *No Life for a Child* »: *A Roadmap to End Immigration Detention of Children and Family Separation*, Toronto, International Human Rights Program, University of Toronto, 2016, en ligne : <ihrp.law.utoronto.ca/news/no-life-child-roadmap-end-immigration-detention-children-and-family-separation#overlay-context=hero/children>; Gros et Van Groll, *supra* note 15.

³⁸⁰ Voir par ex *Chaudhary v Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 ONCA 700, 38 Imm LR (4th) 210 [*Chaudhary*]; *R v Ogiamien*, 2016 ONSC 4126, [2016] OJ No 4002 [*Ogiamien*]; *Alvin Brown v Ministry of Public Safety*, 2016 ONSC 7760, 273 ACWS (3d) 524 [*Brown* ONSC]; *Ali v Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2660, 26 Admin LR (6th) 78 [*Ali*]; *Wang et al v Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 2841, [2017] OJ No 2438 [*Wang et al*]; *Scotland v Canada (Attorney General)*, 2017 ONSC 4850, 52 Imm LR (4th) 188 [*Scotland*]; *Chhina v Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 ABCA 248, 415 DLR (4th) 732 [*Chhina* ABCA]; *Ebrahim Toure v Minister of Public Safety*, 2017 ONSC 5878, 53 Imm LR (4th) 188 [*Toure*].

³⁸¹ 2019 CSC 29, 433 DLR (4th) 381 [*Chhina* CSC]. Pour une discussion plus poussée, voir la section 2.3.2.4, ci-dessous.

³⁸² À ce sujet, voir la section 2.1.2.2, ci-dessous.

³⁸³ ASFC, « Cadre national », *supra* note 17.

³⁸⁴ CISR, *Directives numéro 2*, *supra* note 17.

Parmi les nombreux acteurs et institutions qui participent à la mise en œuvre du régime de détention, j'ai choisi de m'intéresser plus spécifiquement au travail des agentes et agents de l'ASFC. L'ASFC est l'agence responsable du volet exécution de la loi de la LIPR³⁸⁵. Ce sont les membres de son personnel qui sont chargés de détenir les personnes non citoyennes; ils sont en conséquence impliqués sur une base quotidienne dans ce processus alors que, par contraste, les commissaires de la CISR (et les juges des cours fédérales) n'y interviennent que de façon ponctuelle. Ensuite, comme exposé plus bas, les commissaires ne disposent que d'un pouvoir de contrôle limité à l'égard de certains des motifs de détention, ce qui signifie qu'ils et elles ne peuvent contrôler l'ensemble des décisions de l'ASFC³⁸⁶. Pour ne donner qu'un exemple, dans le cas de la détention pour motif d'identité, les commissaires ne peuvent remettre en question l'appréciation que fait l'ASFC de la preuve de l'identité des personnes non citoyennes. Le contrôle de la détention pour ce motif ne se fait donc que sur un nombre limité d'aspects des décisions prises par l'ASFC. De plus, le fardeau de preuve que doivent appliquer les agentes et agents de l'ASFC (souvent des motifs raisonnables de croire) est généralement moins exigeant que celui appliqué par les commissaires de la CISR (la prépondérance des probabilités). Tout cela suggère que les membres du personnel de l'ASFC sont, parmi les acteurs intervenant dans le processus de détention, ceux qui disposent du pouvoir discrétionnaire le plus vaste, autant en matière d'ampleur que d'objets à propos desquels il est exercé (ex. : décision de détention, choix de l'établissement, conditions de détention). L'étude de l'exercice qu'ils font de leur pouvoir discrétionnaire est donc susceptible de révéler de nombreuses pratiques et de nombreux éléments qui participent à sa surdétermination.

En outre, les pratiques des agentes et agents de l'ASFC demeurent de façon générale peu documentées par la littérature scientifique portant sur le droit et les politiques d'immigration. Au Canada, en effet, si la question des frontières et des contrôles migratoires fait l'objet d'une abondante littérature et que les réflexions théoriques se multiplient au sein de plusieurs disciplines, la recherche empirique occupe toutefois une place moins importante³⁸⁷. Pourtant, selon Vic Satzewich, « [i]l est important d'étudier les fonctionnaires de l'immigration et les bureaucraties

³⁸⁵ LIPR, *supra* note 20, art (4)(2)(b); *Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada*, *supra* note 354.

³⁸⁶ Voir la section 2.3.2.2, ci-dessous.

³⁸⁷ Mary Bosworth, *Inside Immigration Detention*, Oxford, Oxford University Press, 2014 à la p 5 [Bosworth, *Inside Immigration Detention*]; Sharon Pickering et Brandy Cochrane, « Irregular Border-Crossing Deaths and Gender: Where, How and Why Women Die Crossing Borders » (2013) 17:1 *Theoretical Criminology* 27 aux pp 43–44.

parce qu'ils ont pour mission de contrôler les frontières et de réguler l'immigration »³⁸⁸ [ma traduction]. Certains soulignent à ce titre une lacune sur le plan de l'étude des pratiques quotidiennes constitutives des contrôles frontaliers, comme celles de l'ASFC³⁸⁹, alors qu'elles s'avèrent nécessaires pour la compréhension des politiques migratoires³⁹⁰.

S'intéresser aux pratiques des agents et agentes de l'ASFC est d'autant plus urgent que les recours prévus par la LIPR pour contrôler la légalité de la détention, soit le contrôle des motifs de détention par la CISR et le contrôle judiciaire par la Cour fédérale, comportent d'importants problèmes, notamment sur le plan de l'équité des procédures³⁹¹. En outre, les statistiques disponibles semblent indiquer que la majorité des personnes détenues par l'ASFC ne comparaissent jamais devant la CISR pour le contrôle des motifs de leur détention. En effet, pour l'année 2019-2020, bien que la durée moyenne des détentions soit de près de 14 jours, la durée médiane est d'une journée, ce qui indique qu'au moins 50% des détentions ne durent qu'un jour³⁹². Puisque le premier contrôle des motifs de détention doit avoir lieu dans les 48 heures suivant le début de la détention³⁹³, la possibilité existe qu'au moins la moitié de toutes les détentions ne soient jamais examinées par la CISR. Les statistiques de la CISR semblent confirmer cette possibilité³⁹⁴.

Au Canada, ce sont 8 825 personnes non citoyennes qui ont été détenues en 2019-2020³⁹⁵, soit un peu plus que l'année précédente et environ 2 500 personnes de plus que trois ans auparavant³⁹⁶.

³⁸⁸ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 21. Il ajoute que des trois niveaux d'analyse des migrations internationales selon Stephen Castles et Mark Miller, soit les niveaux macro, méso, micro, le deuxième, qui s'intéresse entre autres aux organisations bureaucratiques, est celui le moins étudié : *ibid* à la p 20, citant Stephen Castles et Mark Miller, *The Age of Migration: International Population Movements in the International World*, 3^e ed, Londres, Macmillan, 2003.

³⁸⁹ Côté-Boucher, Infantino et Salter, *supra* note 42; Nicolas Fischer et Mathilde Darley, « Le traitement de l'immigration, entre logique administrative et logique pénale » (2010) 7 *Champ pénal/ Penal field*; Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 7; Bhui, *supra* note 369 à la p 1.

³⁹⁰ Et notamment l'étude de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires : Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 8.

³⁹¹ Voir la section 2.3.2.2, ci-dessous.

³⁹² ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

³⁹³ LIPR, *supra* note 20, art 57(1).

³⁹⁴ Commission de l'immigration et du statut de réfugié, « Contrôles des motifs de détention terminés », (30 août 2021), en ligne : <irb.gc.ca/fr/statistiques/controle-detention/Pages/detenCon.aspx> [CISR, « Contrôles des motifs de détention terminés »]. Les statistiques de la CISR sont présentées par année civile alors que celles de l'ASFC sont présentées par année financière. Il est donc difficile de les comparer avec exactitude. Toutefois, pour l'année 2019, il y a eu moins de contrôle des motifs de détention de 48 heures (3 791 contrôles) que la moitié du nombre total de personnes détenues en 2019-2020 (8 825 personnes détenues / 2 = 4 412,5).

³⁹⁵ J'ai effectué mon terrain de recherche à l'hiver et au printemps 2019, avant que la pandémie de COVID-19 ne vienne transformer les pratiques de détention de l'ASFC en raison des restrictions aux frontières et de la difficulté à voyager. Par souci de cohérence, je m'en tiens donc aux statistiques concernant la période pré-pandémique.

³⁹⁶ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313. Je présente un portrait statistique plus détaillé plus bas, voir la section 2.3.2.1, ci-dessous.

Dans le contexte actuel, il demeure ainsi important de s'intéresser à la mise en œuvre du régime de détention liée à l'immigration, une mesure éminemment coercitive, et en particulier aux pratiques des membres du personnel de l'ASFC, peu connues.

L'émergence des personnes non citoyennes désirables et indésirables (2.1.) est intimement liée à l'utilité qu'on leur attribue, en termes économiques, ainsi qu'à la perception des dangers que posent certaines d'entre-elles. Deux principales explications seront explorées pour comprendre l'émergence des groupes de personnes non citoyennes indésirables (2.1.1.), soit l'accélération de la mondialisation ainsi que la sécurisation des migrations internationales. Ces aspects du contexte sociohistorique actuel ont pour effet de faire émerger les personnes qui demandent l'asile et celles qui se trouvent en situation irrégulière en tant qu'indésirables (2.1.2.).

Comme mentionné plus haut, le droit de l'immigration opère à la fois par inclusion et exclusion. Pour ce faire, il met en place des mesures de sélection qui, d'une part, visent à choisir les personnes non citoyennes désirables et, d'autre part, des mesures de contrôle des frontières, qui ont pour but d'exclure et expulser celles qui sont indésirables (2.2.). Les premières s'avèrent intéressantes pour comprendre qui sont les personnes indésirables puisque, par la sélection qu'elles opèrent, elles excluent *de facto* les personnes qui ne correspondent pas aux critères des divers programmes d'immigration (2.2.1.). Au regard de mes objectifs de recherche, ce sont toutefois les deuxièmes qui retiendront principalement mon attention en ce qu'elles permettent l'étude de la mise en œuvre de mécanismes qui visent précisément à contrôler les personnes non citoyennes indésirables (2.2.2.).

Pour l'étude de la mise en œuvre de ces mécanismes de contrôle, j'explore en détail l'exemple de la détention (2.3.). Après un retour historique sur l'utilisation de ce mécanisme au Canada (2.3.1.), je décris le régime juridique et administratif qui l'encadre, tant sur le plan de la mise en œuvre par les agentes et agents de l'ASFC que sur le plan des recours (2.3.2.). Je présente aussi les nombreuses critiques dont il fait l'objet (2.3.3.), de même que les réformes mises en place par l'ASFC et la CISR (2.3.4.).

J'effectue ensuite un bref retour vers les concepts de la problématique du contrôle des indésirables (4.), afin d'examiner les fonctions de la détention des personnes non citoyennes en tant que mécanismes de contrôle (4.1.) ainsi que les multiples décisions (et démarches de recherche d'informations) que comporte le processus de détention (4.2.).

Enfin, je termine ce chapitre en présentant les questions et objectifs spécifiques de recherche (2.5).

2.1. *L'émergence de personnes non citoyennes en tant qu'indésirables*

La prise en compte des principaux éléments du contexte contemporain entourant le droit et les programmes migratoires permet de mieux situer et d'offrir des clés pour une compréhension plus nuancée et complexe des pratiques canadiennes de détention des personnes non citoyennes. En outre, les théories retenues insistent entre autres sur le rôle que jouent ces éléments dans l'application et l'interprétation du droit³⁹⁷.

Étant donné la nature intrinsèquement internationale du phénomène migratoire³⁹⁸, l'écho médiatique que reçoivent certains événements internationaux³⁹⁹ et les nombreuses tendances communes à plusieurs pays du Nord global en matière de contrôle des frontières, les éléments abordés dans cette partie relèvent des contextes international comme canadien.

Une littérature abondante, aux approches variées, s'intéresse à l'émergence de groupes de personnes non citoyennes indésirables et aux mécanismes de contrôle qui visent à les exclure. Je la présente ici en quelques grands traits. Les catégories que je décris ne sont pas étanches et ne rendent pas justice à la complexité et aux nuances de plusieurs de ces travaux.

Un premier pan de cette littérature regroupe des réflexions de nature éthique ou philosophique qui s'intéressent notamment aux questions de l'ouverture des frontières et de la liberté de circulation des personnes non citoyennes. Dans une perspective plus normative que descriptive, ces écrits se penchent entre autres sur l'étendue des pouvoirs que les membres d'une communauté (par exemple les personnes citoyennes d'un État) devraient avoir pour décider des critères de *membership* et d'admission des non-membres dans cette société, désignant ainsi certains groupes comme étant désirables ou non⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Voir la section 1.2.3, ci-dessus.

³⁹⁸ Il y a bien entendu des dynamiques migratoires internes, intra- et interprovinciales au Canada. Cependant, m'intéressant à la détention des personnes non citoyennes, je prendrai surtout en considération les éléments contextuels se rattachant aux migrations internationales.

³⁹⁹ Par exemple, la « crise » des réfugiés syriens en Europe, les politiques migratoires américaines sous la présidence de Donald Trump ou la conclusion des deux pactes mondiaux pour les migrations et les réfugiés.

⁴⁰⁰ Voir par ex Arash Abizadeh, « Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders » (2008) 36:1 *Political Theory* 37; Michael Blake, « Immigration and Political Equality » (2008) *San Diego Law Review* 963; Joseph H Carens, *The Ethics of Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2013 [Carens, *Ethics of Immigration*]; Ariadna Estévez, *Human Rights, Migration, and Social Conflict. Toward a Decolonized Global*

Dans certaines études juridiques, on poursuit également un objectif prescriptif en évaluant le droit et les politiques migratoires, leur mise en œuvre ainsi que leurs impacts à l'aune du droit international (notamment des droits de la personne) ou d'autres règles supralégislatives comme la *Charte canadienne*⁴⁰¹. Ces recherches comportent parfois des propositions normatives étoffées⁴⁰². D'autres recherches sont de nature plus descriptive et tentent de donner du sens à certaines tendances observées dans l'évolution des mesures de contrôle frontalier. C'est notamment le cas des travaux qui ont d'abord cherché à décrire les manifestations juridiques de ce qui est désigné comme la criminalisation de l'immigration (ou *crimmigration*, en anglais)⁴⁰³. Parmi ces études à la fois normatives et descriptives, plusieurs s'attardent aussi à comprendre l'émergence de mesures qui sont l'objet de ces évaluations ou de ces descriptions, en tablant sur des contributions théoriques et méthodologiques d'autres disciplines qui s'intéressent aux politiques migratoires.

Ces contributions proviennent en grande partie des sciences sociales qui, après la philosophie politique et le droit, constituent le troisième pan de cette littérature. Parmi les recherches qui émanent de ces disciplines, certaines, sans être dénuées de prétentions normatives, s'intéressent d'abord, dans une perspective critique, aux soubassements ou aux arrière-plans de l'évolution des politiques migratoires contemporaines. Je divise ces recherches en deux grands courants qui s'avèrent pertinents pour comprendre l'émergence des groupes de personnes non citoyennes indésirables et des mécanismes de contrôle qui les visent (1.1). Ces mêmes études permettent du coup d'identifier les groupes de personnes non citoyennes qui sont aujourd'hui considérés comme indésirables (1.2.). Dans les pages qui suivent, j'insisterai notamment sur le contexte canadien sans

Justice, New York, Palgrave Macmillan, 2012, John Finnis, « Nationality and Alienage » dans *Human Rights and the Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 133; Michael Walzer, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997.

⁴⁰¹ Dans le contexte canadien, voir par ex Aiken, « Déconstruire le discours des compromis », *supra* note 328; Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9; Crépeau et Nakache, *supra* note 6; Catherine Dauvergne, « Croisée des chemins », *supra* note 21; Donald Galloway, « Liberalism, Globalism, and Immigration » (1993) 18 *Queen's LJ* 266; Gros et Van Groll, *supra* note 15. Petra Molnar et Lex Gill, *Bots at the Gate. A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, University of Toronto, International Human Rights Program, 2018. Par exemple, mes travaux précédents s'inscrivent dans cette tendance : Louis-Philippe Jannard, « Le traitement jurisprudentiel du trafic de migrants en droit comparé: Un désaveu des dispositions législatives canadiennes » (2009) 47 *ACDI* 57; Louis-Philippe Jannard, *Entre vulnérabilisation et revictimisation : les victimes de traite d'êtres humains face aux politiques nord-américaines*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2009 [non publié] [Jannard, *Entre vulnérabilisation et revictimisation*].

⁴⁰² Estévez, *supra* note 400.

⁴⁰³ Voir par ex Ana Aliverti, « Making People Criminal: The Role of the Criminal Law in Immigration Enforcement » (2012) 16:4 *Theoretical Criminology* 417; Stephen H Legomsky, « The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms » (2007) 64:2 *Washington & Lee Law Review* 469; Stumpf, « Crimmigration Crisis », *supra* note 316.

toutefois exclure les études qui s'intéressent à d'autres contextes nationaux ou aux tendances internationales.

2.1.1. L'indésirabilité à l'ère de l'idéologie néolibérale et de la sécurisation

Deux grandes tendances contemporaines me semblent ainsi pertinentes pour comprendre qui aujourd'hui sont les personnes non citoyennes indésirables. De nombreuses recherches mettent en exergue le rôle de l'accélération de la mondialisation et la prégnance croissante de l'idéologie néolibérale pour comprendre comment se sont remodelés les groupes considérés comme utiles ou inutiles (1.1.1). Du même coup, les politiques socioéconomiques qui découlent de cette idéologie ont eu un certain nombre d'impacts qui ont favorisé une conceptualisation de l'immigration en tant que question relevant de la sécurité, conceptualisation dans laquelle les contrecoups de ces politiques (ex. : chômage, dégradation des services sociaux) sont associés à la présence de certains groupes de personnes non citoyennes. Ces questions socioéconomiques servent de toile de fond à plusieurs des études qui cherchent à comprendre le phénomène de la sécurisation des migrations internationales (1.1.2).

Les liens qui sont tissés entre immigration, économie et sécurité ne sont pas nouveaux. Des considérations économiques et sécuritaires ont fréquemment servi de guide pour orienter et ajuster les politiques migratoires, pour justifier l'immigration ou l'exclusion de certains groupes. Dans la section qui suit, je veux surtout mettre l'accent sur ce qui caractérise le contexte contemporain, que nombre d'études permettent de situer au tournant des décennies 1980-1990.

2.1.1.1. Néolibéralisme et accélération de la mondialisation

Le contrôle des mouvements de populations entretient depuis longtemps des liens avec des questions de nature économique, qu'il s'agisse par exemple du contrôle exercé sur les personnes pauvres par les paroisses anglaises (où l'assistance était réservée aux personnes natives de la paroisse) ou du contrôle exercé par les monarchies absolues sur les allées et venues de leurs sujets (alors vus comme source de richesses ou ressources militaires)⁴⁰⁴. Avec la consolidation des États

⁴⁰⁴ John Torpey, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 aux pp 22–23.

au dix-neuvième siècle, le pouvoir de réguler les migrations internationales se concentre dans leurs mains, avec pour lignes de partage, et lieux de contrôle, les frontières étatiques. C'est le cas au Canada où, si les autorités ont souvent délégué à l'entreprise privée le soin de sélectionner les personnes immigrantes, elles ont également imposé de nombreux critères et restrictions tout au long du vingtième siècle pour finalement parvenir à l'adoption d'un mode de sélection basé sur une grille de pointage durant les années 1960⁴⁰⁵.

Durant les années 1980, l'idéologie néolibérale trouve une tribune privilégiée avec les gouvernements Thatcher au Royaume-Uni et Reagan aux États-Unis et elle s'impose davantage à partir des années 1990 à la suite de la chute du bloc soviétique. Elle se caractérise entre autres par un fort individualisme qui se traduit par une insistance sur la responsabilité individuelle au détriment des dynamiques sociales, ce qui influence la lecture qui est faite des problèmes sociaux et des solutions mises de l'avant pour y faire face. Par exemple, on attribuera la richesse d'une personne à ses seuls efforts, alors que la pauvreté d'une autre sera vue comme découlant de ses défauts personnels⁴⁰⁶. Elle s'accompagne d'une redéfinition de la mission de l'État dont on doute qu'il puisse fournir avec efficacité certains services. Le recours à l'entreprise privée et au libre marché, considérés comme plus efficaces, est privilégié. De ce doute envers les autorités publiques ne découle pas leur effacement ou leur retrait, mais plutôt une transformation de leur mission. Si l'État délaisse, dans une mesure qui varie selon les pays, sa mission sociale, il investit l'une de celles qui sont considérées comme plus traditionnelles, soit une mission axée sur la sécurité et qui met l'accent sur la lutte contre la criminalité, sa mission pénale⁴⁰⁷.

Il en résulte deux séries de conséquences pertinentes pour la question des migrations internationales. D'une part, sur le plan international, cette idéologie s'est concrétisée par la signature d'accords de libre-échange et par l'imposition, par des organisations internationales comme la Banque mondiale ou le Fonds monétaire international, de politiques économiques d'austérité dans les pays du Sud global (par exemple les politiques d'ajustement structurel). On assiste à une accélération de la mondialisation qui se caractérise par une modification importante des règles du commerce international qui favorise la circulation des capitaux, des biens et des

⁴⁰⁵ Voir la section 2.1.1.1, ci-dessous.

⁴⁰⁶ Lara Di Tomasso, « More Equal Than Others: The Discursive Construction of Migrant Children and Families in Canada » (2012) 2 & 3 International Journal of Child, Youth and Family Studies 331 à la p 335.

⁴⁰⁷ Mary, *supra* note 22; Loïc Wacquant, « La fabrique de l'État néolibéral. « Workfare », « Prisonfare » et insécurité sociale » (2010) 59:1 Civilisations 151 [Wacquant, « Fabrique »].

services, mais pas de toutes les personnes. À cela s'ajoute le développement des transports et de technologies qui favorisent la circulation de l'information. De façon générale, les nouvelles règles du commerce international se sont avérées désavantageuses pour les populations de ces pays et ont contribué à accentuer les inégalités économiques entre les pays du Nord et du Sud⁴⁰⁸, inégalités qui sont, ironiquement affirme Dauvergne, rendues davantage évidentes par le développement des technologies de communication⁴⁰⁹. L'exacerbation de ces inégalités entre les pays et (à l'intérieur des pays) inciterait des personnes à migrer⁴¹⁰. En outre, les migrations forcées (par opposition à une migration choisie) sont considérées par certains comme une conséquence parmi d'autres des principes structurels de la mondialisation⁴¹¹.

D'autre part, les conséquences de l'idéologie et des politiques néolibérales se font également sentir dans les pays de destination. Dans un premier temps, comme je l'illustrerai plus bas⁴¹², on constate une redéfinition des critères de sélection des immigrantes et immigrants permanents, dans la mesure où l'on accorde davantage d'importance à l'immigration économique au détriment de la réunification familiale ou de l'immigration dite humanitaire. L'immigration est toujours davantage conçue comme devant répondre aux besoins du marché et des employeurs. De plus, on encourage le recours à l'immigration temporaire plutôt que permanente. Avec cette insistance sur l'utilité proprement économique de l'immigration, plusieurs groupes de personnes non citoyennes sont perçus comme étant davantage indésirables. Ainsi, comme l'affirme Denise Helly, « [l]e pendant de la sélection économique des migrants consiste en un regain de contrôle et de rejet des "indésirables" et des "inutiles" »⁴¹³. Par exemple, les craintes concernant la fraude, notamment l'abus du système de détermination du statut de réfugié par des personnes qui migreraient plutôt pour des raisons économiques, se font plus vives.

Dans un deuxième temps, les politiques économiques qu'adoptent plusieurs États, marquées par une transformation des systèmes de protection sociale, se combinent à l'approfondissement des

⁴⁰⁸ Sondarjee, *supra* note 4 aux pp 57 et s.

⁴⁰⁹ Catherine Dauvergne, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p 65 [Dauvergne, *Making People Illegal*].

⁴¹⁰ Estévez, *supra* note 400 aux pp 21–22.

⁴¹¹ Stephen Castles et Nicholas Van Hear, « Roots Causes » dans Alexander Betts, dir, *Global Migration Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 287 à la p 302; Estévez, *supra* note 400 à la p 35. Voir aussi Ryszard Cholewinski et Patrick Taran, « Migration, Governance and Human Rights: Contemporary Dilemmas in the Era of Globalization » (2009) 28:4 *Refugee Survey Quarterly* 1.

⁴¹² Voir la section 2.1, ci-dessous.

⁴¹³ Helly, « Légitimité en panne », *supra* note 94 à la p 19.

échanges économiques internationaux pour fragiliser certains segments de population. Un exemple souvent cité est celui des travailleurs et travailleuses affectées par les décisions d'entreprises qui délocalisent leurs activités de production afin de profiter d'une main-d'œuvre moins coûteuse et d'une réglementation plus laxiste, par exemple en matière environnementale, dans d'autres pays⁴¹⁴.

La mondialisation et les modifications aux systèmes de protection sociale provoquent l'insécurisation de plusieurs groupes (qui comptent déjà souvent parmi les moins favorisés) sur le plan socioéconomique (ex. : chômage, précarité, pauvreté) et un accroissement des inégalités. Dans le contexte européen, Jef Huysmans souligne que cette insécurité fait qu'il devient illégitime pour les personnes non citoyennes de réclamer des services publics.

*As a result of successive economic recessions and the rise in unemployment since the early 1970s, the struggle over the distribution of social goods such as housing, health care, unemployment benefits, jobs and other social services has become more competitive. Scarcity makes immigrants and asylum seekers rivals to national citizens in the labour market and competitors in the distribution of social goods. This has resulted in an increasingly explicit assertion of welfare chauvinism, or the privileging of national citizens in the distribution of social goods.*⁴¹⁵

Par ailleurs, les programmes de migration temporaire restreignent souvent l'accès à ce type de protection sociale. Huysmans ajoute que les services sociaux sont parfois présentés comme comptant parmi les facteurs qui attirent les personnes migrantes. Lorsque l'accès à ce type de services est considéré comme illégitime, l'abus ou la fraude deviennent plus facilement sujet de préoccupations.

De surcroît, l'accent qui est mis sur la responsabilité individuelle restreint de manière générale, et non uniquement pour les personnes non citoyennes, l'accès « légitime » à la protection sociale, dans la mesure où moins de groupes sont considérés comme méritant cette protection. Aux programmes de protection sociale s'ajoutent des conditions qui visent à remettre les bénéficiaires de ces programmes dans le « droit chemin » du travail, ce qui entraîne ce qu'Isabelle Astier nomme le renversement de la dette sociale : ce n'est plus l'État qui est redevable envers les individus, mais les individus qui ont une dette envers la société lorsqu'ils sont bénéficiaires de mesures de solidarité⁴¹⁶. Avec ces nouveaux programmes qui s'inscrivent dans ce qui est décrit comme le

⁴¹⁴ Denise Helly parle par exemple de reconfiguration des économies nationales et d'une « nouvelle hiérarchie socio-occupationnelle » qui ont pour effet de déclasser certains groupes de travailleurs, dans les secteurs industriels et manufacturiers : *ibid* à la p 26.

⁴¹⁵ Huysmans, « European Union », *supra* note 120 à la p 767.

⁴¹⁶ Astier, *supra* note 147.

workfare, où la protection sociale est conditionnelle à des démarches d'insertion dans le milieu du travail,

les individus connaissant des difficultés d'insertion sont déclarés responsables de leurs conditions de vie et de leur position sur le marché du travail et enjoins d'améliorer leur sort par des conduites plus performantes.⁴¹⁷

De cette importance primordiale accordée à la contribution économique des individus à la société, à la responsabilité individuelle et à l'indépendance découlent non seulement un accès restreint et conditionnel aux programmes de protection sociale, mais également un fort soupçon d'abus et de fraude à l'égard des personnes qui s'en réclament. Pour Anna Pratt, d'ailleurs, la fraude constitue un sujet de préoccupation « contemporain et distinctement néolibéral » [ma traduction]⁴¹⁸.

En outre, le caractère souvent insaisissable des causes de l'insécurité socioéconomique facilite l'utilisation de groupes visés par des stéréotypes comme « dérivatifs éclair bien commodes aux menaces invisibles »⁴¹⁹, qui se cristallisent sur de nouvelles « classes dangereuses »⁴²⁰ parmi lesquelles figurent certains groupes de personnes non citoyennes⁴²¹. Non seulement sont-elles perçues comme des « voleurs de jobs » ou des personnes qui veulent profiter des services sociaux, mais on considère leur présence comme une question de sécurité, phénomène qui prend une couleur particulière dans le contexte de la mondialisation.

2.1.1.2. La sécurisation des migrations internationales

La sécurisation des migrations internationales peut se comprendre comme un processus de « rapprochements discursifs » entre la sécurité et les migrations internationales, qui présentent « des sous-catégories de personnes migrantes comme étant dangereuses, malhonnêtes ou autrement menaçantes, tout cela dans l'objectif de rationaliser [...] l'exclusion sociale et territoriale » [ma traduction]⁴²². Ces rapprochements discursifs justifient l'adoption de lois, règlements, directives

⁴¹⁷ Helly, « Légitimité en panne », *supra* note 94 à la p 30.

⁴¹⁸ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 68.

⁴¹⁹ Beck, *Société du risque*, *supra* note 94 à la p 138.

⁴²⁰ Castel, *Insécurité*, *supra* note 22 à la p 47.

⁴²¹ Il est important de mentionner que les segments de population marginalisés par ces phénomènes sont aussi parfois considérés comme la source de cette insécurité. Ils sont alors pris en charge par l'État pénal : Katherine Beckett et Bruce Western, « Governing Social Marginality : Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy » (2001) 3:1 *Punishment & Society* 43; Wacquant, *Punir les pauvres*, *supra* note 81.

⁴²² Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 aux pp 5–6.

administratives et pratiques qui visent ces groupes ainsi « sécurisés » et qui renforcent ces justifications.

Une littérature foisonnante traite de ce phénomène et en propose plusieurs conceptions. Anne-Marie D'Aoust et Anne Saris mettent en lumière une distinction entre les aspects discursif et pratique du phénomène de la sécurisation en général⁴²³, distinction qui s'avère utile pour comprendre de quelles manières ce phénomène se déploie dans le contexte des migrations internationales⁴²⁴.

Dans son aspect pratique, la sécurisation se conçoit comme une « somme de pratiques »⁴²⁵. Sans négliger les aspects discursifs du phénomène, cette conception du phénomène mène plutôt vers une « analyse des diverses pratiques dont la routinisation et l'accumulation résulterait en une sécurisation effective se traduisant par le contrôle et régulation des corps au nom de la sécurité »⁴²⁶. Plusieurs des mesures décrites dans la deuxième section de même que la détention peuvent se lire sous cet angle.

Sur le plan discursif, la sécurisation se conçoit comme un processus par lequel une question particulière devient un enjeu de sécurité. La sécurisation résulterait d'actes de langage ainsi que des façons de parler, dans l'espace public, de cette question et des menaces à la sécurité qu'elle poserait. En ce sens, la sécurisation est le produit de menaces à la sécurité socialement construites par différents discours sur une question donnée⁴²⁷, dont l'immigration. Sans faire la déclinaison de toutes nuances théoriques qui parcourent les écrits sur ce phénomène⁴²⁸, je noterai simplement qu'il y a une grande variété de façons de concevoir la « sécurité » et les réponses que les menaces à ces différentes conceptions de la sécurité justifieraient. Ces conceptions s'inscrivent sur un continuum où l'on trouve, à l'un des extrêmes, une vision de la sécurité articulée en termes stratégiques ou

⁴²³ Anne-Marie D'Aoust, et Anne Saris, « Femmes, genre et sécurité en relations internationales et en droit international: un dialogue en construction » dans Emmanuelle Tourme Jouannet, Laurence Burgogue-Larsen, Horatia Muir-Watt et Héléne Ruiz Fabri, dir, *Féminisme(s) et droit international : études du réseau Olympe*, 39, Paris, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2016, 141.

⁴²⁴ Pour Didier Bigo, « [c]ette sécurisation [de l'immigration] est donc elle-même le résultat d'un travail de mobilisation du discours politique et des pratiques des agences de sécurité à travers l'argument du péril et de l'urgence » : Bigo, « Gouvernamentalité par l'inquiétude », *supra* note 9 au para 9. Denise Helly écrit que « [l]a sécurité n'est pas un simple thème de légitimation, il devient au fil de son usage étendu un prisme de définition de la réalité sociale et de l'intervention étatique » : Helly, « Légitimité en panne », *supra* note 94 à la p 43.

⁴²⁵ D'Aoust, et Saris, *supra* note 423 à la p 175.

⁴²⁶ *Ibid* à la p 183. Sur l'aspect pratique de la sécurisation, voir par ex Bigo, « (In)securitization Practices », *supra* note 125.

⁴²⁷ Dauvergne, « Less Brave New World », *supra* note 349 à la p 543.

⁴²⁸ Notamment parce que la sécurisation ne fait pas partie intégrante de mon cadre théorique.

militaires dans laquelle les menaces sont assez graves pour motiver le recours à des mesures d'exception (par exemple la détention indéfinie sans procédure de révision)⁴²⁹. À l'autre extrême, l'on retrouve une vision plus vaste de la sécurité qui comprend par exemple une dimension socioéconomique et qui se concrétise par des mesures qui ne sont pas de nature exceptionnelle, mais font plutôt partie des mécanismes usuels du pouvoir en démocratie, bien que souvent en tension avec les principes de démocratie (ex. : protection des droits de la personne)⁴³⁰.

Les aspects discursifs et pratiques du phénomène ne sont pas exclusifs. Il me semble, bien au contraire, qu'ils vont de pair et permettent, conjointement, de mettre en lumière de quelles façons se construisent des groupes de personnes non citoyennes perçus comme menaçants et se justifie la mise en place de mécanismes de contrôle. Chacun de ces aspects renforce l'autre.

Plusieurs auteurs et autrices proposent des explications pour comprendre l'aspect discursif du phénomène de la sécurisation en général et des migrations en particulier⁴³¹. Philippe Bourbeau propose la notion « d'agent sécurisateur » et s'attarde au contexte d'énonciation de ces actes de langage pour discuter de l'efficacité de ces actes et de leur capacité à construire la menace.

Une tentative de sécurisation, ou un acte de langage de sécurité, n'est pas automatiquement efficace, c'est-à-dire qu'elle ne crée pas nécessairement l'effet escompté. De même, ce ne sont pas tous les agents qui sont susceptibles de formuler un acte de langage efficace. Un agent « sécurisateur » doit posséder un pouvoir et une reconnaissance sociale particulière pour énoncer une tentative de sécurisation qui soit prise en considération.⁴³²

Autrement dit, Bourbeau insiste sur l'importance de prendre en compte le contexte dans lequel se trouve cet agent pour comprendre l'efficacité de son discours. De plus, à l'instar de Jef Huysmans, il met en lumière la diversité d'acteurs (ex. : gouvernements, médias, agences de sécurité) à qui le contexte prête une certaine efficacité à leur discours⁴³³. En outre, des auteurs indiquent que de tels actes doivent prendre appui sur certaines « grilles d'intelligibilité »⁴³⁴ pour être efficaces et que ces

⁴²⁹ Voir par ex Barry Buzan, Ole Waever et Jaap de Wilde, *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1998; Dauvergne, « Less Brave New World », *supra* note 349.

⁴³⁰ Voir par ex Bigo, « Gouvernamentalité par l'inquiétude », *supra* note 9; Bourbeau, « Processus et acteurs », *supra* note 5; David Moffette et Shaira Vadasaria, « Uninhibited Violence: Race and the Securitization of Immigration » (2016) 4:3 *Critical Studies on Security* 291.

⁴³¹ Voir, parmi d'autres « Gouvernamentalité par l'inquiétude », *supra* note 9; Buzan, Waever et de Wilde, *supra* note 429; Huysmans, « European Union », *supra* note 120; Ayse Ceyhan et Anastasia Tsoukala, « The Securitization of Migration in Western Societies: Ambivalent Discourses and Policies » (2002) 27:1 *Alternatives: Global, Local, Political* 21; Bourbeau, « Processus et acteurs », *supra* note 5.

⁴³² Bourbeau, « Processus et acteurs », *supra* note 5 à la p 26.

⁴³³ Huysmans, « European Union », *supra* note 120 à la p 758.

⁴³⁴ Moffette et Vadasaria, *supra* note 430 à la p 294.

grilles de lecture doivent être partagées avec les personnes (ou l'auditoire) à qui s'adresse le discours⁴³⁵.

Didier Bigo exemplifie longuement le fonctionnement de ce type de « discours de sécurité », en mettant en évidence le rôle de certains acteurs dans un « champ de la sécurité »⁴³⁶.

Le discours de sécurité, quel que soit son objet, commence par un jeu rhétorique qui mêle habilement quelques expériences parmi les plus quotidiennes des populations, par exemple en matière de délinquance, les délits les plus fréquents et souvent les plus anodins comme le vol à la tire, quelques-unes [sic] de leurs peurs (peur du crime, peur du viol, peur du chômage, peur de l'avenir) et un ou deux exemples extrêmes (tirés de la grande criminalité, ou du terrorisme) pour faire croire qu'il y a continuité entre ces séries hétérogènes de l'expérience immédiate et les événements les plus médiatisés. Il s'agit de convaincre que le danger est là, dans l'avenir proche et que si rien n'est fait pour rétablir l'ordre social et moral, tout le monde sera responsable du chaos qui s'en suivra [...]. Il existe une structure des luttes au sein d'un champ de la sécurité qui pousse les différentes agences et agents de sécurité (polices, douanes, services de renseignements, consulats, armées, industriels produisant des matériels pour ces institutions, politiciens locaux et nationaux dont la réputation et la réélection dépendent de ce discours d'ordre...) à entrer en compétition pour définir les menaces et la hiérarchie des menaces contre lesquelles ils entendent lutter. [...] Mais, l'économie des luttes des professionnels autour de la prétention au monopole de la hiérarchisation et de la définition des menaces est souvent masquée par la désignation, sous un terme flou et ambigu, d'un coupable, de préférence vu par le groupe comme étranger. Et, cette expulsion de la violence en dehors de la communauté via un phénomène de bouc émissaire a beau être connue, son efficacité, au moins symbolique, n'en souffre pas beaucoup.⁴³⁷

Ce serait donc par de tels actes de langage ou rapprochements discursifs qu'émergent des groupes de personnes non citoyennes considérés comme indésirables, et ce, toujours dans une dynamique de renforcement réciproque avec la mise en œuvre des mécanismes de contrôle qui visent ces mêmes groupes.

Lorsqu'il est question des migrations internationales, ce « bouc émissaire étranger » dont parle Bigo est tout désigné : il s'agit de la personne non citoyenne (ou du moins de certaines d'entre elles). Bigo parle de la « plasticité » de la catégorie « immigré », qui est susceptible de désigner un

⁴³⁵ Thierry Balzacq, « The Three Faces of Securitization: Political Agency, Audience and Context » (2005) 11:2 *European Journal of International Relations* 171.

⁴³⁶ Dans le contexte de la fin de la guerre froide, des organisations qui partagent un mandat sécuritaire conçu en des termes plus traditionnels, par exemple dans le domaine militaire, sont également à la recherche d'une nouvelle pertinence : Crépeau et Nakache, *supra* note 6 à la p 4; Camille Bonenfant-Martin, *La détention des personnes migrantes au Centre de surveillance de l'immigration de Laval : analyse des mécanismes de la mise en œuvre de la gouvernamentalité sécuritaire de l'immigration*, mémoire de maîtrise en science politique, Université du Québec à Montréal, 2018 [non publié] à la p 13.

⁴³⁷ Bigo, « Sécurité et immigration », *supra* note 121 au para 7.

vaste ensemble de réalités et qui, par son flou, permet facilement qu'on y associe une pluralité de dangers (et pas seulement en lien avec des enjeux migratoires)⁴³⁸. François Crépeau et Delphine Nakache soulignent à cet effet que plusieurs des menaces qui émergent depuis une trentaine d'années (ex. : terrorisme, criminalité transnationale, chômage) se fondent dans « l'image du migrant » [ma traduction]⁴³⁹. Cette désignation d'un bouc émissaire s'opère par une sorte de mise en distance symbolique entre les personnes menaçantes et les personnes menacées par différents processus d'altérisation ou de déshumanisation⁴⁴⁰.

Ayse Ceyhan et Anastassia Tsoukala identifient quatre axes autour desquels s'articulent généralement les arguments associant l'immigration à certains problèmes : l'axe socioéconomique (ex. : chômage, crise de l'État-providence); l'axe sécuritaire (ex. : érosion de la souveraineté par une perte de contrôle des frontières, criminalité, terrorisme); l'axe identitaire (ex. : menace pour l'identité nationale); ainsi que l'axe politique (ex. : discours anti-immigration tenus pour faire des gains électoraux)⁴⁴¹.

À ce titre, David Moffette et Shaida Vadasaria soulignent de façon opportune une lacune importante dans les écrits notamment théoriques sur la sécurisation, soit le fait qu'ils ne prennent pas suffisamment en compte les dynamiques contemporaines de "race" ou de genre qui facilitent la désignation de certains groupes de personnes non citoyennes comme constituant un danger ou une menace pour la sécurité⁴⁴². On peut alors supposer que certains groupes parmi l'ensemble des personnes non citoyennes sont plus facilement associés aux diverses menaces. Par exemple, Robyn Maynard illustre de quelles manières les personnes noires sont particulièrement associées à

⁴³⁸ *Ibid* au para 12

⁴³⁹ Crépeau et Nakache, *supra* note 6 à la p 4.

⁴⁴⁰ Voir par ex Victoria M Esses, Stelian Medianu et Andrea S Lawson, « Uncertainty, Threat, and the Role of the Media in Promoting the Dehumanization of Immigrants and Refugees » (2013) 69:3 *Journal of Social Issues* 518; Alejandro Hernandez-Ramirez, « The Political Economy of Immigration Securitization: Nation-Building and Racialization in Canada » (2019) 100:2 *Studies in Political Economy* 111; Delphine Nakache, « Logiques convergentes », *supra* note 7.

⁴⁴¹ Ceyhan et Tsoukala, *supra* note 431 aux pp 24 et s. Ces autrices soulignent par ailleurs les ambivalences et paradoxes qui caractérisent ces arguments. À ce titre, Didier Bigo souligne dès 1998, dans un contexte surtout européen, les contradictions déjà existantes entre les discours politiques associant les thèmes de la sécurité et de l'immigration, d'une part, et les nombreuses études qui remettent – déjà à cette époque – en question ces associations (ex. : immigration et criminalité, immigration et chômage). Selon lui, les tenants d'un tel discours sont bien au courant de ces limites, mais préfèrent mobiliser une « politique du "déli" » qui prend appui sur le « mythe » de la souveraineté et du contrôle des frontières : « Gouvernementalité par l'inquiétude », *supra* note 9 au para 8.

⁴⁴² Moffette et Vadasaria, *supra* note 430. Voir à ce sujet, pour le contexte européen, Nicholas De Genova, « The "Migrant Crisis" as Racial Crisis: Do Black Lives Matter in Europe? » (2018) 41:10 *Ethnic and Racial Studies* 1765 [De Genova, « Racial Crisis »].

différents dangers que poserait l'immigration et conséquemment ciblées par les mesures de contrôle migratoire⁴⁴³.

Les liens entre migrations et enjeux sécuritaires ne sont pas nouveaux. En effet, la « régulation de la migration comprend un élément sécuritaire depuis ses débuts » [ma traduction]⁴⁴⁴. Comme mentionné en introduction de ce chapitre, le cas canadien offre un exemple où l'immigration a fréquemment été associée à différents dangers comme la criminalité, la maladie ou l'indigence et où l'on perçoit l'immigration comme menaçante pour l'identité nationale ou culturelle. Toutes ces idées ont motivé l'exclusion de certaines personnes non citoyennes à différentes époques.

La question se pose alors de savoir pourquoi tant d'universitaires se sont penchés sur le phénomène de la sécurisation des migrations internationales au courant des trente dernières années. Toujours selon Dauvergne, c'est plutôt l'attention croissante portée au lien entre sécurité et immigration ainsi que les politiques qui l'entourent qui sont nouvelles. De nouvelles menaces ont fait leur apparition, comme le terrorisme⁴⁴⁵. Philippe Bourbeau caractérise de la façon suivante le contexte actuel :

De toute évidence, il existe depuis longtemps de nombreux mécanismes nationaux et internationaux de contrôle des flux migratoires. De même, l'idée que certains individus constituent une menace pour la sécurité n'est pas nouvelle. Ce qui est nouveau et hautement significatif est pour certains (a) l'idée que les migrations, au sens collectif du terme, représentent une question de sécurité nationale et/ou sociétale ; (b) le haut niveau de danger « sécuritaire » souvent associé aux migrations ; et enfin (c) l'élaboration par de nombreux pays d'un vaste ensemble de pratiques sécuritaires visant directement la « menace » migratoire.⁴⁴⁶

Selon certains⁴⁴⁷, l'accélération de la mondialisation en cours depuis les années 1980 et 1990 constitue un terreau fertile pour la sécurisation des migrations internationales. Les nouvelles règles présidant aux échanges internationaux laissent place à de nouveaux acteurs (ex. : organisations internationales, entreprises multinationales) et de nouveaux phénomènes transnationaux court-circuitant les autorités étatiques font leur apparition, donnant l'impression d'une érosion de la souveraineté des États. En réaction à cette perte de vitesse, ceux-ci auraient réinvesti l'une de leurs

⁴⁴³ Robyn Maynard, *NoirEs sous surveillance: esclavage, répression et violence d'État au Canada*, 2018 aux pp 215 et s.

⁴⁴⁴ Dauvergne, « Less Brave New World », *supra* note 349 à la p 542.

⁴⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁴⁶ Bourbeau, « Processus et acteurs », *supra* note 5 à la p 22.

⁴⁴⁷ Voir par ex Crépeau et Nakache, *supra* note 6; Dauvergne, *Making People Illegal*, *supra* note 409; Catherine Wihtol de Wenden, *La question migratoire au XXIe siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

missions plus traditionnelles, soit celle d'assurer la sécurité de la population. Les frontières internationales constitueraient un des lieux où les États pourraient efficacement réaffirmer leur souveraineté et jouer ce rôle plus traditionnel⁴⁴⁸.

Cette bifurcation vers la sécurité peut aussi se comprendre dans le contexte d'une redéfinition des missions de l'État, qui délaisse une part de sa mission sociale pour s'investir dans le domaine pénal⁴⁴⁹. Comme l'illustre Didier Fassin, le recours aux forces de l'ordre devient alors « l'instrument privilégié d'administration des problèmes sociaux »⁴⁵⁰.

Pour Denise Helly, ce changement d'approche des migrations internationales doit également se comprendre dans le contexte d'une perte de légitimité de l'État face à des changements sociétaux importants.

Les mutations socio-économiques, les érosions de droits et d'acquis sociaux ainsi que les questionnements sur la démocratie et le sécularisme réduisent la légitimité des acteurs étatiques et des modèles nationaux, et trois principaux référents de légitimation sont ré-activés ou inventés depuis les années 1990.⁴⁵¹

La sécurité constitue l'un de ces « référents de légitimation » des États. Helly parle ainsi de « tournant sécuritaire » dans lequel est adoptée une définition élargie de la notion de sécurité qui déborde de la protection contre la criminalité ou de la guerre. De cette manière,

[I]a migration internationale n'est qu'une facette de la nouvelle représentation des sociétés occidentales comme des sociétés exposées à de multiples risques et menaces. Le risque sous diverses formes intérieures et extérieures devient, au fil des décennies 1980-2000, un item de gouvernement.⁴⁵²

Toujours est-il que, dans ce contexte d'érosion de la souveraineté ou de redéfinition de la mission de l'État, les défis que posent migrations internationales sont davantage abordés sous l'angle de la sécurité à partir des années 1980 et 1990. Cette tendance s'accélère à la suite des attentats du 11 septembre 2001. À ces préoccupations sécuritaires s'ajoute une nouvelle façon de concevoir les apports de l'immigration, qui insiste lourdement sur l'aspect économique de ces contributions et de laquelle découlent d'autres inquiétudes liées à la fraude et au fardeau économique que représenteraient certains groupes de personnes non citoyennes.

⁴⁴⁸ Wilsher, *Immigration Detention*, supra note 8 à la p 318.

⁴⁴⁹ Fischer et Darley, supra note 389 au para 8; Wacquant, « Fabrique », supra note 407 à la p 159.

⁴⁵⁰ Fassin, *Force de l'ordre*, supra note 244 à la p 323.

⁴⁵¹ Helly, « Légitimité en panne », supra note 94 à la p 41.

⁴⁵² *Ibid* aux pp 23–24.

2.1.2. Les groupes de personnes non citoyennes indésirables

De façon générale, certains groupes de personnes non citoyennes se voient souvent associés, dans les discours politiques et médiatiques, aux motifs de dangerosité (ex. : on les présente comme criminelles ou terroristes) ou d'inutilité (ex. : on les présente en tant que fraudeuses ou fardeau pour les services publics)⁴⁵³. Au Canada, les personnes non citoyennes ont souvent été définies dans des termes qui recoupent ces motifs d'indésirabilité, de façon plus ou moins explicite selon les époques⁴⁵⁴. D'un côté, les intérêts économiques dominent le choix des personnes non citoyennes que l'on considère comme désirables, c'est-à-dire les immigrants que les autorités canadiennes laissent entrer au pays et éventuellement devenir citoyens, depuis au moins la confédération de 1867 jusqu'aux années 1990⁴⁵⁵. L'ouverture plus ou moins grande des frontières à l'immigration semble en effet avoir toujours été intimement liée à la conjoncture économique⁴⁵⁶. De l'autre, des dangers associés à différents groupes de personnes non citoyennes ont motivé leur exclusion, évoluant également en fonction de la conjoncture nationale et internationale.

De surcroît, comme je le montrerai dans la section suivante, entre ces extrêmes se retrouve désormais un nombre grandissant de personnes non citoyennes à qui l'on octroie un statut temporaire, dont les conditions sont souvent source de précarité ou de vulnérabilité. Certains auteurs remettent donc en question le binôme inclusion/exclusion et proposent plutôt le concept d'« inclusion différentielle » pour comprendre cette diversité de statuts⁴⁵⁷. Denise Helly parle ainsi de « modes de tri de migrants jugés peu utiles »⁴⁵⁸. Entre les futurs citoyens et citoyennes désirables

⁴⁵³ Bhui, *supra* note 369 à la p 2.

⁴⁵⁴ Voir Kelley et Trebilcock, *supra* note 19; Knowles, *supra* note 18; Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206.

⁴⁵⁵ Par exemple, Mireille Paquet démontre que l'ensemble des provinces canadiennes ont investi leur compétence en matière d'immigration au courant des dernières décennies de façon à tirer profit de l'immigration qui est vue comme une ressource : Mireille Paquet, *La fédéralisation de l'immigration au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2017 [Paquet, *Fédéralisation*].

⁴⁵⁶ Par exemple, l'ouverture des frontières caractéristique des presque cinquante années suivant la confédération (1867-1914) aurait correspondu à la volonté du gouvernement d'attirer des immigrants afin de soutenir le développement industriel du pays, mais aussi le peuplement des provinces à l'ouest de l'Ontario. En période d'instabilité économique ou politique, comme pendant les guerres mondiales ou à la suite de la crise économique de 1929, la politique migratoire est devenue beaucoup plus restrictive. Après la Deuxième Guerre mondiale, le Canada a ouvert graduellement ses frontières dans un contexte de forte croissance économique créant d'importants besoins en main-d'œuvre : Kelley et Trebilcock, *supra* note 19.

⁴⁵⁷ Ariane Marie Galy, « La gestion des frontières par le traitement différencié des voyageurs. Réflexion croisée sur la France et les États-Unis » (2021) 93:4 Critique internationale 137; Sandro Mezzadra et Brett Neilson, « Frontières et inclusion différentielle » (2010) 67:1 Rue Descartes 102. Voir aussi, au sujet des relations entre inclusion et exclusion, Nicholas De Genova, « Spectacles of migrant 'illegality': the scene of exclusion, the obscene of inclusion » (2013) 36:7 Ethnic and Racial Studies 1180 [De Genova, « Spectacles of migrant 'illegality' »].

⁴⁵⁸ Helly, « Légimité en panne », *supra* note 94 à la p 20.

et les personnes migrantes que l'on juge indésirables se trouvent donc une panoplie de personnes plus ou moins désirables. Dans cette partie, toutefois, je brosse le portrait des groupes aujourd'hui considérés comme indésirables à la lumière des éléments contextuels présentés plus haut. J'insiste notamment sur le cas canadien, et ce, depuis les décennies 1980 et 1990 au cours desquelles ces éléments gagnent en importance.

Avant d'aborder les impacts de la montée du néolibéralisme et de la sécurisation des migrations internationales, quelques considérations d'ordre général s'imposent. D'une part, lorsqu'on parcourt l'histoire du droit canadien de l'immigration, on retrouve des dispositions visant des « immigrants empêchés de débarquer »⁴⁵⁹, des « catégories refusées »⁴⁶⁰, des « immigrants peu désirables »⁴⁶¹ des « catégories interdites »⁴⁶², des « catégories de personnes non admissibles »⁴⁶³ et, désormais, des personnes visées par des « interdictions de territoire »⁴⁶⁴. Parmi ces catégories, on remarque que certaines d'entre elles se retrouvent dans toutes les lois successives. C'est d'abord le cas des personnes qui souffrent de maladies contagieuses. Ensuite, on retrouve celles qui pourraient représenter un fardeau pour les deniers publics, par exemple les personnes en situation de handicap ou qui ont une maladie chronique⁴⁶⁵ ou encore celles qui sont indigentes⁴⁶⁶. Enfin, il y a les personnes qui sont indésirables pour des raisons qui courent sur un axe moralité-criminalité (ex. : prostitution, proxénétisme, traite de personnes). Ces motifs se retrouvent à toutes les époques, bien qu'ils se concrétisent différemment selon le contexte.

D'autre part, et sans rendre justice à la complexité de ces enjeux, des personnes sont également jugées indésirables en raison de leur appartenance (réelle ou présumée) à certains groupes sociaux sur la base de leur « race », leur sexe, leur genre, leur origine ethnique ou nationale, leur religion,

⁴⁵⁹ *Acte concernant l'immigration et les immigrants*, LC 1906, c 19, arts 26 et s [*Acte de l'immigration de 1906*].

⁴⁶⁰ *Loi de l'immigration*, LC 1910, c 27, art 3 [*Loi de l'immigration de 1910*].

⁴⁶¹ *Ibid*, art 40.

⁴⁶² *Ibid*; *Loi sur l'immigration*, LC 1952, c 42, art 5 [*Loi sur l'immigration de 1952*].

⁴⁶³ *Loi sur l'immigration*, LC 1976, c 52 arts 19 et s [*Loi sur l'immigration de 1976*].

⁴⁶⁴ *LIPR*, *supra* note 20, arts 33 et s.

⁴⁶⁵ Chavon A Niles, « Who gets in? The Price of Acceptance in Canada » (2018) 7:1 *Journal of Critical Thought and Praxis* 148. Voir aussi Yahya El-Lahib et Samantha Wehbi, « Immigration and Disability: Ableism in the Policies of the Canadian State » (2012) 55:1 *International Social Work* 95; Roy Hanes, « None is Still Too Many: An Historical Exploration of Canadian Immigration Legislation As It Pertains to People with Disabilities » (2009) 37:1/2 *Developmental Disabilities Bulletin* 91; Edward Hon-Sing Wong, « Not Welcome. A Critical Analysis of Ableism in Canadian Immigration Policy from 1869 to 2011 » (2012) 4:0 *Critical Disability Discourses/Discours critiques dans le champ du handicap*, en ligne : <cdd.journals.yorku.ca/index.php/cdd/article/view/34877>.

⁴⁶⁶ Voir par ex Roberts, *supra* note 325 aux pp 1–9; Torpey, *supra* note 404 aux pp 22–23; William Walters, « Police of Aliens », *supra* note 125 à la p 270.

leur classe sociale, etc.⁴⁶⁷ Il en découle des discriminations qui sont parfois inscrites explicitement dans la loi (ex. : certaines nationalités ont été explicitement visées par des interdictions) ou les politiques (ex. : exigences de visas visant les ressortissantes et ressortissants de pays particuliers) ou qui sont le fait d'une application discriminatoire de la loi et des politiques⁴⁶⁸. Les grandes catégories interdites et l'appartenance se recoupent souvent, dans la mesure où certains groupes particuliers vont être associés à, par exemple, l'indigence, comme dans le cas du Royaume-Uni :

[I]t is the immigration of the poor that controls are generally designed to prevent, and 'poor countries' and countries whose citizenry are black are very likely to coincide. There are also some groups that are more likely to be targeted in practice. Enforcement data suggest that there are certain sectors that are particularly likely to be the subjects of successful workplace raids, and particular countries of origin that are subject to removal. Certain individuals and groups are constructed as more suitable for expulsion than others, with criminality, race, and gender being key. [références omises]⁴⁶⁹

Les objectifs de la LIPR et les interdictions de territoires qu'elle prévoit constituent un point de départ pertinent pour esquisser un portrait, quoiqu'incomplet, des groupes considérés aujourd'hui comme indésirables au Canada⁴⁷⁰. D'une part, certains objectifs traduisent le caractère utilitariste des politiques d'immigration, notamment lorsque la loi fait référence au fait de « retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques » et de « favoriser le développement économique et la prospérité du Canada »⁴⁷¹. D'autre part, les objectifs de la loi liés à l'exclusion font référence à la protection de la santé publique, à la sécurité de la société

⁴⁶⁷ Voir par ex Barrington Walker, *The History of Immigration and Racism in Canada: Essential Readings*, Toronto, Canadian Scholars' Press, 2008; Weber et Bowling, *supra* note 67; Salvatore Palidda, *Racial Criminalization of Migrants in 21st Century*, Farnham, Ashgate, 2011; J Adam Perry, « Barely Legal: Racism and Migrant Farm Labour in the Context of Canadian Multiculturalism » (2012) 16:2 *Citizenship Studies* 189; Vic Satzewich et Nikolaos Liodakis, « *Race* » and *Ethnicity in Canada: A Critical Introduction*, 3^e éd, Don Mills, Oxford University Press, 2013; Europa Press, « No es xenofobia, es aporofobia (rechazo al pobre) », (14 mai 2017), en ligne : www.europapress.es/epsocial/derechos-humanos/noticia-no-xenofobia-aporofobia-rechazo-pobre-20170514114457.html>; FitzGerald et Cook-Martín, *supra* note 323; Mary Bosworth, Alpa Parmar et Yolanda Vázquez, *Race, Criminal Justice, and Migration Control: Enforcing the Boundaries of Belonging*, 1 éd, Oxford, Oxford University Press, 2018; David Moffette et William Walters, « Flickering Presence: Theorizing Race and Racism in the Governmentality of Borders and Migration » (2018) 12:1 *Studies in Social Justice* 92; Kate Coddington, « The Slow Violence of Life without Cash: Borders, State restrictions, and Exclusion in the U.K. and Australia » (2019) 109:4 *Geographical Review* 527; Mathieu Forcier, « Patrouille des frontières nationales et représentations racialisées: Analyse de commentaires en ligne sur les réfugiés syriens au Québec » (2019) 35:1 *Refuge* 43; Christopher Kyriakides et al, « Introduction: The Racialized Refugee Regime » (2019) 35:1 *Refuge* 3.

⁴⁶⁸ Voir par ex l'affaire *Baker* *supra* note 190. Voir aussi Maynard, *supra* note 443 aux pp 215 et s.

⁴⁶⁹ Anderson, *Us and Them*, *supra* note 67 à la p 123.

⁴⁷⁰ Ce portrait est entre autres complété par les interprétations que font les agentes et agents de l'ASFC des règles.

⁴⁷¹ LIPR, *supra* note 20, art 3(1)(a), (c).

canadienne ainsi qu'à l'interdiction de territoire aux criminels et aux personnes qui représentent un « danger pour la sécurité »⁴⁷².

À l'opposé des articles qui encadrent la sélection des immigrantes et immigrants permanents⁴⁷³, les interdictions de territoire font partie des rares dispositions de la loi qui atteignent un certain niveau de précision⁴⁷⁴. Il en existe plusieurs motifs⁴⁷⁵. Une première série comprend les motifs considérés comme étant « plus sérieux » [ma traduction]⁴⁷⁶. Il s'agit de l'interdiction de territoire pour motif de sécurité (ex. : actes d'espionnage, actes visant le renversement par la force d'un gouvernement, terrorisme, actes de violence), pour motif d'atteinte aux droits humains ou internationaux (ex. : crimes contre l'humanité, crimes de guerre, violations graves des droits de la personne), pour grande criminalité (ex. : être reconnu coupable au Canada d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans), criminalité (ex. : être déclaré coupable d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions à une loi fédérale) ou criminalité organisée (ex. : être membre d'une organisation criminelle). On retrouve ensuite l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires, lorsque l'état de santé de la personne constitue un « danger pour la santé ou la sécurité publiques ou risqu[e] d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé »⁴⁷⁷. Des motifs financiers peuvent aussi entraîner l'interdiction de territoire, lorsque la personne ne peut ou ne veut subvenir à ses besoins⁴⁷⁸. Enfin, de fausses déclarations⁴⁷⁹, un manquement à la loi⁴⁸⁰ ou certaines interdictions de territoire frappant un membre de la famille⁴⁸¹ peuvent entraîner une interdiction de territoire.

⁴⁷² *Ibid*, art 3(1)–(2).

⁴⁷³ *Ibid*, art 12.

⁴⁷⁴ Aiken et al, *supra* note 28 à la p 122.

⁴⁷⁵ *LIPR*, *supra* note 20, arts 33 et s. Certaines interdictions de territoire s'appliquent ou non en fonction du statut de la personne non citoyenne.

⁴⁷⁶ Chantal Desloges, Cathryn Sawicki et Lynn Fournier-Ruggles, *Canadian Immigration and Refugee Law: A Practitioner's Handbook*, 2^e éd, Toronto, Emond, 2019 à la p 62; *LIPR*, *supra* note 20, arts 34–37. Pour ces interdictions de territoire, la *LIPR* prévoit que « [l]es faits — actes ou omissions — [...] sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir » [je souligne] : *ibid*, art 33.

⁴⁷⁷ *LIPR*, *supra* note 20, art 38.

⁴⁷⁸ *Ibid*, art 39.

⁴⁷⁹ *Ibid*, art 40 (ex : « directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi »).

⁴⁸⁰ *Ibid*, art 41 : « S'agissant de l'étranger, emportent interdiction de territoire pour manquement à la présente loi tout fait — acte ou omission — commis directement ou indirectement en contravention avec la présente loi et, s'agissant du résident permanent, le manquement à l'obligation de résidence et aux conditions imposées. »

⁴⁸¹ *Ibid*, art 42(1) : « Emportent, sauf pour le résident permanent ou une personne protégée, interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale les faits suivants : a) l'interdiction de territoire frappant tout membre de sa famille qui

Toutefois, ce n'est pas qu'à travers ces catégories juridiques que les indésirables sont présentés et dénoncés. Lorsque l'on s'attarde aux discours politiques et médiatiques des trente dernières années, on remarque que deux principaux groupes de personnes non citoyennes retiennent l'attention. Il s'agit des personnes qui demandent l'asile ainsi que des personnes qui sont en situation irrégulière, souvent désignées comme étant des « immigrants illégaux »⁴⁸². Par ailleurs, ces deux groupes sont souvent confondus (1.2.1). Ensuite, à l'aide notamment de l'exemple de la réforme apportée au droit de l'immigration en 2012, je montre comment on associe ces personnes non citoyennes aux deux motifs d'indésirabilité (1.2.2).

2.1.2.1. Deux groupes indésirables confondus : les personnes en situation irrégulière et les personnes qui demandent l'asile

D'entrée de jeu, soulignons que l'immigration irrégulière constitue un phénomène difficile à définir avec précision⁴⁸³. En effet, des expressions variées comme « immigration irrégulière », « immigration illégale » ou « les illégaux » sont utilisées pour désigner une pluralité de situations.

Irregular migration is a complex issue that lacks a globally accepted definition. It encompasses movement or activities that occur outside of the regulatory frameworks of the source, transit, or

l'accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas; b) accompagner, pour un membre de sa famille, un interdit de territoire ». L'article 42(2) spécifie que les interdictions de territoire frappant un membre de la famille qui entraînent ces interdictions sont celles visées aux articles 34 (sécurité), 35 (atteinte aux droits humains ou internationaux) et 37 (criminalité organisée).

⁴⁸² L'expression « immigrants illégaux » ne correspond à aucun statut juridique en droit canadien. J'y préfère l'expression « en situation irrégulière », qui d'une part reflète mieux le fait que le statut migratoire est avant tout un statut administratif, et qui d'autre part ne porte pas la charge stigmatisante de l'illégalité, souvent confondue avec la criminalité. À ce sujet, voir par ex la décision du Conseil de Presse du Québec, qui reconnaît que « l'usage de termes comme « illégaux » ou « étrangers illégaux » pour référer aux immigrants non autorisés peut entretenir le préjugé que ces personnes, d'un autre groupe ethnique, contreviennent à la loi. Comme indiqué au grief 1, cela est inexact puisqu'ils ne sont pas dans l'illégalité, mais en situation irrégulière. Ces mots lourds de sens présentent un risque de nourrir l'incompréhension de l'étranger et de cultiver une image négative de ceux qui se retrouvent en situation irrégulière » : *Patrick Lajeunesse c Agence France-Presse et La Presse* (16 avril 2021), D2019-11-152, en ligne : Conseil de Presse du Québec <conseildepresse.qc.ca/decisions/d2019-11-152>. Par ailleurs, certaines autrices choisissent sciemment d'utiliser l'expression « immigrants illégaux » pour refléter le fait que l'illégalité demeure avant tout une construction sociale et juridique et que ce sont les règles d'immigration qui ont pour effet de rendre certains comportements associés aux migrations contraires à la loi : Anderson, *Us and Them*, *supra* note 67 aux pp 116–118; Dauvergne, *Making People Illegal*, *supra* note 409 à la p 4.

⁴⁸³ Dauvergne, *Making People Illegal*, *supra* note 409 à la p 11; Franck Düvell, « Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration » (2011) 13 *European Journal of Migration & Law* 275 [Düvell, « Paths into Irregularity »]; Franck Düvell, « Irregular Migration » dans Alexander Betts, dir, *Global Migration Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 78 [Düvell, « Irregular Migration »].

*receiving state. This includes persons who arrive without authorization, overstay visas, remain as a rejected asylum seeker, or engage in unauthorized work.*⁴⁸⁴

De manière très générale, on peut définir l'immigration irrégulière comme étant le fait de ne pas avoir l'autorisation d'entrer ou de demeurer dans un pays ou de ne pas respecter les conditions associées à cette autorisation. Il peut ainsi s'agir d'une personne qui entrerait clandestinement, d'une personne qui ne quitterait pas le territoire à l'expiration de son visa ou d'une personne qui travaillerait alors que cela lui est interdit. Franck Düvell indique de plus que la distinction entre immigration régulière et irrégulière est parfois difficile à établir⁴⁸⁵.

Il s'agit en outre d'un phénomène difficile à quantifier puisque non seulement il n'y a pas de définition précise ou partagée, mais qu'en plus « les personnes qui se déplacent sans autorisation légale tentent d'échapper à la surveillance étatique » [ma traduction]⁴⁸⁶. Il n'existe pas de statistiques officielles à ce sujet au Canada⁴⁸⁷, mais les estimations varient entre 200 000 et 500 000 personnes en situation irrégulière, qui se trouveraient principalement dans les villes de Montréal, Toronto et Vancouver⁴⁸⁸. Au Canada, il n'y a pas non plus de définition officielle de ce que constitue l'immigration irrégulière.

Sur le plan juridique, la personne qui demande l'asile est celle qui a déposé une demande afin que les autorités étatiques lui reconnaissent le statut de réfugié. La personne réfugiée est celle à qui les autorités ont reconnu ce statut, soit celle qui est désignée comme « personne protégée » en droit canadien⁴⁸⁹. À ces catégories s'ajoutent celle des personnes réfugiées réinstallées. Il s'agit des

⁴⁸⁴ Idil Atak et James C Simeon, « Introduction. The Criminalization of Migration: Context and Consequences » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018, 3 à la p 8.

⁴⁸⁵ Düvell, « Paths into Irregularity », *supra* note 483 à la p 286. Voir aussi les réflexions de Bridget Anderson sur la notion de « semi-conformité » : Anderson, *Us and Them*, *supra* note 67 aux pp 125 et s.

⁴⁸⁶ Dauvergne, *Making People Illegal*, *supra* note 409 à la p 11.

⁴⁸⁷ Dans certains documents officiels, l'ASFC note par ailleurs que « l'ampleur du phénomène n'est pas connue ». Elle indique néanmoins que [c]es activités présentent de sérieux défis pour maintenir l'intégrité de la législation frontalière du Canada, l'intégrité du programme de l'immigration et la sécurité des Canadiens » : Agence des services frontaliers du Canada, *Programmes de détention et de renvoi de l'ASFC – Étude d'évaluation*, 2010, en ligne : <web.archive.org/web/20130629032726/http://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2010/dr-rd-fra.html> [ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*].

⁴⁸⁸ Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 à la p 20.

⁴⁸⁹ La LIPR définit la personne protégée comme étant la personne « à qui l'asile est conféré », soit à titre de réfugié ou de personne à protéger, ou encore à une personne qui s'est vue accorder une cette protection à la suite d'un examen des risques avant renvoi (ERAR) : LIPR, *supra* note 20, art 95. La personne réfugiée est une « personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques : a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays; b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner » :

personnes qui se trouvent hors de leur pays d'origine et qui sont sélectionnées de différentes manières (par exemple avec le concours du HCR) pour immigrer en tant que résidentes permanentes à titre de personnes réfugiées. La reconnaissance de leur statut se fait donc préalablement à leur arrivée, contrairement aux personnes qui demandent l'asile.

Si les personnes en situation irrégulière se caractérisent par l'absence d'autorisation ou le non-respect des conditions associées à cette autorisation, les personnes qui demandent l'asile retiennent l'attention des gouvernements en raison de l'obligation de non-refoulement prévue par la *Convention relative au statut des réfugiés*⁴⁹⁰ et mise en œuvre par la LIPR. Cette obligation, qui s'étend aux personnes réfugiées, mais aussi à celles qui ont présenté une demande d'asile, prévoit qu'on ne peut renvoyer ces personnes vers un « pays où elle[s] risque[nt] la persécution »⁴⁹¹. Une fois sur le territoire, elles ne peuvent donc être renvoyées jusqu'à ce que le processus de détermination du statut de réfugié (incluant, au Canada des procédures d'appel et des recours possibles en contrôle judiciaire) soit terminé.

La confusion entre personnes en situation irrégulière et personnes qui demandent l'asile s'explique par deux principales raisons. D'une part, l'accès restreint à la protection internationale pour les personnes réfugiées, en raison des nombreuses mesures de contrôle migratoire, fait en sorte que les personnes qui veulent demander l'asile doivent souvent recourir à des stratégies irrégulières (ex. : faux documents, trafic de migrants, entrée clandestine) pour migrer⁴⁹². Dans ce contexte, les personnes qui demandent l'asile sont d'ailleurs fréquemment opposées aux personnes réfugiées réinstallées, qui elles arriveraient et demanderaient la protection du Canada de la « bonne »

ibid, art 96. La « personne à protéger » est « la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée » à la torture ou « à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités » : *ibid*, art 97. L'ERAR est un recours supplémentaire, distinct de la procédure de détermination du statut de réfugié : *ibid*, arts 112 et s. Il est administré par l'ASFC plutôt que par la CISR et se déroule généralement sur dossier seulement. Le taux d'acceptation demeure famélique (environ 1-2%).

⁴⁹⁰ *Convention relative au statut des réfugiés*, *supra* note 310, art 33. Voir James C Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 aux pp 300 et s.

⁴⁹¹ *LIPR*, *supra* note 20, art 115(1).

⁴⁹² À cet égard, la *Convention relative au statut des réfugiés* prévoit que « [l]es États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée [...], entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulières » : *supra* note 310, art 31.

façon⁴⁹³. D'autre part, le peu d'avenues régulières pour la migration de travail, du moins pour certaines personnes, fait en sorte que l'asile devient *de facto* la seule voie disponible pour migrer et obtenir un statut d'immigration⁴⁹⁴.

Ces deux cas de figure se sont présentés au Canada dans le contexte de la dernière réforme d'ampleur du droit de l'immigration et de la protection des réfugiés.

2.1.2.2. La réforme de 2012 : le cas de la Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada (LPSIC)⁴⁹⁵

Ainsi, les personnes en situation irrégulière et celles qui demandent l'asile constituent deux groupes, par toujours distingués de façon claire dans les discours publics et médiatiques, auxquels sont associées aux deux motifs d'indésirabilité tels que définis dans le chapitre précédent, à savoir le danger et l'inutilité. Cela se décline de plusieurs façons, et ce, depuis les années 1980⁴⁹⁶.

La réforme apportée au système d'immigration et de protection des réfugiés en 2012 par le gouvernement conservateur de Stephen Harper présente l'exemple le plus récent où des inquiétudes découlant d'une vision néolibérale et sécuritaire de l'immigration ont motivé d'importantes modifications législatives. De plus, de nombreux observateurs sont d'avis que si l'évolution des politiques canadiennes s'inscrit depuis les années 1990 dans la tendance mondiale vers une approche plus sécuritaire des migrations internationales, celle-ci s'est intensifiée sous ce gouvernement⁴⁹⁷.

Cette réforme prend sa source principale dans deux séries d'événements. D'une part, en 2009 et 2010, quelques centaines de personnes d'origine tamoule arrivent en Colombie-Britannique à bord de deux bateaux et demandent l'asile. On leur reprochera notamment leur mode d'arrivée irrégulier,

⁴⁹³ Carrie Dawson, « Refugee Hotels: The Discourse of Hospitality and the Rise of Immigration Detention in Canada » (2014) 83:4 *University of Toronto Quarterly* 826 à la p 831; Huot et al, *supra* note 5 à la p 132; Neylon, *supra* note 16 à la p 303; Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 217.

⁴⁹⁴ Atak et Simeon, *supra* note 484 à la p 9.

⁴⁹⁵ *Supra* note 16.

⁴⁹⁶ Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 à la p 6; Hernandez-Ramirez, *supra* note 440 à la p 120; Luke Taylor, « Designated Inhospitability: The Treatment of Asylum Seekers Who Arrive by Boat in Canada and Australia » (2015) 60:2 *McGill LJ* 333 à la p 362.

⁴⁹⁷ Peter Goodspeed, « Back to the Future: Shifts in Canadian Refugee Policy Over Four Decades » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018, 283 aux pp 286–288; Delphine Nakache, « Réforme du système d'octroi de l'asile au Canada », *supra* note 341 au para 2.

c'est-à-dire de s'être présentées aux frontières du Canada sans autorisation. D'autre part, on assiste à la fin des années 2000 à une augmentation importante de demandes d'asile provenant notamment du Mexique et de la République tchèque, ce qui mènera en 2009 à l'imposition d'une exigence de visa pour les ressortissantes et ressortissants de ces pays. De plus, au tournant des années 2010, un grand nombre de demandeurs et demandeuses d'asile arrivent de Hongrie. Les personnes qui arrivent de République tchèque et de Hongrie sont principalement d'origine et de culture rom et sont taxées d'être de « faux réfugiés » et de solliciter le statut de réfugié de façon injustifiée. Une critique similaire est faite à l'endroit des Mexicains et Mexicaines.

Les mesures introduites par la LPSIC sont nombreuses⁴⁹⁸. En bref, la loi crée un système de « pays d'origine désignés » en vertu duquel les demandes d'asile provenant des pays ainsi désignés sont examinées plus rapidement et pour lesquelles l'accès à différents recours est restreint. Le raisonnement derrière cette mesure est que les personnes qui proviennent de ces pays d'origine désignés seraient peu susceptibles d'être persécutées et donc de présenter des demandes d'asile légitimes. La LPSIC crée également la catégorie des « étrangers désignés », une mesure qui cible des personnes sur la base de leur mode d'arrivée. Les personnes ainsi désignées (par arrêté ministériel) se voient interdire l'accès à la résidence permanente pour une durée de cinq ans. De plus, leur détention est obligatoire (pour les personnes de plus de seize ans)⁴⁹⁹. À noter que depuis leur entrée en vigueur, certaines de ces mesures, notamment celles qui concernent les pays d'origine désignés, ont par ailleurs été invalidées par les tribunaux⁵⁰⁰ ou abandonnées par le gouvernement⁵⁰¹.

Dans les discours officiels soutenant l'adoption de ces mesures, certains groupes de personnes demandant l'asile sont dénoncés et présentés comme étant indésirables en raison de différentes menaces qu'ils poseraient envers le système d'immigration et le Canada en général. Le titre de la

⁴⁹⁸ Pour une description plus détaillée des mesures introduites par cette loi, voir Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9; Julie Bécharde et Sandra Elgersma, *Résumé législatif - Projet de loi C-31 : Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, la Loi sur la sûreté du transport maritime et la Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2012 en ligne : <lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/41-1/c31-f.pdf>; Carver, *supra* note 343; Molnar Diop, *supra* note 84; Taylor, *supra* note 496.

⁴⁹⁹ Puisqu'il s'agit d'une mesure très peu utilisée, je ne l'aborde pas dans le cadre de ma thèse.

⁵⁰⁰ *YZ c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 892, [2016] 1 RCF 575 [YZ].

⁵⁰¹ Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Le Canada met fin à la pratique des pays d'origine désignés », (17 mai 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/nouvelles/2019/05/le-canada-met-fin-a-la-pratique-des-pays-dorigine-designes.html> [IRCC, « Fin à la pratique des POD »].

loi adoptée en 2012 n'est d'ailleurs pas anodin : on passe de la protection des réfugiés à la protection du système d'immigration⁵⁰². Des chercheuses et chercheurs ont étudié les discours politiques entourant ces événements et ce projet de loi; je présente les grandes lignes de ces analyses qui concernent les représentations des personnes non citoyennes et de ce qu'elles menaceraient⁵⁰³.

Petra Molnar Diop s'intéresse aux discours entourant les demandeuses et demandeurs d'asile roms⁵⁰⁴. Provenant de pays européens, elles et ils sont dépeints par les acteurs gouvernementaux comme étant de « faux réfugiés » qui présentent des demandes frauduleuses et abusent de la générosité du Canada en général et du système de détermination du statut de réfugié en particulier, étant ainsi la cause de ses dysfonctionnements. Selon le ministre de l'Immigration de l'époque, Jason Kenney, la réforme était nécessaire pour protéger le système d'immigration contre les abus notamment des « trafiquants, des faux demandeurs d'asile [...] et des resquilleurs » [ma traduction]⁵⁰⁵. Dans ce type de discours, on oppose ces supposés « faux » réfugiés aux réfugiés de bonne foi et à la générosité du système canadien d'immigration et du Canada.

*[T]he rhetoric of the “bogus” refugee acts as a catalyst for legislative change and shows its profound impact on the creation of a binary between the “deserving good refugees” versus the “irregular uncontrollable asylum seekers,” who are constructed to represent threats to sovereign borders and the nation state.*⁵⁰⁶

Suzanne Huot et ses collègues s'intéressent elles et eux aux manières dont certaines personnes non citoyennes, surtout celles qui demandent l'asile, sont construites comme posant différentes menaces⁵⁰⁷. D'abord, ces personnes menaceraient l'économie en raison d'un trop grand nombre de fraudes dans le système de détermination du statut de réfugié. D'une part, l'examen de ces demandes non fondées coûterait trop cher. D'autre part, ces demandes seraient en fait présentées afin de profiter des différents avantages sociaux auxquels ont accès les personnes qui demandent l'asile. Ces demandes illégitimes représenteraient donc une menace à l'économie en raison des coûts engendrés par le traitement de leurs demandes par le système d'immigration, mais aussi par

⁵⁰² Carver, *supra* note 343 à la p 213.

⁵⁰³ Sur le plan médiatique, voir par ex Di Tomasso, *supra* note 406.

⁵⁰⁴ Molnar Diop, *supra* note 84.

⁵⁰⁵ *Ibid* à la p 74.

⁵⁰⁶ *Ibid*.

⁵⁰⁷ Huot et al, *supra* note 5.

leurs demandes en matière de protection sociale⁵⁰⁸. Ensuite, ces personnes constituent une menace pour l'intégrité du système de protection des réfugiés puisqu'elles prendraient une place qui ne leur revient pas, en doublant des personnes qui présentent des demandes légitimes. On oppose ainsi les personnes qui arrivent de façon irrégulière aux personnes réfugiées réinstallées, qui se feraient doublées et ne pourraient profiter de la protection du Canada. Enfin, les personnes qui ne peuvent prouver leur identité sont présentées comme des menaces pour la sécurité nationale, puisqu'on ne peut faire des vérifications quant à leur passé. Sont alors évoqués des dangers liés à la criminalité et au terrorisme⁵⁰⁹.

Peter Carver dresse une liste des différents stéréotypes concernant les motivations supposées des personnes qui demandent l'asile qui ont été évoqués par le gouvernement Harper pour justifier les modifications apportées au système d'immigration.

[S]everal tropes about the alleged motives of claimants have developed: (1) many claimants are in reality economic migrants, seeking to jump the immigration process by falsely claiming persecution; (2) claimants in Canada often come from "safe countries," where they could and should have claimed asylum, merely because they prefer the work, health and social benefits Canada offers; (3) individuals who lose their initial claims in Canada exploit delays in the domestic legal system to stay in the country an unreasonably long time, seeking to establish themselves so as to make their removal more difficult.⁵¹⁰

Dans un article analysant spécifiquement les débats parlementaires entourant la question de la détention des enfants, Rachel Kronick et Cécile Rousseau examinent entre autres de quelles manières les personnes qui arrivent de façon irrégulière pour demander l'asile sont présentées comme une menace pour la sécurité du Canada⁵¹¹. Plus précisément, le gouvernement les présente comme des « immigrants illégaux » qui « menacent le droit des Canadiens à la sécurité » [ma traduction]⁵¹². Elles sont aussi décrites comme étant des criminels et les autrices notent à cet effet une confusion dans les discours officiels entre les catégories immigrant, réfugié, demandeur d'asile et trafiquant.

⁵⁰⁸ Sous le gouvernement Harper, des inquiétudes concernant la fraude sont par ailleurs exprimées en relation avec plusieurs facettes du système d'immigration (ex. : demandes de parrainage, demandes de citoyenneté, consultants en immigration) : Bonenfant et al, *supra* note 352.

⁵⁰⁹ Voir aussi, au sujet des inquiétudes liées au terrorisme, Neylon, *supra* note 16 à la p 303.

⁵¹⁰ Carver, *supra* note 343 à la p 214.

⁵¹¹ Rachel Kronick et Cécile Rousseau, « Rights, Compassion and Invisible Children: A Critical Discourse Analysis of the Parliamentary Debates on the Mandatory Detention of Migrant Children in Canada » (2015) 28:3 *Journal of Refugee Studies* 1.

⁵¹² *Ibid* à la p 10.

Ces analyses offrent un aperçu des façons dont sont décrits les groupes de personnes non citoyennes considérés comme indésirables, où demeure une confusion entre personnes qui demandent l’asile et celles qui migreraient de façon irrégulière. Au Canada en particulier, les propos dénonçant l’immigration irrégulière concernent souvent, dans les faits, les personnes qui demandent l’asile. Il apparaît assez clairement que les confusions sémantiques autour des notions d’immigration et d’asile servent à créer un migrant d’autant plus indésirable que ses contours restent flous.

Les reproches qu’on leur adresse sont nombreux et variés. De la fraude au terrorisme en passant par la criminalité, on rejoint à la fois les motifs d’inutilité et de danger. De plus, leur présence constituerait une menace pour plusieurs facettes de la société, allant de l’économie à la sécurité nationale en passant par l’intégrité du système d’immigration. La réforme apportée au système d’immigration par le gouvernement conservateur de Stephen Harper et les débats qui l’ont précédée offrent ainsi un exemple de façons dont peuvent se construire les groupes de personnes non citoyennes indésirables, en jouant à la fois sur des notions de danger (ex. : criminalité) qui menace la sécurité du public, voire nationale, et d’inutilité (ex. : fraude) qui menace le système d’immigration ainsi que l’économie prise globalement.

* * *

Dans le contexte actuel, cette vision de l’immigration comme comportant plus de dangers et moins d’utilité motive la mise en place de multiples mécanismes de contrôle et fait dire à David Brotherton et Philip Kretsedemas que nous serions maintenant dans une « ère de la punition » [ma traduction] en matière migratoire⁵¹³.

Les discours désignant certains groupes de personnes non citoyennes comme indésirables ne demeurent cependant pas incontestés. Organismes et particuliers s’opposent à ces discours de diverses manières⁵¹⁴ : des contre-discours sont mis de l’avant⁵¹⁵, des pratiques ancrées dans la solidarité avec ces personnes apparaissent⁵¹⁶, ainsi que des stratégies de résistance et d’organisation

⁵¹³ David C Brotherton et Philip Kretsedemas, dir, *Immigration Policy in the Age of Punishment: Detention, Deportation, and Border Control*, Columbia University Press, 2018.

⁵¹⁴ Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 17.

⁵¹⁵ Plusieurs organisations communautaires et non gouvernementales promeuvent de tels contre-discours au Canada, par exemple le Conseil canadien pour les réfugiés (ccrweb.ca).

⁵¹⁶ Voir par exemple les pratiques d’hospitalité d’individus et de municipalités décrites dans Michel Agier, *L’Étranger qui vient. Repenser l’hospitalité*, Paris, Seuil, 2018 [Agier, *L’Étranger qui vient*]. Dans le même ordre d’idées, au sujet des villes sanctuaires, voir Serin Houston, « Conceptualizing Sanctuary as a Process in the United States » (2019) 109:4 *Geographical Review* 562. Voir également les actions d’organismes comme *No more deaths. No más muertes* (nomoredeaths.org/en/) à la frontière entre les États-Unis et le Mexique.

de la part des personnes ainsi désignées⁵¹⁷. Les sources sur lesquelles cette recherche prend appui témoignent aussi d'une résistance, ou du moins d'une forte remise en question de l'opportunité et du bien-fondé de cette tendance par les milieux communautaires et universitaires.

Néanmoins, si ce « processus de durcissement [des politiques d'immigration] est toujours ambivalent » parce qu'on aménage une certaine ouverture aux personnes non citoyennes jugées utiles, il n'en reste pas moins qu'il y a convergence entre la logique de sécurisation et la logique néolibérale vers une plus grande fermeture des frontières⁵¹⁸. Étant donné la longue histoire qui lie les thèmes de la sécurité et de l'immigration, Catherine Dauvergne souligne que le droit de l'immigration affiche dans ce contexte une certaine réceptivité aux mesures qui découlent de ces logiques⁵¹⁹. Ainsi, entre mondialisation économique et sécurisation, les frontières sont appelées à jouer des rôles bien distincts, que l'on peut illustrer avec l'image d'un filtre, comme nous le verrons dans la section suivante.

2.2. Les mécanismes de contrôle des personnes non citoyennes au Canada

*[T]he reality of 21st-century Canadian border control and migration is that for the vast majority of the world's population, closure is the rule; admission, especially on a permanent basis, is the exception.*⁵²⁰

Les lois et programmes d'immigration visent à la fois l'inclusion de personnes citoyennes en devenir et l'exclusion des personnes non citoyennes indésirables⁵²¹, en ce qu'une de leurs fonctions est de déterminer qui peut être admis sur le territoire et qui doit en être exclu ou expulsé⁵²². Au Canada, c'est le cas depuis le début du vingtième siècle, alors que « [l]es Actes [de l'immigration] de 1906 et de 1910 vont [...] offrir le cadre qui oriente désormais la législation en matière

⁵¹⁷ Voir par exemple l'organisme Solidarité sans frontières (www.solidarityacrossborders.org/), l'exemple des aides familiales au Canada (dans Histoire engagée, « Le travail des aides familiales au Canada » (8 octobre 2019), en ligne : HistoireEngagée.ca <histoireengagee.ca/le-travail-des-aidantes-familiales-au-canada/>) ou l'exemple de l'occupation d'une église en France (dans Walters, « Police of Aliens » *supra* note 125 à la p 287.)

⁵¹⁸ Hamidi et Paquet, *supra* note 32 aux pp 14 et s.

⁵¹⁹ Dauvergne, « Less Brave New World », *supra* note 349 à la p 543.

⁵²⁰ Aiken et al, *supra* note 28 à la p 485.

⁵²¹ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 21.

⁵²² La Cour suprême du Canada reconnaît toutefois que l'entrée en vigueur de la LIPR en 2002 a opéré un « changement d'orientation » dans le droit de l'immigration canadien en faveur de la « sécurité », et ce, au détriment de « l'intégration » : *Medovarski c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51 au para 10, [2005] 2 RCS 539 [*Medovarski*].

d'immigration en définissant les critères de sélection des immigrants "désirables" ou "indésirables" »⁵²³.

Aujourd'hui, différents programmes et mesures découlent de ces fonctions avec, d'un côté, les programmes qui visent la sélection de personnes désignées comme désirables (2.1) et, de l'autre, des mesures qui visent l'exclusion de celles qui sont considérées comme indésirables (2.2). L'intérêt d'examiner les programmes de sélection consiste en ce qu'en traçant les contours de la personne non citoyenne désirable, on révèle du même coup celles qui ne le sont pas. De plus, par la sélection qu'ils opèrent, ces programmes constituent d'une certaine manière un premier moyen d'exclure les personnes jugées indésirables.

Avant de les détailler en prenant appui sur les textes législatifs et réglementaires, la documentation gouvernementale⁵²⁴ et la littérature scientifique, je présente d'abord quelques points de repère au sujet du droit de l'immigration.

Au sein de la fédération canadienne, l'immigration constitue une compétence législative partagée entre le parlement fédéral et les législatures provinciales, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵²⁵. Alors que le Parlement fédéral détient les pouvoirs législatifs concernant la « naturalisation et les aubains »⁵²⁶, les législatures des provinces de même que le Parlement fédéral peuvent « faire des lois relatives à [...] l'immigration »⁵²⁷.

⁵²³ Bonenfant et al, *supra* note 352 à la p 7. À noter qu'avant que ces lois n'offrent un cadre général pour les programmes visant l'ensemble des immigrants, le Parlement avait adopté *Acte de l'immigration chinoise de 1885* (*supra* note 321) qui visait explicitement à restreindre l'immigration chinoise.

⁵²⁴ Camille Hamidi et Mireille Paquet font d'ailleurs remarquer que les « logiques de sécuritisation s'étendent aussi de manière verticale : elles passent par des textes de loi, mais se jouent aussi largement à d'autres niveaux, celui des décrets et des règlements, ainsi que celui des évolutions organisationnelles internes aux administrations » : Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 16. D'où, entre autres, l'intérêt de porter attention aux sources officielles autres que législatives.

⁵²⁵ (R-U) 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

⁵²⁶ *Ibid*, art 91(25).

⁵²⁷ *Ibid*, art 95. En cas de conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, la première sera prépondérante : *ibid*; André Tremblay, *Droit constitutionnel. Principes*, 2^e ed, Montréal, Éditions Thémis, 2000 à la p 222. Voir aussi *Law Society of British Columbia c Mangat*, 2001 CSC 67 au para 52, [2001] 3 RCS 113, où la Cour souligne en outre qu'il « n'est pas facile de distinguer les aspects de la situation juridique des étrangers qui ont trait à l'immigration [relevant donc de l'article 95] de ceux qui n'y ont pas trait [relevant de l'article 91(25)] ».

Depuis les années 1970 dans le cas du Québec⁵²⁸, puis à partir des années 1990 pour les autres provinces⁵²⁹, les autorités fédérales et provinciales formalisent ce partage en concluant différents accords pour convenir de leurs responsabilités respectives. Certaines sont réparties entre les deux, par exemple la sélection des personnes immigrantes, telles que les résidents permanents. Je traite ainsi dans la section 2.1 de programmes d'immigration fédéraux et québécois. D'autres sont du ressort exclusif des autorités fédérales, comme les critères d'accès à la citoyenneté et l'admissibilité des personnes étrangères sur le territoire⁵³⁰. C'est donc le gouvernement fédéral qui est responsable de la mise en œuvre des mesures d'exclusion abordées à la section 2.2.

En guise d'illustration de ce partage, l'*Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains* prévoit que

[I]e Canada détermine les normes et objectifs nationaux relatifs à l'immigration, est responsable de l'admission des immigrants, ainsi que de l'admission et du contrôle des aubains. Il s'acquitte de ces responsabilités, notamment en définissant les catégories générales d'immigrants et les catégories de personnes inadmissibles au pays, en fixant les niveaux d'immigration et les conditions d'attribution de la citoyenneté, et en veillant à l'exécution de ses obligations internationales.⁵³¹

Le Québec est lui responsable de la « sélection, l'accueil et l'intégration »⁵³² des personnes immigrantes à destination de la province. Ainsi, le Québec sélectionne un certain nombre de personnes qui pourront venir s'établir de façon permanente dans la province, mais c'est le Canada qui leur octroie le statut de résidentes permanentes, à condition, entre autres, qu'elles ne soient pas interdites de territoire (autrement dit, à condition qu'elles soient admissibles)⁵³³.

⁵²⁸ Depuis 1971 en ce qui concerne le Québec : Julie Béchar, *Immigration : l'Accord Canada-Québec*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2018, en ligne : <bdp.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/201189E>.

⁵²⁹ Aiken et al, *supra* note 28 à la p 187. La possibilité de conclure de tels accords est par ailleurs mentionnée aux articles 8 et 9 de la LIPR : *supra* note 20. Mireille Paquet désigne ce mouvement comme un processus de fédéralisation de l'immigration : Paquet, *Fédéralisation*, *supra* note 455.

⁵³⁰ Hugues Langlais et Hélène Mayrand, « Introduction » dans Hugues Langlais et Hélène Mayrand, dir, *Droit de l'immigration et de la citoyenneté*, LexisNexis, 2017, 1 à la p 12 [Langlais et Mayrand, « Introduction »]. Au sujet des critères d'accès à la citoyenneté, voir *Loi sur la citoyenneté*, LRC 1985, c C-29, art 5(a) [*Loi sur la citoyenneté*].

⁵³¹ *Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains*, 5 février 1991, art 3. [*Accord Canada-Québec relatif à l'immigration de 1991*]

⁵³² *Ibid.*, art 4

⁵³³ *LIPR*, *supra* note 20, art 9(1)(a); *RIPR*, *supra* note 365, art 70.

Les programmes québécois sont encadrés par la *Loi sur l'immigration au Québec*⁵³⁴ et sont mis en œuvre par le ministère de l'Immigration, de la Francisation et de l'Intégration (MIFI). Au fédéral, c'est la LIPR qui constitue la colonne vertébrale du droit de l'immigration. Son application est principalement le fait de deux ministères. D'une part, le ministère de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté du Canada (IRCC) gère les programmes d'immigration, par exemple la sélection des résidents et résidentes permanentes ou l'émission de visas. D'autre part, les contrôles aux frontières et les mesures d'exécution de la loi, comme la détention ou le renvoi, tombent sous l'autorité du ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile⁵³⁵. L'ASFC, qui relève de ce dernier, constitue l'agence responsable de leur implémentation⁵³⁶.

2.2.1. Choisir les personnes non citoyennes désirables : un aperçu des programmes

La désirabilité des personnes non citoyennes se décline de plusieurs façons. L'existence d'une multitude de programmes d'immigration reflète en quelque sorte ces déclinaisons. Qui plus est, les gouvernements (canadien et provinciaux) y apportent fréquemment des changements, signe d'une certaine malléabilité de cette désirabilité qui, comme l'indésirabilité, évolue au gré du contexte sociohistorique. Au cours des dernières décennies, toutefois, une trame commune semble guider ces modifications, soit celle d'un utilitarisme croissant, en termes avant tout économiques⁵³⁷.

Dans cette section, je m'attarde (sans toutefois m'y limiter) aux grandes lignes de l'évolution récente des programmes d'immigration économique (aux niveaux fédéral et québécois⁵³⁸).

Une façon d'aborder la diversité des programmes d'immigration est de distinguer ceux qui visent à choisir des personnes qui s'établiront de manière permanente (2.1.1.) de ceux qui concernent une immigration temporaire (2.1.2).

⁵³⁴ RLRQ, c I-0.2.1 [*Loi sur l'immigration au Québec*].

⁵³⁵ LIPR, *supra* note 20, art 4.

⁵³⁶ *Loi sur l'ASFC*, *supra* note 354.

⁵³⁷ Ce qui s'inscrit dans une tendance internationale : Ather H Akbari et Martha MacDonald, « Immigration Policy in Australia, Canada, New Zealand, and the United States: An Overview of Recent Trends » (2014) 48:3 *International Migration Review* 801; Sid Ahmed Soussi, « Les flux du travail migrant temporaire et la précarisation de l'emploi : une nouvelle figure de la division internationale du travail ? » (2013) 8:2 *Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail* 145. Pour une perspective historique sur les liens entre régulations des migrations et travail, voir Nandita Sharma, « 'The New Order of Things': Immobility as Protection in the Regime of Immigration Controls » (2017) 9 *Anti-Trafficking Review* 31 [Sharma, « New Order of Things »].

⁵³⁸ Au sujet de l'évolution des programmes d'immigration provinciaux et de l'investissement de ce champ de compétences par les provinces, voir Paquet, *Fédéralisation*, *supra* note 455.

2.2.1.1. Les programmes d'immigration permanente

Il existe trois principales catégories de personnes qui peuvent immigrer de façon permanente et que la LIPR désigne comme résident permanent⁵³⁹. Ces catégories sont celles du regroupement familial⁵⁴⁰, de l'immigration économique⁵⁴¹ et des réfugiés⁵⁴²; chacune se divisant en sous-catégories. À celles-ci s'ajoute un quatrième groupe, moins important en nombre, qui comprend les personnes qui obtiennent la résidence permanente en vertu de critères dits « humanitaires »⁵⁴³.

Le gouvernement fédéral dispose d'un plan des niveaux d'immigration qui prévoit, sur une période de trois ans, les cibles à atteindre pour chacune de ces catégories. Ces cibles sont déterminées après consultations avec les provinces⁵⁴⁴. Selon le plan établi pour les années 2020 à 2022, résumé au tableau 2.1, c'est la catégorie de l'immigration économique qui accapare la part du lion, part qui augmente constamment depuis le milieu des années 1990⁵⁴⁵.

Tableau 2.1 – Plan des niveaux d'immigration 2021-2023 du gouvernement fédéral⁵⁴⁶

Catégories d'immigration	Cibles		
	2021	2022	2023
Économique	232 500	241 500	249 500
Regroupement familial	103 500	103 500	104 500
Réfugiés	59 500	60 500	61 000
Humanitaire et autres	5 500	5 500	6 000
Total	401 000	411 000	421 000

⁵³⁹ LIPR, *supra* note 20, art 12.

⁵⁴⁰ Qui vise les membres de la famille d'une personne citoyenne ou résidente permanente : *ibid*, art 12(1).

⁵⁴¹ Qui « se fait en fonction de [la] capacité [des personnes] à réussir leur établissement économique au Canada » : *ibid* art 12(2).

⁵⁴² Qui concerne à la fois les personnes réfugiées réinstallées à partir de l'étranger ou reconnues comme réfugiée après avoir déposé une demande d'asile au Canada. Au sujet du fonctionnement des programmes de réinstallation au Canada, voir Sandra Elgersma, *La réinstallation des réfugiés – Les engagements d'ordre humanitaire du Canada*, Publication no 2015-11-F, coll En bref, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2015, en ligne : <lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/201511E>.

⁵⁴³ LIPR, *supra* note 20, arts 25 et s.

⁵⁴⁴ *Ibid*, art 10(2).

⁵⁴⁵ Entre 1993 et la fin des années 2000, la part de l'immigration permanente de nature économique est passée de 40% à plus de 60% : David Carey, *Making the Most of Immigration in Canada*, OECD Economics Department Working Papers, 1520, Paris, Organisation for Economic Cooperation and Development, 2018 à la p 37. Voir aussi Ferrer, Picot et Riddell, *supra* note 343 à la p 847.

⁵⁴⁶ Tiré de Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Avis – Renseignements supplémentaires sur le Plan des niveaux d'immigration 2021-2023 », (30 octobre 2020), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/nouvelles/avis/renseignements-supplementaires-niveaux-immigration-2021-2023.html> [IRCC, « Renseignements supplémentaires sur le Plan des niveaux d'immigration 2021-2023 »].

La catégorie de l'immigration économique se subdivise en plusieurs sous-catégories, qui comprennent parfois plusieurs programmes, et combine les cibles des programmes fédéraux et provinciaux.

2.2.1.1.1. *La sélection des travailleurs qualifiés par le gouvernement fédéral*

Pour ce qui est du gouvernement fédéral, la principale sous-catégorie, avec une cible de 108 500 personnes pour l'année 2021, est celle des « Travailleurs hautement qualifiés ». Elle comprend les programmes des travailleurs qualifiés, des travailleurs de métiers spécialisés et de l'expérience canadienne⁵⁴⁷.

Ces trois programmes tombent sous la coupe du système Entrée Express, abordé plus loin. Auparavant, un bref retour historique au sujet du programme des travailleurs qualifiés, le plus ancien des trois, permettra d'illustrer l'utilitarisme croissant qui caractérise l'évolution des programmes d'immigration économique.

C'est en 1967 que le mode de sélection actuel de ce programme, basé sur une grille de pointage, est adopté⁵⁴⁸. On introduit alors un système de points dans lequel, pour être sélectionnée, une personne candidate à l'immigration doit répondre à certains critères concernant par exemple son âge, ses compétences ou son éducation⁵⁴⁹. Un nombre de points est associé à chacun de ces critères et les personnes qui atteignent le seuil minimal se voient octroyer la résidence permanente sur la base d'un système « premier arrivé, premier servi ». Ces changements marquent aussi l'abandon de critères basés sur la race ou le pays d'origine dans la sélection des personnes immigrantes⁵⁵⁰, bien que l'adoption de critères tels que ceux concernant les compétences et l'éducation aient pour effet de désavantager les personnes provenant de pays en voie de développement⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ *Ibid.* Pour une brève description de ces programmes, voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2019*, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, 2020 à la p 17 [IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2019*].

⁵⁴⁸ CP 1967-1616, Gaz C II, 1350; Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 aux pp 360 et s.

⁵⁴⁹ D'abord axé sur les besoins de main-d'œuvre (et révisé conséquemment de façon périodique), le système de pointage met davantage l'emphase, à partir des années 1990, sur des facteurs liés au « capital humain », notamment l'éducation : Ferrer, Picot et Riddell, *supra* note 343 aux pp 849, 852.

⁵⁵⁰ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 350. Le Canada abandonne par exemple en 1962 le recours à la distinction entre pays d'origine « préférés » et « non préférés » dans ses politiques d'immigration : Ferrer, Picot et Riddell, *supra* note 343 à la p 847.

⁵⁵¹ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 357.

Les critères actuels du Programme des travailleurs qualifiés sont prévus par le *RIPR*⁵⁵². Pour se qualifier, la personne qui présente une demande au titre de ce programme doit atteindre 67 points sur un total possible de 100⁵⁵³. Le tableau 2.2 présente les critères et le pointage maximal pour chacun de ceux-ci.

Tableau 2.2 – Grille de sélection du Programme des travailleurs qualifiés⁵⁵⁴

Critères	Nombre de points maximal
Études	25 points
Langues officielles	28 points
Expérience de travail	15 points
Âge	12 points
Emploi réservé ⁵⁵⁵	10 points
Capacité d'adaptation ⁵⁵⁶	10 points
Total	100 points

Jusqu'au 31 décembre 2014, les demandes présentées au titre de ce programme étaient traitées par ordre de réception, jusqu'à ce que les cibles prévues par le plan des niveaux d'immigration soient atteintes. Depuis, elles sont régies par le biais du système Entrée Express, qui introduit un nouveau mode de sélection ainsi qu'une nouvelle grille de pointage.

Ce nouveau système de sélection a été mis sur pied dans l'objectif d'un traitement plus rapide des dossiers les plus prometteurs en matière d'intégration sur le plan économique⁵⁵⁷. Il offre aussi une flexibilité accrue, puisqu'il repose largement sur des instructions ministérielles, un instrument

⁵⁵² *RIPR*, *supra* note 365, arts 76 et s.

⁵⁵³ Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Les six critères de sélection – Programme des travailleurs qualifiés (fédéral) (Entrée express) » (19 septembre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/immigrer-canada/entree-express/admissibilite/travailleurs-qualifies-federal/six-criteres-selection-travailleurs-qualifies-federal.html> [IRCC, « Les six critères de sélection »]. Le seuil minimal à atteindre est désigné par le ministre en fonction de critères réglementaires : *RIPR*, *supra* note 365, art 76(2).

⁵⁵⁴ *RIPR*, *supra* note 365, arts 76 et s.

⁵⁵⁵ Se rapporte à une « offre d'emploi au Canada pour un travail à temps plein continu » : *ibid*, art 82(1).

⁵⁵⁶ Ce critère s'évalue en fonction de la compétence linguistique du ou de la conjoint.e, d'expérience de travail au Canada, d'études au Canada, la présence de parenté au Canada ou le fait d'avoir une offre d'emploi : *ibid*, art 83.

⁵⁵⁷ Carey, *supra* note 545 à la p 38.

juridique dont le processus d'adoption s'avère plus simple, plus rapide – et plus opaque – qu'une modification réglementaire⁵⁵⁸.

Désormais, la personne qui veut immigrer au Canada au titre de l'un des programmes d'immigration économique qui tombent sous la coupe du système Entrée Express doit commencer par soumettre une déclaration d'intérêt, dans laquelle elle indique certains renseignements concernant par exemple ses diplômes d'études ou ses compétences linguistiques⁵⁵⁹. Sa candidature est ensuite évaluée selon les critères du programme pertinent⁵⁶⁰. Si les critères minimaux sont remplis, la candidature est versée dans une banque de données, le « bassin du système entrée express »⁵⁶¹. La candidature est alors classée par rapport aux autres selon un « système de classement global », prévu par instructions ministérielles et basé sur une grille de pointage distincte de celles des programmes d'immigration⁵⁶², élaborée en fonction des perspectives d'intégration au marché du travail⁵⁶³. Elle est résumée au tableau 2.3 :

⁵⁵⁸ Les instructions ministérielles sont prises par le ministre de l'Immigration et publiées sur le site Internet d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada et, dans certains cas, dans la Gazette du Canada : voir par ex *LIPR*, *supra* note 20, art 10.3(4). En date de novembre 2021, les « Instructions ministérielles concernant le système Entrée Express » en sont à leur dixième version depuis le 1^{er} décembre 2014 : Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Instructions ministérielles concernant le système Entrée Express » (28 juin 2021), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/instructions-ministerielles/systeme-gestion-demandes-entree-express.html> [IRCC, « Instructions ministérielles, Entrée Express »]. Les modifications réglementaires doivent suivre un processus plus exigeant : voir Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, « Directive du Cabinet sur la réglementation » (2018), en ligne : <www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/gestion-reglementation-federale/lignes-directrices-outils/directive-cabinet-reglementation.html>. Pour une critique du recours aux instructions ministérielles, voir par ex Association du Barreau canadien, « Instructions ministérielles », résolution 12-06-A, août 2012, en ligne : <www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2012/Ministerial-Instructions/12-06-A-ct.pdf>.

⁵⁵⁹ *LIPR*, *supra* note 20, art 10.1(3); Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Instructions ministérielles pour le système de gestion des demandes Entrée Express - actuelles » (28 juin 2021), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/instructions-ministerielles/systeme-gestion-demandes-entree-express/actuelles.html>, art 3(3) [IRCC, « Instructions ministérielles, Entrée Express – Actuelles »].

⁵⁶⁰ IRCC, « Instructions ministérielles, Entrée Express – Actuelles », *supra* note 559, art 5(1).

⁵⁶¹ *Ibid*, art 4(1).

⁵⁶² *Ibid*, arts 8 et s.

⁵⁶³ Carey, *supra* note 545 à la p 38.

Tableau 2.3 – Grille de pointage du système Entrée Express⁵⁶⁴

Facteurs		Pointage maximal	
		Avec conjoint	Sans conjoint
A. Facteurs de base / du capital humain (max : 460 ou 500 points)			
	Âge	100	110
	Niveau de scolarité	140	150
	Maîtrise d'une langue officielle	150	160
	Expérience de travail au Canada	70	80
	Total	460	500
B. Facteurs liés au conjoint (max. : 40 points)			
	Niveau de scolarité	10	S.O.
	Maîtrise d'une langue officielle	20	S.O.
	Expérience de travail au Canada	10	S.O.
C. Facteurs liés à la transférabilité des compétences (max. : 100 points)			
	Scolarité	50	50
	Expérience de travail à l'étranger	50	50
	Certificat de compétence	50	50
Total maximal (A+B+C) : 600 points			
D. Points en prime (max. : 600 points)			
	Frère ou sœur vivant au Canada	15	15
	Compétences linguistiques en français	50	50
	Études postsecondaires effectuées au Canada	30	30
	Emploi réservé	200	200
	Désignation comme candidat d'une province ou d'un territoire (sauf le Québec ⁵⁶⁵)	600	600
Grand total maximal (A+B+C+D) : 1200 points			

⁵⁶⁴ Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Critères du Système de classement global (SCG) – Entrée express » (11 janvier 2021), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/immigrer-canada/entree-express/admissibilite/criteres-systeme-classement-global/grille.html> [IRCC, « Critères du Système de classement global »].

⁵⁶⁵ Les provinces et les territoires, à l'exception du Québec, peuvent recourir au système Entrée Express pour leurs programmes et procédures d'immigration respectives. Pour plus d'informations, voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Fonctionnement du Programme des candidats des provinces (PCP) » (17 octobre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/immigrer-canada/candidats-provinces/fonctionnement.html>.

Les personnes qui se classent favorablement dans le système de classement global sont alors invitées, par IRCC, à soumettre une demande de résidence permanente⁵⁶⁶. Le nombre d'invitations à envoyer par programme est décidé sur une base régulière, par instructions ministérielles⁵⁶⁷. La personne invitée soumet par la suite sa demande de résidence permanente; elle ne peut donc le faire qu'après y avoir été invitée⁵⁶⁸. Si après un an une personne n'a pas été invitée à présenter une demande, sa déclaration d'intérêt n'est plus valide⁵⁶⁹.

Donc, dans le cadre du système Entrée Express, dont les critères sont plus malléables que les critères réglementaires du programme des travailleurs qualifiés, le gouvernement canadien peut s'assurer de n'inviter que les personnes qui obtiennent un pointage élevé, peu importe le moment où elles ont déclaré leur intérêt, plutôt que d'accepter toutes les personnes qui atteignent le seuil minimal en vertu de la grille de pointage du Programme des travailleurs qualifiés. Le Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2019 souligne notamment qu'en raison des besoins de main-d'œuvre, « la majeure partie des nouveaux arrivants au Canada passent par la catégorie de l'immigration économique » et que le Canada, à cet égard, mise sur les personnes « qui possèdent le capital humain le plus élevé et qui répondent aux besoins économiques actuels »⁵⁷⁰.

2.2.1.1.2. La sélection des travailleurs qualifiés par le gouvernement du Québec

Le Québec s'est doté d'un système de sélection similaire au système Entrée Express. Comme mentionné dans les notes explicatives de la loi mettant en place le système Arrima, on

introduit un modèle basé sur la déclaration d'intérêt d'un ressortissant étranger qui permet de constituer une banque de candidatures et de choisir, selon des critères d'invitation déterminés par le ministre, celles qui répondent le mieux aux besoins du Québec. [je souligne]⁵⁷¹

⁵⁶⁶ LIPR, *supra* note 20, art 10.2(1)(b).

⁵⁶⁷ Voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Instructions ministérielles. Instructions ministérielles concernant l'invitation à présenter une demande de résidence permanente dans le cadre du système Entrée express #139 – le 18 mars 2020 » (20 mars 2020), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/instructions-ministerielles.html#mi-pr-express>.

⁵⁶⁸ LIPR, *supra* note 20, art 10.1(1).

⁵⁶⁹ IRCC, « Instructions ministérielles, Entrée Express – Actuelles », *supra* note 559, art 4(1)(b).

⁵⁷⁰ IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2019*, *supra* note 547 à la p 8. Dans ce même rapport, on y présente d'ailleurs le système Entrée Express comme un « système de sélection adapté aux besoins économiques du Canada » : *ibid.*

⁵⁷¹ PL 77, *Loi sur l'immigration au Québec*, 1^{re} sess, 41^e lég, Québec, 2016 (sanctionné le 6 avril 2016), LQ 2016, c 3.

Ce système succède à un système de sélection similaire à celui qui existait au niveau fédéral, soit une sélection effectuée par ordre de réception des demandes et basée sur une grille de pointage⁵⁷². Il concerne les personnes qui désirent immigrer au Québec dans le cadre du Programme régulier des travailleurs qualifiés⁵⁷³.

La personne intéressée doit commencer par soumettre une déclaration d'intérêt dans laquelle elle indique certains renseignements, déclaration qui est ensuite versée dans une banque⁵⁷⁴. Les personnes sont par la suite invitées à présenter une demande de sélection, sur la base de critères d'invitation qui sont établis par le ministre⁵⁷⁵. À cette fin, il peut également procéder à un classement des candidatures⁵⁷⁶.

À titre d'exemple, un arrêté ministériel du 22 octobre 2019 prévoit un classement des candidatures en fonction de neuf critères ainsi que des critères d'invitation⁵⁷⁷. La décision indique que le « ministre peut inviter un ressortissant étranger à présenter une demande de sélection » selon le classement obtenu, selon la région où la personne veut s'établir ou selon des critères qui concernent les études, le travail et les compétences professionnelles, comme le fait d'avoir une offre d'emploi⁵⁷⁸.

Ces changements semblent ainsi participer d'un mouvement dans lequel les gouvernements cherchent à pouvoir exercer un choix encore plus pointu des candidates et candidats à l'immigration, souvent motivé par le désir de répondre aux besoins du marché du travail⁵⁷⁹. Dans

⁵⁷² Prévue par le *Règlement sur la pondération applicable à la sélection des ressortissants étrangers*, RLRQ, c I-0.2.1, r 4.

⁵⁷³ Et ce, en date du 23 mars 2020 : *Règlement sur l'immigration au Québec*, RLRQ, c I-0.2.1, r 3, art 25.

⁵⁷⁴ *Loi sur l'immigration au Québec*, RLRQ, c I-0.2.1, arts 42 et s [*Loi sur l'immigration au Québec*].

⁵⁷⁵ *Ibid*, arts 44 et 45. La loi prévoit qu'un « critère d'invitation peut être un pointage, une condition ou un critère de sélection ou tout autre critère relatif à la capacité d'un ressortissant étranger à séjourner ou à s'établir au Québec avec succès, tel un métier, une profession ou une formation. En outre, un tel critère d'invitation peut notamment être une région de destination au Québec, un pays ou une région affecté par une crise humanitaire ou l'existence d'un engagement international » : *ibid*, art 44.

⁵⁷⁶ *Ibid*.

⁵⁷⁷ Les critères de classement sont « l'âge; [...] Les critères applicables à l'époux ou au conjoint de fait; [ex. : maîtrise du français, niveau de scolarité] Le diplôme du Québec; [...] L'expérience de travail au Canada ou aux États-Unis; [...] La formation dans un domaine en demande selon la Liste des domaines de formation publiée par le ministre; [...] La maîtrise du français; [...] Les autres connaissances linguistiques; [...] Le niveau de scolarité; [...] Le potentiel de transfert des compétences [qui sont des combinaisons de critères] » : *Décision concernant les critères, les groupes de critères et le classement sur la base desquels le ministre invite un ressortissant étranger à présenter une demande de sélection à titre permanent dans le cadre du Programme régulier des travailleurs qualifiés*, AM 2019-006, (2019) GOQ II, 4454A, art 2. La décision n'indique toutefois pas le pointage de chacun de ces critères.

⁵⁷⁸ *Ibid*, art 3.

⁵⁷⁹ Rémy Paulin-Twahirwa, « En matière d'immigration, le Québec fait cause commune avec les grandes orientations fédérales » (sans date), en ligne : Webzine Vivre ensemble <cfj.qc.ca/vivre-ensemble/webzine/article/en-matiere-

le cas du gouvernement du Québec, on entend aussi augmenter la proportion de personnes relevant de la catégorie de l'immigration économique (au détriment des catégories des personnes réfugiées et du regroupement familial), comme indiqué dans le *Plan d'immigration du Québec 2020*⁵⁸⁰. On y exprime par ailleurs à plusieurs reprises la volonté d'arrimer l'immigration aux besoins de main-d'œuvre. La réforme proposée, puis suspendue, du Programme de l'expérience québécoise à l'automne 2019 en constitue un exemple éloquent : on avait resserré les critères du programme dans le but explicite de répondre aux besoins des employeurs⁵⁸¹.

Cette tendance vers une conception davantage utilitariste de l'immigration, dans le sens où l'immigration doit servir des intérêts d'abord économiques, apparaît plus nettement lorsque l'on s'attarde à l'évolution du recours croissant aux programmes d'immigration temporaire.

2.2.1.2. Les programmes d'immigration temporaire

À l'instar des programmes d'immigration permanente, on retrouve de nombreux programmes d'immigration temporaire, fédéraux comme provinciaux. On peut les diviser en trois grandes catégories, soit les personnes qui viennent à des fins de visite (comme le tourisme)⁵⁸², d'études ou de travail⁵⁸³. Je me penche brièvement dans cette section sur cette dernière catégorie du travail, puisqu'elle se trouve au cœur de transformations importantes des programmes d'immigration, au Canada comme à l'international. En effet, ces programmes chercheraient désormais moins à « favoriser l'immigration permanente » qu'à « encadrer la mobilité » des travailleurs et travailleuses temporaires⁵⁸⁴.

dimmigration-le-quebec-fait-cause-commune-avec-les-grandes-orientations-federales/>. À titre d'exemple, le titre de la plus récente réforme législative se lit comme suit : *Loi visant à accroître la prospérité socio-économique du Québec et à répondre adéquatement aux besoins du marché du travail par une intégration réussie des personnes immigrantes* (PL 9, 1^{re} sess, 42^e lég, Québec, 2019 (sanctionné le 16 juin 2019), LQ 2019, c 11).

⁵⁸⁰ Ministère de l'Immigration, de la francisation et de l'intégration, *Plan d'immigration du Québec 2020*, Ministère de l'Immigration, de la francisation et de l'intégration, 2019 à la p 5.

⁵⁸¹ Radio-Canada, « Québec rétablit les anciennes règles du Programme de l'expérience québécoise » (14 novembre 2019), en ligne : [ici.radio-canada.ca <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1389531/quebec-retablit-les-anciennes-regles-du-programme-de-l-experience-quebecoise>](http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1389531/quebec-retablit-les-anciennes-regles-du-programme-de-l-experience-quebecoise).

⁵⁸² Qui doivent obtenir une autorisation de voyage électronique ou un visa de résident temporaire (à moins d'une exemption). Ces mesures sont présentées plus bas, en tant que mécanisme d'exclusion : voir la section 2.2.2.1, ci-dessous.

⁵⁸³ C'est ainsi qu'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada présente ces programmes : IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2019*, *supra* note 547 à la p 13.

⁵⁸⁴ Soussi, *supra* note 537 à la p 154. Pour cet auteur, « il est ainsi moins question de "flux migratoires" que de "flux du travail migrant temporaire" » : *ibid* à la p 146. Voir aussi Charles Fleury, Danièle Bélanger et Guillaume

Au fédéral⁵⁸⁵, il existe deux grands programmes de travail temporaire⁵⁸⁶. Le premier est le Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET), qui concerne entre autres le travail agricole et d'autres emplois pour lequel une étude d'impact sur le marché du travail (EIMT) est requise. Une EIMT est un document que doit obtenir l'employeur auprès du ministère de l'Emploi et du Développement social et qui démontre qu'il est nécessaire de recourir à un travailleur étranger pour occuper un emploi donné puisque personne au Canada n'est disponible pour ce faire⁵⁸⁷.

Le deuxième programme est le Programme de mobilité internationale (PMI), pour lequel une EIMT n'est pas nécessaire⁵⁸⁸. Il s'agit par exemple d'emplois visés par des accords de libre-échange, qui servent des « intérêts canadiens » ou pour des personnes comme des demandeurs d'asile qui n'ont pas d'autres moyens de subsistance⁵⁸⁹.

En 2019, 98 310 permis de travail ont été délivrés dans le cadre du PTET et 306 797 dans le cadre du PMI⁵⁹⁰. Pour la même année, 186 352 personnes ont été admises comme résidentes permanentes dans la catégorie de l'immigration économique, pour un total de 321 035 résidents permanents (incluant donc les catégories du regroupement familial, des réfugiés et humanitaire). Sur le plan statistique, le tableau 2.4 illustre l'augmentation rapide du nombre de personnes titulaires d'un permis de travail temporaire depuis l'an 2000, qui dépasse maintenant largement le nombre

Haemmerli, « Les travailleurs étrangers temporaires au Canada : une sous-classe d'employés ? » (2018) 47:1 Cahiers québécois de démographie : revue internationale d'étude des populations 81 à la p 82. Un recours accru à la migration temporaire est également constaté dans des pays comme l'Australie et la Nouvelle-Zélande : Akbari et MacDonald, *supra* note 537.

⁵⁸⁵ Étant donné que, dans leurs principaux aspects, les programmes de travail temporaire fédéraux et québécois sont similaires, je ne traiterai que des premiers.

⁵⁸⁶ Pour une analyse de la récente évolution de ces programmes, voir Tyler Chartrand et Leah F Vosko, « Canada's Temporary Foreign Worker and International Mobility Programs: Charting Change and Continuity Among Source Countries » (2021) 59:2 *International Migration* 89.

⁵⁸⁷ Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Qu'est-ce qu'une étude d'impact sur le marché du travail? » (28 janvier 2020), en ligne : <www.cic.gc.ca/francais/centre-aide/reponse.asp?qnum=163&top=17>. Les facteurs devant être pris en compte dans l'EIMT sont prévus par règlement : RIPR, *supra* note 365, arts 203(1)(b), 203(3). Il peut s'agir de facteurs « comme les salaires, les conditions de travail et la disponibilité de Canadiens ou de résidents permanents pour faire le travail en question, ainsi que la probabilité qu'un transfert de compétences et de connaissances s'ensuive de la confirmation du travailleur étranger et que le travail crée d'autres emplois au profit des Canadiens et des résidents permanents » : Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Programme des travailleurs étrangers temporaires : Aperçu de l'étude d'impact sur le marché du travail » (14 novembre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/publications-guides/bulletins-guides-operationnels/residents-temporaires/travailleurs-etrangers/codes-dispense/apercu.html>.

⁵⁸⁸ RIPR, *supra* note 365, arts 200(1), 203(1).

⁵⁸⁹ *Ibid*, arts 204–208.

⁵⁹⁰ Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2020*, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, 2020 à la p 16 [IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2020*].

d'admissions dans la catégorie immigration économique des résidents permanents, de même que le nombre total d'admissions au titre de la résidence permanente.

Tableau 2.4 – Admissions au titre de la résidence permanente et titulaires de permis de travail temporaire (2000-2019)⁵⁹¹

Année / Catégorie d'immigration	2000	2005	2010	2015	2019
RP – Écon.	136 299	156 310	186 938	170 375	196 658
RP – Total	227 463	262 236	280 688	271 816	341 180
PTET	22 752	43 998	95 813	60 097	98 310
PMI	44 118	73 780	158 993	249 472	306 797
TET – Total	66 780	117 778	254 806	309 569	405 107

Sans m'étendre sur l'importante question de la précarité des personnes titulaires de permis de travail temporaire⁵⁹², il m'apparaît néanmoins important de souligner que certaines des conditions qui sont rattachées à différents programmes de travail temporaire ont été décrites et dénoncées comme créant une main-d'œuvre « non libre [...] et corvéable [...] à merci »⁵⁹³ et favorisant divers types d'abus⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Statistiques tirées de Citoyenneté et Immigration Canada, *Faits et chiffres 2005. Aperçu de l'immigration. Résidents permanents et temporaires*, Ottawa, Citoyenneté et Immigration Canada, 2006 à la p 3 [CIC, *Faits et chiffres 2005*]; IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2020*, supra note 547 aux pp 16 et s. Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Faits et chiffres 2016, Aperçu de l'immigration – Résidents temporaires*, sans date aux pp 6–7, en ligne : <www.cic.gc.ca/opendata-donneesouvertes/data/Faits_et_chiffres_2016_RP_FR.pdf>; Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Faits et chiffres 2016, Aperçu de l'immigration – Résidents permanents*, sans date à la p 5, en ligne : <www.cic.gc.ca/opendata-donneesouvertes/data/Faits_et_chiffres_2016_RP_FR.pdf>.

⁵⁹² Illustrée par exemple par Mylène Coderre-Proulx et Delphine Nakache, « Le Programme de mobilité internationale : enjeux de précarité et d'inégalités parmi les jeunes travailleuses et travailleurs migrants », sans date, en ligne : Webzine Vivre ensemble <cjf.qc.ca/vivre-ensemble/webzine/article/le-programme-de-mobilite-internationale-enjeux-de-precarite-et-dinegalites-parmi-les-jeunes-travailleuses-et-travailleurs-migrants/>.

⁵⁹³ Soussi, supra note 537 à la p 154. Dans un même ordre d'idées, Fleury et al notent « que les travailleurs temporaires jouissent, globalement, d'un revenu d'emploi inférieur à celui des immigrants économiques » : Fleury, Bélanger et Haemmerli, supra note 584 à la p 83.

⁵⁹⁴ Voir par ex Akbari et MacDonald, supra note 537 à la p 809; Castracani, supra note 12; Faraday, supra note 12; Jannard, *Entre vulnérabilisation et revictimisation*, supra note 401; Migrant Workers Alliance for Change, *Unheeded Warnings: Covid-19 & Migrant Workers in Canada*, Migrant Workers Alliance for Change, 2020, en ligne : <migrantworkersalliance.org/wp-content/uploads/2020/06/Unheeded-Warnings-COVID19-and-Migrant-Workers.pdf>; Migrant Workers Alliance for Change, *Care Worker Voices for Landed Status and Fairness*, 2018, en ligne : <migrantrights.ca/wp-content/uploads/2018/11/Care-Worker-Voices-for-Landed-Status-and-Fairness.pdf>.

L'évolution récente des programmes d'immigration permanente et temporaire au Canada et au Québec s'inscrit dans une tendance constatée dans d'autres pays : emphase sur l'immigration économique au détriment d'autres classes d'immigration permanente, comme le regroupement familial, les personnes réfugiées et l'immigration humanitaire, ainsi que recours accru à la migration temporaire pour combler les besoins de main-d'œuvre⁵⁹⁵. Ather Akbari et Martha MacDonald soulignent également le changement apporté aux critères de sélection de l'immigration économique, passant d'un accent sur des facteurs de capital humain vers une sélection plus soucieuse des besoins du marché⁵⁹⁶.

Cette tendance dénote un utilitarisme croissant de l'immigration : l'utilité des personnes immigrantes, dans le sens présenté dans le premier chapitre, se confine toujours davantage à la sphère économique. Nandita Sharma soutient ainsi que le recours croissant à l'immigration de travail temporaire semble viser l'augmentation de la main-d'œuvre disponible tout en ne s'encombrant pas des obligations qui découlent de l'octroi de la citoyenneté⁵⁹⁷.

L'apport de l'immigration se conçoit ainsi d'abord en termes économiques; pour les personnes qui ont la possibilité d'immigrer de façon permanente au Canada, la porte d'entrée privilégiée est maintenant celle du marché du travail⁵⁹⁸. Les personnes qui ne répondent pas aux critères des différents programmes d'immigration économique sont alors *de facto* exclues, à moins qu'elles ne

Jeanne Ollivier-Gobeil, *Les nouvelles formes de servitude et le rôle du droit: le cas de la privation de mobilité des travailleurs agricoles migrants au Canada*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018; Perry, *supra* note 467.

⁵⁹⁵ Akbari et MacDonald, *supra* note 537 à la p 811; Frédérick Guillaume Dufour et Mathieu Forcier, « Immigration, néoconservatisme et néolibéralisme après la crise de 2008: le nouveau régime de citoyenneté canadien à la lumière des trajectoires européennes » (2015) 52 *Revue Interventions économiques*, en ligne : <<http://interventionseconomiques.revues.org/2514>>; Fleury, Bélanger et Haemmerli, *supra* note 584 à la p 82; Bonenfant et al, *supra* note 352 à la p 23.

⁵⁹⁶ Akbari et MacDonald, *supra* note 537 à la p 818. Dans le *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2019*, on précise que, « [d]ans l'avenir, le succès économique du Canada dépendra, en partie, d'un système d'immigration qui contribue à faire en sorte que les personnes possédant les bonnes compétences soient au bon endroit, au bon moment, afin de répondre aux besoins changeants du marché du travail » [je souligne] : IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2019*, *supra* note 547 à la p 12.

⁵⁹⁷ Nandita Sharma, « Freedom to Discriminate: A National State Sovereignty and Temporary Migrant Workers in Canada » dans Gökçe Yukardul et Y. Michal Bodemann (dir), *Citizenship and Immigrant Incorporation. Comparative Perspectives on North America and Western Europe*, New York, Palgrave MacMillan, 2007, 163 cité dans Akbari et MacDonald, *supra* note 537 à la p 811.

⁵⁹⁸ Dans le *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2019*, l'augmentation des cibles d'immigration est présentée comme « nécessaire pour que notre économie continue de croître et puisse compter sur une main-d'œuvre diversifiée et qualifiée afin d'être concurrentielle à l'échelle mondiale » : IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2019*, *supra* note 547 à la p 2. Certaines personnes qui viennent travailler ou étudier au Canada dans le cadre d'un programme d'immigration temporaire ont toutefois la possibilité de faire une demande de résidence permanente : voir par ex *ibid* à la p 15.

se qualifient au titre d'autres programmes (ex. : regroupement familial, réinstallation de personnes réfugiées, études, tourisme). Pour celles qui y répondent, la LIPR prévoit en outre qu'elles ne doivent pas être interdites de territoire⁵⁹⁹, les interdictions de territoire constituant une sorte de clef de voute des mécanismes de contrôle des personnes non citoyennes indésirables, décrits à la section suivante.

2.2.2. Contrôler les personnes non citoyennes indésirables

L'émergence de groupes de personnes non citoyennes indésirables appelle et légitime la mise en place de mécanismes de contrôle visant à parer aux différentes menaces qu'elles incarnent⁶⁰⁰. Pour mémoire, je conçois deux types de mécanismes de contrôle, ceux qui visent l'exclusion d'un indésirable d'un espace social donné (en lui interdisant l'entrée ou en l'en expulsant) et ceux qui visent sa réforme, par l'atténuation de son indésirabilité⁶⁰¹.

Avant d'aborder en détails la détention dans la section suivante, je présenterai les principaux mécanismes auxquels recourt le Canada pour exclure les personnes non citoyennes indésirables. Je les divise en deux ensembles, suivant la typologie des mécanismes d'exclusion présentée dans le premier chapitre. Les premiers visent à prévenir l'entrée de ces personnes sur le territoire (2.2.1.), les seconds à expulser celles qui s'y trouvent (2.2.2.)⁶⁰². Il serait en effet faux de croire que les mécanismes de contrôle visant les personnes non citoyennes ne se déploient qu'aux frontières géographiques, ils s'étendent de part et d'autre des frontières, pour former ce que Sharon Pickering et Leanne Weber nomment le « contrôle transversal » [ma traduction]⁶⁰³ des frontières.

⁵⁹⁹ LIPR, *supra* note 20, arts 21(1), 22(1); RIPR, *supra* note 365, arts 72(1), 179. La personne qui fait une demande doit aussi parfois « se soumettre à une visite médicale » : LIPR, *supra* note 20, art 16(2).

⁶⁰⁰ Bhui, *supra* note 369 à la p 4.

⁶⁰¹ Voir la section 1.1.3, ci-dessus.

⁶⁰² Il existe également des mécanismes qui soutiennent ces deux fonctions, comme les interdictions de territoire (détaillées plus bas) ou la détention (mécanisme retenu dans cette étude de cas), utilisée à la fois pour contrôler l'entrée et assurer l'expulsion.

⁶⁰³ Qui résulte des « de l'intersection des nombreuses pratiques de contrôle des frontières » [ma traduction] qui prennent place de part et d'autre de ces frontières : Sharon Pickering et Leanne Weber, « Policing Transversal Borders » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment*, Oxford University Press, 2013, 93 à la p 94.

2.2.2.1. Prévenir l'entrée

Le Canada déploie une multitude de moyens pour faire en sorte que les personnes non citoyennes considérées comme indésirables n'atteignent ou n'entrent jamais sur son territoire, comme la majorité des pays du Nord global qui constituent des pays de destination⁶⁰⁴. Parmi celles-ci, les personnes qui demandent d'asile sont l'objet d'une attention particulière puisqu'une fois arrivées aux frontières, les obligations internationales du Canada (mises en œuvre par la LIPR) empêchent les autorités de les expulser ou, dans le langage du droit international, de les refouler⁶⁰⁵.

2.2.2.1.1. Repousser la frontière au-delà de la frontière

Plusieurs de ces mesures s'inscrivent dans ce qui est nommé la « stratégie des frontières multiples »⁶⁰⁶, présentée de la façon suivante dans la *Déclaration d'entente mutuelle sur l'échange d'information* entre les autorités migratoires du Canada et des États-Unis :

Le Canada et les États-Unis adoptent une approche régionale en matière de migrations fondée sur la Stratégie des frontières multiples. Dans la Stratégie des frontières multiples, la frontière n'est pas considérée comme un simple tracé géopolitique mais plutôt comme un continuum de points de contrôle le long d'un parcours allant du pays d'origine au Canada ou aux États-Unis. Chacun des points de contrôle de ce continuum — contrôle de visas, enregistrement à l'aéroport, points d'embarquement, points de transit, aéroports et ports maritimes internationaux, et frontière canado-américaine — donne aux Participants [le Canada et les États-Unis] l'occasion de relier la personne aux documents et aux renseignements connus [je souligne].⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ Ce phénomène est parfois décrit comme l'« externalisation des frontières ». Voir par ex Aas, « Ordered and the Bordered Society », *supra* note 336; Akbari et MacDonald, *supra* note 537; Arbel et Brenner, *supra* note 11; Idil Atak et François Crépeau, « Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges » (2014) 3:5 *European Journal of Human Rights* 591; FitzGerald, *supra* note 11; Judith Gleeson, « Progress towards a Common European Asylum System? The Migration Crisis in Europe » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018, 340; Jennifer Hyndman et Alison Mountz, « Another Brick in the Wall? Neo-Refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe » (2008) 43:2 *Government and Opposition* 249; Danièle Lochak, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique » (2013) 144:1 *Pouvoirs* 33 à la p 47 [Lochak, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? »]; Pauline Maillet, Alison Mountz et Kira Williams, « Exclusion Through Imperio: Entanglements of Law and Geography in the Waiting Zone, Excised Territory and Search and Rescue Region » (2018) 27:2 *Social & Legal Studies* 142; Pickering et Weber, *supra* note 603.

⁶⁰⁵ Il s'agit de l'obligation de non-refoulement : *Convention relative au statut des réfugiés*, *supra* note 310, art 33; LIPR, *supra* note 20, arts 115, 49(2). Pour un aperçu des politiques visant les personnes demandant l'asile, voir Dauvergne, *Making People Illegal*, *supra* note 409 aux pp 50 et s.

⁶⁰⁶ Pour une présentation exhaustive de cette stratégie, voir Arbel et Brenner, *supra* note 11 aux pp 29 et s.

⁶⁰⁷ Citoyenneté et Immigration Canada, Immigration and Naturalization Service et Department of State, *Déclaration d'entente mutuelle sur l'échange d'information*, 19 février 2003, en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/ententes/declaration-entente-echange-information/declaration.html>.

Comme mentionné, ce type de stratégies n'est pas unique au Canada, dont l'approche en cette matière est intimement liée à l'élaboration, avec les États-Unis, d'un périmètre de sécurité commun, dont certaines composantes relèvent du domaine de l'immigration⁶⁰⁸. Ce n'est donc pas un hasard si on retrouve cette description de la stratégie canadienne dans un accord entre le Canada et les États-Unis⁶⁰⁹.

On cherche donc, par différents moyens, souvent décrits comme des mesures d'interdiction⁶¹⁰ ou d'immobilisation⁶¹¹, à repousser la « frontière au-delà des limites géographiques du continent, de façon à identifier et intercepter les voyageurs illégaux et indésirables le plus loin possible de l'Amérique du Nord » [ma traduction]⁶¹².

L'imposition d'une autorisation de voyage électronique (AVE) ou d'un visa pour les personnes provenant de certains pays constitue la première de ces mesures. Un visa ou une AVE est un document émis par les autorités du pays de destination ou un cachet apposé dans un passeport qui atteste que son ou sa titulaire est autorisée à entrer sur son territoire⁶¹³. Sauf exception, sa possession constitue une obligation lors de l'entrée au Canada pour toutes les personnes qui veulent devenir résidentes permanentes⁶¹⁴ ou temporaires⁶¹⁵.

À titre d'exemple, à moins d'en être exemptées, les personnes qui veulent venir au Canada à des fins touristiques doivent au préalable soumettre une demande de visa, dans le cadre de laquelle elles doivent démontrer certains éléments, notamment le fait qu'elles « quitter[ont] le Canada à la

⁶⁰⁸ Voir, à ce sujet, Christopher G Anderson, « Out of Sight, Out of Mind: Electronic Travel Authorization and the Interdiction of Asylum Seekers at the Canada–US Security Perimeter » (2017) 47:4 *American Review of Canadian Studies* 385 aux pp 388 et s [Anderson, « Out of Sight, Out of Mind »].

⁶⁰⁹ Peu de documents officiels canadiens et accessibles en font mention. Anderson souligne par ailleurs que, dans ce cadre bilatéral, le Canada a souvent assumé un rôle de leadership en matière d'interdiction des personnes réfugiées : *ibid.* Voir aussi Arbel et Brenner, *supra* note 11 aux pp 24 et s.

⁶¹⁰ Voir par ex *ibid.* à la p 23. Certains auteurs et autrices désignent ce type de mesures (visas, passeports, vérifications préembarquement) comme étant des mesures de « remote control », de contrôle à distance : FitzGerald, *supra* note 604 à la p 4.

⁶¹¹ Weber et Bowling, *supra* note 67.

⁶¹² Office of the Auditor General of Canada, *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons. Chapter 5 - Citizenship and Immigration Canada - Control and Enforcement*, Ottawa, Office of the Auditor General of Canada, 2003 à la p 8, cité par Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 25.

⁶¹³ Le dictionnaire Larousse définit ainsi un visa : « Cachet authentique, valant autorisation de séjour, apposé sur un passeport par les services diplomatiques (ambassade, consulat ou représentation) des pays dans lesquels désire se rendre le demandeur. » : Larousse, *sub verbo* « visa », en ligne : <www.larousse.fr/dictionnaires/francais/visa/82159>.

⁶¹⁴ La personne qui a été sélectionnée comme résidente permanente se voit délivrer un visa de résidente permanente. Elle acquiert son statut seulement lorsqu'elle se présente au Canada : *LIPR*, *supra* note 20, arts 20(1)(a), 21(1).

⁶¹⁵ *Ibid.*, art 20(1).

fin de la période de séjour autorisée qui [leur] est applicable »⁶¹⁶. Cette exigence permet aux autorités d'évaluer chacune des demandes soumises et offre une « large discrétion » [ma traduction] pour répondre positivement ou non à la demande⁶¹⁷. Si la réponse est positive, un visa est délivré et doit être présenté lors de l'arrivée. En 2019, 1 696 871 visas ont été accordés pour fins de visite⁶¹⁸.

L'obligation de visa n'est toutefois pas uniformément imposée, dans la mesure où les ressortissants et ressortissantes de certains pays ainsi que les détenteurs et détentrices de documents de voyage précis (ex. : passeport diplomatique) en sont dispensées⁶¹⁹. Un rapide coup d'œil à la liste de pays exemptés de cette obligation⁶²⁰ permet de constater que la grande majorité sont européens (avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande), hormis quelques exceptions d'Asie (ex : Japon, République de Corée, Singapour) ou d'Amérique latine (Chili, Mexique⁶²¹); aucun pays africain n'y figure⁶²². Selon Vic Satzewich, ces exigences varient en fonction de facteurs comme le niveau de développement socioéconomique, les liens historiques, la proximité géographique, des enjeux de santé et sécurité, le volume des échanges commerciaux, les accords commerciaux et la présence de conflits⁶²³.

Depuis 2015, les personnes dispensées de l'obligation d'obtenir un visa de résidence temporaire doivent néanmoins obtenir une AVE, une exigence supplémentaire imposée aux personnes qui

⁶¹⁶ *RIPR*, *supra* note 365, art 179(b).

⁶¹⁷ Andrew Brouwer et Judith Kumin, « Interception and Asylum: When Migration Control and Human Rights Collide » (2003) 21:4 *Refuge* 6 à la p 8. Par exemple, dans le cadre du programme fédéral des travailleurs qualifiés (résidence permanente), le *RIPR* permet à l'agent de « substituer son appréciation aux critères » réglementaires « [s]i le nombre de points obtenu par un travailleur qualifié [...] n'est pas un indicateur suffisant de l'aptitude de ce travailleur qualifié à réussir son établissement économique au Canada » : *RIPR*, *supra* note 365, art 76(3).

⁶¹⁸ IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2020*, *supra* note 590 à la p 15.

⁶¹⁹ *RIPR*, *supra* note 365, art 190(1), (2). D'autres dispenses sont également prévues, par exemple pour certains voyageurs ou voyageuses en transit.

⁶²⁰ *Ibid*, annexe 1.1.

⁶²¹ L'exigence imposée en 2009 est levée le 1^{er} décembre 2016 : Premier Ministre du Canada, « Le Canada annule le visa obligatoire pour le Mexique », (28 juin 2016), en ligne : <pm.gc.ca/fr/nouvelles/notes-dinformation/2016/06/28/canada-annule-visa-obligatoire-mexique>.

⁶²² Une autre façon d'apprécier la répartition inégale des possibilités de migration est de consulter le *Henley Passport Index*, qui classe les passeports nationaux en fonction du nombre de pays où les titulaires d'un passeport d'un pays donné peuvent voyager sans avoir à demander un visa préalablement à son arrivée. À l'exception de quelques pays asiatiques, ce sont les pays occidentaux qui occupent le haut du classement : Henley & Partners, *Henley Passport Index and Global Mobility Report*, Henley & Partners, 2019, en ligne : <www.henleyglobal.com/files/download/HPI2019/HPI%20Global%20Mobility%20Report_Final_190104.pdf>.

⁶²³ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 189.

arrivent par avion⁶²⁴. L'AVE est un document électronique lié au passeport de son ou sa titulaire. La demande⁶²⁵ doit être complétée avant l'embarquement, puisque, selon ce qu'indique le gouvernement canadien, les compagnies aériennes ne peuvent amener au Canada les personnes qui ne possèdent pas une AVE valide⁶²⁶. Le processus de demande est plus simple, plus rapide et moins onéreux qu'une demande de visa; l'AVE est généralement octroyée en quelques minutes. Parmi les justifications mises de l'avant pour appuyer l'implantation de cette nouvelle mesure, on retrouve notamment la réduction des coûts et ressources nécessaires pour traiter au Canada les dossiers de personnes interdites de territoire ainsi que la diminution du nombre de demandes d'asile⁶²⁷. En 2019, 4 077 471 AVE ont été accordées⁶²⁸.

Christopher Anderson souligne que si les régimes de visas faisaient en sorte que les dossiers d'une partie des voyageuses et voyageurs étaient examinés préalablement à leur arrivée, ce sont maintenant presque tous les dossiers qui le sont. L'AVE s'avère ainsi un mécanisme additionnel qui permet de repousser la frontière et d'empêcher les personnes jugées indésirables de parvenir au Canada⁶²⁹. Selon François Crépeau et Delphine Nakache, de tels régimes constituent l'instrument de contrôle des migrations le plus fréquemment utilisé et ciblent les personnes provenant de pays considérés comme produisant de nombreux demandeurs l'asile – un visa ou une AVE ne sera pas délivré à une personne affirmant vouloir demander le refuge⁶³⁰ – ou de pays dont les ressortissantes et ressortissants seraient nombreux à rester dans le pays de destination après l'expiration de leur

⁶²⁴ *LIPR*, *supra* note 20, art 11(1.01); *RIPR*, *supra* note 365, art 7.1. Le RIPR prévoit certaines exceptions, dont les citoyennes et citoyens américains : *ibid*, art 7.1(3).

⁶²⁵ Lors de la demande d'AVE, on doit indiquer le type de document de voyage qui sera utilisé, le pays émetteur, le numéro du passeport et les renseignements personnels qui y figurent (ex. : noms, date de naissance, pays de naissance), les demandes déjà présentées pour entrer au Canada, des renseignements sur l'emploi, les coordonnées, des renseignements sur le voyage prévu au Canada, des informations sur les antécédents (en matière d'immigration, de criminalité et de santé) : Canada, *Autorisation de voyage électronique (AVE). Guide d'aide pour les demandes*, 2015, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/pdf/ave/francais.pdf> [Canada, *Guide d'aide pour les demandes d'AVE*]. Pour le processus suivi en cas de refus d'une AVE, voir Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 à la p 398.

⁶²⁶ Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Savoir ce qu'est une autorisation de voyage électronique (AVE) » (23 mars 2020), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/visiter-canada/ave/faits.html> [IRCC, « Savoir ce qu'est une AVE »]; Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *ENF 15. Obligations des transporteurs*, 19 novembre 2016 à la p 8, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf15-fra.pdf> [IRCC, *ENF 15*].

⁶²⁷ Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 aux pp 396, 399.

⁶²⁸ IRCC, *Rapport annuel au Parlement 2019*, *supra* note 547 à la p 14.

⁶²⁹ Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 à la p 386.

⁶³⁰ Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 38.

visa⁶³¹. Efrat Arbel et Alletta Brenner rapportent ainsi que des documents officiels « suggèrent que [l’augmentation du nombre de demandes d’asile provenant d’un pays particulier] est un facteur central pour décider du moment de l’imposition d’exigences de visa » [ma traduction]⁶³². Andrew Brouwer et Judith Kumin soulignent aussi une tendance à la régionalisation croissante des exigences de visas, phénomène qui fait en sorte que des régions entières deviennent inaccessibles pour les personnes qui veulent demander l’asile⁶³³.

Un deuxième mécanisme auquel recourt le Canada, qui fonctionne en conjonction avec les régimes de visas et d’AVE, est celui des sanctions imposées aux compagnies de transport, qui peuvent recevoir des amendes si elles permettent l’arrivée d’une personne dont les documents de voyage ne sont pas en règle, en plus de devoir assumer les coûts du renvoi⁶³⁴. Ce mécanisme fait en sorte que des compagnies privées (les transporteurs eux-mêmes ou des compagnies de sécurité engagées pour ce faire⁶³⁵) prennent en charge une partie du contrôle des mouvements migratoires en s’assurant que les voyageurs et voyageuses détiennent les documents requis avant l’embarquement⁶³⁶. Pour mener à bien ce contrôle, le personnel de ces compagnies reçoit parfois de la formation de la part des autorités canadiennes pour être à même de statuer sur la conformité des documents⁶³⁷. De plus, les compagnies aériennes doivent soumettre à l’ASFC la liste des passagers et passagères d’un vol international en direction du Canada, avant le décollage. L’ASFC peut alors vérifier que toutes les personnes disposent des documents requis (ex. : visa ou AVE) et, en cas contraire, signaler aux transporteurs de ne pas laisser embarquer les individus concernés⁶³⁸.

⁶³¹ Crépeau et Nakache, *supra* note 6 à la p 12. Au sujet de l’utilisation des régimes de visa pour restreindre l’accès à la protection internationale, voir aussi Brouwer et Kumin, *supra* note 617 à la p 8.

⁶³² Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 40. Voir aussi Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 191.

⁶³³ Brouwer et Kumin, *supra* note 617 à la p 9.

⁶³⁴ *LIPR*, *supra* note 20, art 148(1); *RIPR*, *supra* note 365, arts 278–279. Ces amendes peuvent atteindre jusqu’à 3200\$ par personne « mal documentée » : Crépeau et Nakache, *supra* note 6 à la p 13; Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 98.

⁶³⁵ Brouwer et Kumin, *supra* note 617 à la p 10.

⁶³⁶ Efrat Arbel, « Bordering the Constitution, Constituting the Border » (2016) 53:3 *Osgoode Hall LJ* 824 à la p 841. Le Canada conclut parfois des accords avec les compagnies aériennes, qui profitent d’une réduction du montant des pénalités lorsqu’elles atteignent de bons résultats en matière d’interdiction : Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 49.

⁶³⁷ Crépeau et Nakache, *supra* note 6 à la p 13. Voir par exemple la partie qui traite de l’examen des documents dans Agence des services frontaliers du Canada, « Obligations d’une compagnie de transport – Guide pour les transporteurs » (7 novembre 2019), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/trans/guide-fra.html> [ASFC, « Obligations d’une compagnie de transport »].

⁶³⁸ Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 à la p 397.

Un troisième type de mécanismes d'exclusion des personnes non citoyennes indésirables sont les mesures d'interception que le Canada déploie dans les pays d'origine et de transit. Andrew Brouwer et Judith Kumin décrivent les mesures d'interceptions comme

toutes les mesures mises en œuvre par un État, hors de son territoire national, dans le but de prévenir, interrompre ou stopper le mouvement des personnes qui n'ont pas la documentation requise et qui traversent les frontières internationales par la terre, les airs ou la mer pour parvenir dans le pays de destination potentiel [ma traduction; je souligne].⁶³⁹

Brouwer et Kumin circonscrivent leur définition aux mesures d'interception « actives », qui impliquent une participation active des États dans l'interruption des mouvements migratoires, comparativement à des mesures plus « passives » comme les régimes de visas ou les sanctions contre les transporteurs⁶⁴⁰. Parmi ces moyens figure le réseau international de l'ASFC, dont la mission est de « protéger l'intégrité et la sécurité des frontières du Canada en procédant à des activités de rapport, d'interdiction, d'enquête et de liaison appuyant la mission de l'ASFC »⁶⁴¹. Ce réseau est dispersé dans environ 37 emplacements à travers le monde, et ce, dans 32 pays. Il comprend notamment une quarantaine⁶⁴² d'agentes et agents de liaison (auparavant appelés agents en intégrité des mouvements migratoires), qui ont entre autres pour mandat la « lutte contre la migration irrégulière » [ce qui comprend les personnes réfugiées], le « soutien des transporteurs aériens », le « soutien aux enquêtes » [qui concernent les interdictions de territoire au Canada], l'« échange de renseignements », l'aide « à la coordination des opérations de renvoi » ainsi que « la formation »⁶⁴³, notamment pour le personnel des compagnies aériennes et des autorités de pays étrangers concernant la détection de faux documents⁶⁴⁴. Pour accomplir ce mandat, les agentes et agents de liaison travaillent avec plusieurs partenaires aux échelons local, national et

⁶³⁹ Brouwer et Kumin, *supra* note 617 à la p 7.

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ Agence des services frontaliers du Canada, *Cahier de transition du premier vice-président 2019 Direction générale de la politique stratégique (DGPS)*, 9 janvier 2020, en ligne : <www.cbsa.gc.ca/pd-dp/tb-ct/evp-pvp/spb-dgps-fra.html#10> [ASFC, *Cahier de transition*]. Les données sur le réseau international de l'ASFC sont relativement rares, l'ASFC elle-même diffusant peu d'informations à cet égard.

⁶⁴² Selon les informations contenues dans Agence des services frontaliers du Canada, « Plan ministériel 2018-2019 – Tableaux de renseignements supplémentaires » (16 avril 2018), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/rpp/2018-2019/subprog-sousprog-fra.html#a1> [ASFC, « Plan ministériel 2018-2019 »]; ASFC, « Obligations d'une compagnie de transport », *supra* note 637. D'autres sources indiquent plus de soixante agentes et agents dans plus de 45 pays : Arbel, *supra* note 636 à la p 839; Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 30.

⁶⁴³ ASFC, *Cahier de transition*, *supra* note 641.

⁶⁴⁴ Brouwer et Kumin, *supra* note 617 à la p 10.

international⁶⁴⁵. Entre 2001 et 2014, elles et ils auraient contribué à l'interception de plus de 86 000 personnes⁶⁴⁶.

La Stratégie canadienne de prévention du passage de clandestins, lancée en 2010, constitue un autre exemple de mesures d'interception. Elle comprend notamment le déploiement d'équipes canadiennes dans certains pays d'Asie du Sud-Est et d'Afrique de l'Ouest, dans le but d'interrompre des opérations de trafic de migrants, en partenariat avec les autorités locales. Les membres de ces équipes provenaient entre autres de la GRC, de l'ASFC et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS)⁶⁴⁷.

En outre, des « activités de renseignement et d'évaluation des menaces et des risques »⁶⁴⁸ permettent à l'ASFC de faire en sorte que des personnes indésirables ne parviennent pas aux frontières. C'est entre autres ce type d'activités qui permet à l'ASFC d'indiquer à un transporteur (qui lui soumet sa liste de passagères et passagers) qu'une personne est interdite de territoire et ne sera donc pas autorisée à entrer au Canada⁶⁴⁹. L'ASFC rapporte ainsi que pour l'année 2018-2019, ces activités

ont permis d'empêcher environ 900 membres soupçonnés ou confirmés de syndicats du crime organisé de l'Amérique du Sud de voyager, et elles ont entraîné l'annulation de 529 autorisations de voyage électroniques de voyageurs à risque élevé qui se dirigeaient vers le Canada.⁶⁵⁰

L'ensemble de ces mesures a donc pour effet de multiplier les contrôles avant que les personnes ne parviennent au Canada, de façon à « filtrer » les indésirables. Christopher Anderson souligne par ailleurs que le fait de repousser les contrôles au-delà des frontières fait en sorte qu'ils échappent au

⁶⁴⁵ Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 30.

⁶⁴⁶ Arbel, *supra* note 636 à la p 839. Andrew Brouwer et Judith Kumin rapportent le chiffre de 40 000 interceptions entre 1996 et 2002 : Brouwer et Kumin, *supra* note 617 à la p 10. Un rapport du Bureau du vérificateur général du Canada fait état de 6271 interceptions en 2000, 7880 en 2001 et 5601 en 2002 : Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport de la Vérificatrice générale du Canada à la Chambre des Communes. Chapitre 5. Citoyenneté et Immigration Canada - L'application de la loi et le contrôle*, Ottawa, Bureau du vérificateur général du Canada, 2003 à la p 11 [Bureau du vérificateur général, *CIC – L'application de la loi et le contrôle*].

⁶⁴⁷ Peu d'informations sont disponibles sur ce type d'opérations. Celles présentées ici sont tirées de Brigitte Bureau, « Le côté secret de l'opération canadienne contre les migrants », *Radio-Canada.ca* (21 mai 2019), en ligne : [ici.radio-canada.ca/nouvelle/1170403/operation-canadienne-contre-migrants-secrets-harper-trudeau](http://Radio-Canada.ca/ici.radio-canada.ca/nouvelle/1170403/operation-canadienne-contre-migrants-secrets-harper-trudeau); Brigitte Bureau, « La lutte – pas si discrète – du Canada contre les migrants irréguliers », *Radio-Canada.ca* (11 mars 2020), en ligne : Radio-Canada.ca/ici.radio-canada.ca/nouvelle/1655551/immigrants-illegaux-clandestins-canada-operation-strategie-interpol.

⁶⁴⁸ Agence des services frontaliers du Canada Gouvernement du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels 2018-2019*, 26 février 2020, en ligne : www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2018-2019/report-rapport-fra.html [ASFC, *Rapport sur les résultats 2018-2019*].

⁶⁴⁹ Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 à la p 397.

⁶⁵⁰ ASFC, *Rapport sur les résultats 2018-2019*, *supra* note 648.

débat public ainsi qu'à la supervision du Parlement et des tribunaux⁶⁵¹. Camille Hamidi et Mireille Paquet indiquent également qu'une telle « externalisation » des mesures de contrôle des frontières « permet à l'État de se libérer de normes juridiques internes ou internationales, tout comme de limiter les impacts électoraux de ses choix »⁶⁵².

Plusieurs mentionnent aussi les effets importants de ces mesures pour les personnes réfugiées, puisqu'elles restreignent l'accès à la protection internationale et aux droits qui leur sont garantis par la *Charte canadienne* ou autrement reconnus par le droit international public⁶⁵³. Jennifer Hyndman et Alison Mountz parlent ainsi de *néo-refoulement*, c'est-à-dire du « retour de demandeurs d'asile et autres migrants vers les pays de transit ou régions d'origine *avant* qu'ils n'atteignent le territoire souverain dans lequel ils pourraient présenter une demande » [ma traduction; italiques dans l'original]⁶⁵⁴.

2.2.2.1.2. Contrôler les frontières, aux frontières

Aux frontières géographiques du Canada, c'est-à-dire aux points d'entrée terrestres, aériens et maritimes, s'exerce un dernier mécanisme visant à prévenir l'entrée des indésirables : le contrôle frontalier, auquel tout individu qui cherche « à entrer au Canada est tenu de se soumettre », et ce, afin de déterminer s'il a le droit ou l'autorisation de le faire⁶⁵⁵. Ce contrôle comprend potentiellement deux étapes, la ligne d'inspection primaire et le contrôle secondaire. Toutes les personnes qui entrent au Canada passent par la ligne d'inspection primaire, qui consiste par exemple en un court interrogatoire visant à déterminer si elles ont le droit d'entrer au Canada⁶⁵⁶. Dans certains cas, les personnes sont envoyées au contrôle secondaire pour y subir un examen plus poussé, par exemple lorsque l'agente ou l'agent a des doutes au sujet de l'identité de la personne ou de l'existence d'un casier criminel, si un document supplémentaire doit être émis (ex. : permis de travail ou d'études) ou en raison de l'état de santé de la personne⁶⁵⁷. C'est dans le cadre d'un

⁶⁵¹ Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 à la p 396.

⁶⁵² Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 13. Ces autrices mentionnent également le phénomène de l'externalisation « à l'intérieur des frontières de l'État » où des pouvoirs publics sont délégués à des acteurs privés : *ibid* à la p 14.

⁶⁵³ Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 à la p 403; Arbel, *supra* note 636 aux pp 843 et s; Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 27; Brouwer et Kumin, *supra* note 617 aux pp 12 et s.

⁶⁵⁴ Hyndman et Mountz, *supra* note 604 à la p 250.

⁶⁵⁵ *LIPR*, *supra* note 20, art 18(1).

⁶⁵⁶ Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *ENF 4. Contrôles aux points d'entrée*, 2019 à la p 32, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf04-fra.pdf>.

⁶⁵⁷ *Ibid* aux pp 35 et s.

contrôle secondaire que seront prises ou initiées les mesures visant à empêcher les personnes indésirables d'entrer sur le territoire.

Les exigences imposées à l'entrée varient en fonction du statut de la personne. Celle qui possède la citoyenneté ou le statut d'Indien (au sens de la *Loi sur les Indiens*⁶⁵⁸) a le droit d'entrer, de même que celle qui détient la résidence permanente⁶⁵⁹. Toute autre personne qui veut entrer pour devenir résidente permanente ou temporaire doit remplir un certain nombre d'exigences, qui changent en fonction des catégories et programmes d'immigration⁶⁶⁰. Seulement, une condition que toutes doivent respecter pour avoir l'autorisation d'entrer est celle de ne pas être interdite de territoire⁶⁶¹.

Les interdictions de territoire⁶⁶² désignent différents motifs qui font en sorte qu'une personne ne peut être autorisée à entrer ou à demeurer au Canada; elles constituent autant de justifications qui motivent l'exclusion ou l'expulsion de personnes non citoyennes. Elles peuvent être constatées tout au long du parcours migratoire, par exemple au moment de la demande de visa, du contrôle aux frontières ou après l'entrée. Dans ces deux derniers cas de figure, le constat d'une interdiction de territoire entraîne la prise d'une mesure de renvoi⁶⁶³, qui oblige la personne visée à quitter le Canada « immédiatement »⁶⁶⁴.

L'ASFC traite annuellement un grand nombre de voyageurs et voyageuses⁶⁶⁵. Dans le cadre de ses efforts de contrôle des personnes considérées comme indésirables, elle dispose, depuis 2012, d'un Programme national de ciblage qui lui « permet de repérer les personnes [...] à destination du Canada [par voie aérienne et] qui sont susceptibles de représenter une menace pour la sécurité du

⁶⁵⁸ *Supra* note 287.

⁶⁵⁹ *LIPR*, *supra* note 20, art 19.

⁶⁶⁰ *Ibid*, arts 20(1), 20(2), 21(1), 22(1).

⁶⁶¹ Certaines interdictions de territoire ne s'appliquent toutefois pas aux personnes qui possèdent la résidence permanente ou aux personnes protégées. Les personnes protégées sont les personnes à qui l'asile est conféré : *ibid*, arts 95–97. Le permis de séjour temporaire permet par ailleurs de passer outre aux interdictions de territoire, si l'agent « estime que les circonstances le justifient » : *ibid*, art 24.

⁶⁶² Décrites plus haut. Voir la section 2.1.2, ci-dessus.

⁶⁶³ *LIPR*, *supra* note 20, arts 44(2), 45(d).

⁶⁶⁴ *Ibid*, art 48(2). Pour cela, la mesure de renvoi doit être exécutoire, c'est-à-dire avoir pris effet : « La mesure de renvoi non susceptible d'appel prend effet immédiatement; celle susceptible d'appel prend effet à l'expiration du délai d'appel, s'il n'est pas formé, ou quand est rendue la décision qui a pour résultat le maintien définitif de la mesure » (*ibid*, art 49(1)).

⁶⁶⁵ 88 587 136 personnes (résidentes et non résidentes) en 2019 : Statistique Canada, *Tableau 24-10-0005-01. Voyageurs internationaux entrant ou revenant au Canada selon la province d'entrée, désaisonnalisées*, en ligne : <www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/cv.action?pid=2410000501>.

Canada »⁶⁶⁶. À l'aide d'informations qui lui sont transmises avant l'arrivée des personnes au Canada par les transporteurs et de « systèmes automatisés d'évaluation du risque »⁶⁶⁷, l'ASFC peut repérer à l'avance des personnes qu'elle considère comme présentant un « risque élevé »⁶⁶⁸ (notion qui demeure floue dans les documents consultés). Les informations pertinentes sont alors transmises aux agentes et agents qui mèneront un examen plus approfondi aux points d'entrée (c.-à-d. lors du contrôle secondaire), notamment pour confirmer une interdiction de territoire. En 2018-2019, 1 709 personnes se seraient vues refuser l'entrée après avoir été ainsi ciblées⁶⁶⁹. Dans différents points d'entrée, l'ASFC dispose également d'« équipes d'exécution », dont le mandat est d'appuyer les opérations d'inspection primaire et secondaire en se focalisant sur les personnes (et marchandises) présentant un « risque élevé »⁶⁷⁰.

Lors du contrôle secondaire à un point d'entrée, l'agente ou l'agent qui estime « que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire » prépare un rapport dans lequel sont détaillés les faits qui justifient l'interdiction⁶⁷¹. Ce rapport est par la suite transmis à une ou un délégué du ministre, qui le révisé. Deux processus distincts peuvent s'ensuivre si elle ou il considère que le rapport est « bien fondé », en fonction du statut de la personne et de l'interdiction de territoire en question⁶⁷². Dans certains cas, le ou la déléguée du ministre peut prendre la mesure de renvoi. C'est le cas par exemple du ou de la résidente permanente qui n'a pas respecté

⁶⁶⁶ Agence des services frontaliers du Canada, *Évaluation du Programme de ciblage de l'Agence des services frontaliers du Canada*, janvier 2016, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2016/tp-pc-fra.html> [ASFC, *Évaluation du Programme de ciblage* 2016].

⁶⁶⁷ *Ibid.* Voir aussi, au sujet des impacts en matière de droits de la personne de l'utilisation de tels systèmes automatisés : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Agence des services frontaliers du Canada – Ciblage des voyageurs fondé sur des scénarios – Sécurité nationale*, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, 2017, en ligne : <www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/verifications/arvr_cbsa_2017/>; Molnar et Gill, *supra* note 401.

⁶⁶⁸ Les données transmises par les transporteurs (âge, sexe, nationalité, historique de voyages, etc.) sont croisées avec un certain nombre de scénarios élaborés par l'ASFC « pour évaluer les voyageurs en fonction de facteurs de risque prédictifs dans différents domaines, tels que la fraude à l'immigration, le crime organisé et transnational, la contrebande, le terrorisme et les crimes associés au terrorisme ». Si une personne correspond à l'un des scénarios, elle fait alors l'objet de vérifications manuelles plus poussées (ex. : communication avec autorités américaines et organismes nationaux d'application de la loi, consultation de bases de données et de sources ouvertes). Environ 60 000 personnes par an sont ciblées par les scénarios : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *supra* note 667.

⁶⁶⁹ ASFC, *Rapport sur les résultats 2018-2019*, *supra* note 648.

⁶⁷⁰ Agence des services frontaliers du Canada, *Équipes d'exécution de l'ASFC. Étude d'évaluation. Résumé*, 9 février 2012 à la p 1, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2012/es-ee-fra.pdf> [ASFC, *Équipes d'exécution de l'ASFC. Étude d'évaluation*]. Il s'agit par exemple des « Équipes intégrées de l'observation et de l'exécution de la loi ».

⁶⁷¹ *LIPR*, *supra* note 20, art 44(1).

⁶⁷² *Ibid.*, art 44(2).

l'obligation de résidence, ou de l'étrangère ou l'étranger interdit de territoire pour grande criminalité⁶⁷³. L'accès au Canada lui est alors refusé. Dans d'autres cas, le dossier sera transféré à la Section de l'immigration (SI) de la CISR pour une enquête sur l'interdiction de territoire en question⁶⁷⁴. La personne est alors autorisée à entrer pendant ces procédures⁶⁷⁵, qui peuvent nécessiter un certain temps, selon la complexité des dossiers.

Dans le cas des personnes qui demandent l'asile, toutefois, la mesure de renvoi qui est prise est conditionnelle. Elle ne devient exécutoire que si, par exemple, la demande d'asile s'avère irrecevable⁶⁷⁶ ou si elle est rejetée par la Section de la protection des réfugiés (SPR) ou la Section d'appel des réfugiés (SAR) dans le cadre du processus de détermination du statut de réfugié⁶⁷⁷. Ainsi, la personne qui demande l'asile à son arrivée ne peut être renvoyée, même dans le cas où elle ne serait pas autrement autorisée à entrer. C'est pourquoi ce groupe est l'objet d'une attention particulière : on cherche par plusieurs moyens (décrits plus haut) à prévenir son arrivée puisqu'une fois aux frontières, les personnes qui demandent l'asile doivent être admises sur le territoire pendant la période où leur demande est examinée⁶⁷⁸.

Néanmoins, un mécanisme d'exclusion particulier vient se greffer aux contrôles frontaliers dans le cas des personnes qui demandent l'asile à la frontière terrestre entre le Canada et les États-Unis. Il s'agit de l'*Entente sur les tiers pays sûrs* (ETPS)⁶⁷⁹, qui complète en quelque sorte la Stratégie des

⁶⁷³ Au titre de l'alinéa 36(1)(a) de la LIPR. Les cas dans lesquels le ou la délégué du ministre peut prendre la mesure de renvoi sont prévus par règlement : *RIPR, supra* note 365, art 228.

⁶⁷⁴ De 2013 à 2019, la SI a mené, sur une base annuelle, entre 1652 et 2010 enquêtes : Commission de l'immigration et du statut de réfugiés, « Enquêtes, par région » (20 février 2020), en ligne : <irb-cisr.gc.ca/fr/statistiques/enquetes/Pages/AdmHReg.aspx> [CISR, « Enquêtes, par région »].

⁶⁷⁵ *LIPR, supra* note 20, art 23.

⁶⁷⁶ Avant de déferer l'affaire à la Section de la protection des réfugiés pour qu'il y ait examen de la demande d'asile, un ou une agente d'IRCC ou de l'ASFC doit d'abord statuer sur la recevabilité de cette demande. Une demande sera jugée irrecevable par exemple si une première demande d'asile a été rejetée ou si certaines interdictions de territoire sont constatées : *ibid.*, arts 100–101.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, art 49(2).

⁶⁷⁸ En 2019, un rapport du Vérificateur général faisait état d'un délai de deux ans avant la première audience de détermination du statut de réfugié devant la Section de la protection des réfugiés : Bureau du vérificateur général du Canada Gouvernement du Canada, *Rapport 2 — Le traitement des demandes d'asile*, 2019, au para 2.25, en ligne : <www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/att_f_43358.html> [Bureau du Vérificateur général, *Traitement des demandes d'asile 2019*]. La plupart des demandeurs d'asile (ou le ministre) peuvent ensuite faire appel de la décision de la SPR devant la Section d'appel des réfugiés (SAR). Ils peuvent ensuite, de même que le ministre, présenter une demande d'autorisation en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

⁶⁷⁹ *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers*, 5 décembre 2002, RT Can 2004 n° 2 (entrée en vigueur : 29 décembre 2004) [*Entente sur les tiers pays sûrs*].

frontières multiples, qui elle concerne les personnes arrivant par les airs ou la mer⁶⁸⁰. L'ETPS fait en sorte que la demande d'asile de la personne qui arrive des États-Unis à la frontière terrestre n'est pas recevable⁶⁸¹, sauf exception⁶⁸². Cette personne est alors retournée vers les États-Unis, où elle doit présenter sa demande. La logique sur laquelle s'appuie ce type de clauses, que l'on retrouve par exemple en Europe, est que le ou les pays désignés comme tiers pays sûrs disposent d'un système de détermination du statut de réfugié à même de protéger de manière effective les personnes réfugiées⁶⁸³. En concluant cet accord en 2002, le Canada poursuivait l'objectif explicite d'une diminution des demandes d'asile présentées par des personnes arrivant des États-Unis (dans les faits, peu de personnes transitent par le Canada pour demander l'asile aux États-Unis)⁶⁸⁴. À la suite de l'entrée en vigueur de l'accord en décembre 2004, le nombre de demandes d'asile présentées à la frontière a effectivement diminué⁶⁸⁵.

En terminant, si ces mesures visent directement à empêcher les personnes non citoyennes indésirables d'entrer sur le territoire, d'autres agissent de façon plus indirecte. Ces mesures, dites dissuasives, cherchent à détériorer les conditions d'accueil de façon à décourager certains groupes de tenter le voyage, notamment les personnes qui demandent l'asile, ses coûts devenant trop élevés et ses avantages trop bas. François Crépeau et Delphine Nakache mentionnent l'élimination de procédures d'appel dans le cadre des processus migratoires, la réduction de l'aide juridique, la mise en place de pénalités excessives pour le trafic de migrants et le recours plus fréquent à la détention⁶⁸⁶. À titre d'exemple, certaines mesures de la réforme au système canadien de protection

⁶⁸⁰ Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 27.

⁶⁸¹ *LIPR*, *supra* note 20, art 101(1)(e).

⁶⁸² *RIPR*, *supra* note 365, arts 159.2 et s. Une des exceptions concerne les personnes qui se présentent ailleurs qu'à un point d'entrée officiel. Il s'agit de l'exception qui permet aux personnes passant par le chemin Roxham de présenter une demande d'asile. Les autres exceptions concernent entre autres les citoyennes et citoyens américains, les personnes mineures non accompagnées ou des membres de la famille de personnes déjà présentes au Canada.

⁶⁸³ Voir par exemple les critères de désignation prévus par la loi canadienne : *LIPR*, *supra* note 20, art 102(2). La désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûrs a d'ailleurs fait l'objet de contestations devant les tribunaux, en 2007 et 2017. Ces deux recours ont été rejetés par la Cour d'appel fédérale : *Conseil canadien pour les réfugiés c Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 RCF 136; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, 458 DLR (4th) 125. Pour une analyse détaillée des critiques faites à l'encontre de la désignation des États-Unis comme tiers pays sûrs, Arbel et Brenner, *supra* note 11 aux pp 65 et s.

⁶⁸⁴ Conseil canadien pour les réfugiés, « Tiers pays sûr : informations supplémentaires » (sans date), en ligne : <ccrweb.ca/fr/tiers-pays-sur-informations-supplementaires> [CCR, « Tiers pays sûr : informations supplémentaires »]. Voir aussi Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 à la p 391; Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 87.

⁶⁸⁵ Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 90.

⁶⁸⁶ Crépeau et Nakache, *supra* note 6 aux pp 14 et s. Le régime de détention des étrangers désignés viserait le même objectif : Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 à la p 9. De façon similaire, la détérioration des conditions d'accueil peut aussi avoir pour effet de rendre la vie des personnes qui décident

des réfugiés de 2012 ont été explicitement justifiées pour leur rôle dissuasif à l'égard de personnes qui seraient tentées de recourir à des passeurs pour parvenir au Canada de façon irrégulière⁶⁸⁷.

Par ailleurs, dans un contexte de sécurisation croissante de certains mouvements migratoires, la combinaison de politiques d'immigration restrictives (ex. : programmes d'immigration avec critères de sélection précis) et de mesures de contrôle des frontières (ex. : régimes de visas et mesures d'interceptions) fait en sorte que les personnes qui désirent migrer – peu importe leur motivation – doivent prendre toujours davantage de risques, tels que le recours aux passeurs (pas toujours scrupuleux) ou le passage par des routes de plus en plus dangereuses. À travers le monde, les morts aux frontières se comptent désormais par milliers⁶⁸⁸.

2.2.2.2. *Expulser*

La deuxième fonction des mécanismes d'exclusion est d'expulser les personnes indésirables de l'espace social que l'on veut « purifier » de leur présence.

Différents cas de figure font en sorte qu'une personne non citoyenne indésirable se retrouve en territoire canadien. Premièrement, certaines parviennent à entrer clandestinement, sans se présenter aux autorités ou sous une fausse identité. Deuxièmement, des personnes entrent en conformité avec les exigences des programmes d'immigration, mais perdent leur autorisation de demeurer au Canada, pour différentes raisons; elles deviennent ainsi indésirables à la suite de leur entrée. Certaines ne quittent pas le territoire après l'échéance de leur visa, d'autres commettent des actes qui entraînent la perte de leur statut, par exemple une personne qui travaille en contravention avec les conditions associées à son statut ou une personne reconnue coupable d'un acte criminel assez grave pour justifier la perte de son statut. Troisièmement, il peut s'agir de personnes qui ont revendiqué le statut de réfugié, mais dont la demande a été rejetée. La mesure de renvoi conditionnelle émise lors du dépôt de la demande prend alors effet, les forçant à quitter le Canada.

de rester dans le pays de destination de façon clandestine si difficile qu'elles choisissent elles-mêmes de retourner dans leur pays d'origine : Nicolay B Johansen, « Governing the Funnel of Expulsion: Agamben, the Dynamics of Force, and Minimalist Biopolitics » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment*, Oxford University Press, 2013, 257; Pickering et Weber, *supra* note 603.

⁶⁸⁷ Neylon, *supra* note 16 à la p 304.

⁶⁸⁸ Au sujet des morts aux frontières, voir entre autres Estévez, *supra* note 400 aux pp 51, 55; Pickering et Cochrane, *supra* note 387.

Dans ces circonstances, l'exclusion se concrétise par le renvoi du Canada⁶⁸⁹, mais nécessite le constat de l'interdiction de territoire et l'émission conséquente de la mesure de renvoi (étapes déjà complétées pour les personnes qui demandent l'asile). L'ASFC emploie divers moyens pour ce faire, au premier chef les enquêtes en matière d'immigration⁶⁹⁰, qui se déroulent de la manière suivante. L'ASFC reçoit d'abord un signalement indiquant qu'une personne ne se conforme plus à la LIPR, signalement qui peut provenir d'autres unités de l'ASFC, d'IRCC, de partenaires externes, comme les corps de police, ou du public. Une enquête s'enclenchera « sur la base d'informations et de circonstances qui mènent l'agent à croire qu'il y a eu violation de la loi ou des règlements » [ma traduction] et en fonction des priorités établies : sécurité nationale, criminalité organisée, crimes contre l'humanité, grande criminalité, menaces liées à la santé et criminalité⁶⁹¹. Dans le cadre d'une enquête de ce type, l'agente ou l'agent peut devoir lancer un mandat d'arrestation, localiser la personne (ce qui nécessite parfois du travail « sur la route » ou de la surveillance), interroger des proches ou des collègues de travail, interroger la personne elle-même, effectuer des fouilles et des saisies⁶⁹² ainsi qu'arrêter ou détenir la personne (parfois avec l'appui de forces policières), en fonction du risque qu'elle représente⁶⁹³.

À la suite de son enquête, si l'agente ou l'agent qui étudie le dossier estime que la personne pourrait être interdite de territoire, le dossier fait alors l'objet d'un rapport, suivant le processus décrit plus

⁶⁸⁹ Pour une analyse historique (1900-1935) de ce type de mesure, voir Roberts, *supra* note 325.

⁶⁹⁰ À distinguer des enquêtes menées par un ou une commissaire de la Section de l'immigration ou des enquêtes de l'ASFC en matière criminelle, qui concernent les infractions criminelles prévues par la LIPR (*supra* note 20, arts 117 et s) et qui portent notamment sur la fraude en matière d'immigration : Agence des services frontaliers du Canada, « Archivé - Évaluation du Programme des enquêtes criminelles » (février 2015), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2015/cip-pec-fra.html> [ASFC, « Évaluation du programme des enquêtes criminelles »].

⁶⁹¹ Canada Border Services Agency, *ENF 7. Investigations*, septembre 2013 aux pp 11 et s, [obtenu par demande informelle d'accès à l'information, n° A2016-04614] [CBSA, *ENF 7*].

⁶⁹² *LIPR*, *supra* note 20, arts 138–139.

⁶⁹³ Agence des services frontaliers du Canada, « Évaluation du Sous programme [sic] des enquêtes de l'immigration » (décembre 2015), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2015/imm-fra.html> [ASFC, « Évaluation du sous-programme des enquêtes de l'immigration »]; CBSA, *ENF 7*, *supra* note 691; Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport ministériel sur le rendement de 2014-2015*, 2015 à la p 51, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2014-2015/report-rapport-fra.html> [ASFC, *Rapport sur le rendement 2014-2015*].

haut⁶⁹⁴. Si une mesure de renvoi⁶⁹⁵ est émise, le renvoi peut ensuite être exécuté, lorsque la mesure prend effet et devient exécutoire⁶⁹⁶.

En 2018-2019, 21 531 enquêtes ont été menées par l'ASFC et 67% d'entre elles se sont conclues par la prise d'une mesure de renvoi⁶⁹⁷. Un rapport d'évaluation de l'ASFC rapporte que, pour l'année 2014-2015, 21 711 enquêtes ont été conclues, pour une durée moyenne de 133 jours; 10% des dossiers se sont étendus sur une période de plus d'un an⁶⁹⁸.

Comme mentionné plus haut, dans le cas des personnes qui revendiquent le statut de réfugié, la mesure de renvoi conditionnelle émise lors du dépôt de la demande d'asile devient exécutoire si la demande est irrecevable ou rejetée par la SPR ou, en cas d'appel de la décision de la SPR, la SAR⁶⁹⁹. Par ailleurs, lors de la réforme du système de protection des personnes réfugiées de 2012, le gouvernement fédéral, sous la gouverne de Stephen Harper, a introduit de nouvelles mesures afin d'accélérer le renvoi des demandeurs et demandeuses d'asile déboutés. Les deux premières restreignent l'accès à des recours complémentaires à la détermination du statut de réfugié, soit la demande de résidence permanente pour motifs humanitaires ainsi que l'Examen des risques avant renvoi (ERAR), cette dernière procédure entraînant en outre le sursis automatique de la mesure de renvoi⁷⁰⁰. Les personnes dont la demande d'asile est rejetée n'y ont désormais accès que douze mois après la décision négative⁷⁰¹. L'autre mesure est l'absence de sursis automatique du renvoi pour certaines catégories de personnes qui demandent le contrôle judiciaire de la décision rejetant leur demande d'asile⁷⁰². L'ASFC pouvait alors procéder plus rapidement au renvoi de ces

⁶⁹⁴ Voir la section 2.2.2.1.2., ci-dessus.

⁶⁹⁵ Il existe trois types de mesures de renvoi : la mesure d'interdiction de séjour, la mesure d'exclusion et la mesure d'expulsion. La personne visée par le premier type peut revenir au Canada après son renvoi, celle visée par le deuxième type doit demander une autorisation écrite pour revenir pendant un an après son renvoi et celle visée par le troisième type doit demander une telle autorisation à tout moment après son renvoi. Le type de mesure de renvoi prise dépend de l'interdiction de territoire en jeu : *RIPR*, *supra* note 365, arts 223–229.

⁶⁹⁶ L'article 49(1) de la LIPR (*supra* note 20) prévoit les différentes modalités de la prise d'effet de la mesure de renvoi : « La mesure de renvoi non susceptible d'appel prend effet immédiatement; celle susceptible d'appel prend effet à l'expiration du délai d'appel, s'il n'est pas formé, ou quand est rendue la décision qui a pour résultat le maintien définitif de la mesure. » Il peut toutefois y avoir sursis : *ibid*, art 50.

⁶⁹⁷ ASFC, *Rapport sur les résultats 2018-2019*, *supra* note 648.

⁶⁹⁸ ASFC, « Évaluation du sous-programme des enquêtes de l'immigration », *supra* note 693.

⁶⁹⁹ LIPR, *supra* note 20, art 49(2).

⁷⁰⁰ *RIPR*, *supra* note 365, art 232. Dans certains cas, il peut être sursis au renvoi de la personne qui a présenté une demande de résidence permanente pour motifs humanitaires, par décision du Ministre : *ibid*, art 233; Agence des services frontaliers du Canada, *ENF 10. Renvois*, 24 février 2017 à la p 35, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf10-fra.pdf> [ASFC, *ENF 10*].

⁷⁰¹ LIPR, *supra* note 20, arts 25(1.2)(c), 112(2)(b.1).

⁷⁰² *RIPR*, *supra* note 365, art 231. Il s'agit des ressortissantes et ressortissants de pays d'origine désignés ainsi que des étrangers désignés.

personnes, ce qui a d'ailleurs été constaté dans le cas de cette dernière mesure⁷⁰³. Depuis 2019, toutefois, aucun pays d'origine n'est désigné, cette mesure ayant été abandonnée en raison d'un grand nombre de demandes d'asile et de l'impossibilité qui en découle pour le gouvernement de respecter les délais de traitement qu'imposent de telles désignations⁷⁰⁴.

Certaines personnes interdites de territoire se conforment à la mesure de renvoi et quittent le Canada de leur propre chef (ce qui est appelé l'exécution volontaire du renvoi)⁷⁰⁵, alors que d'autres sont renvoyées par l'ASFC (ce qui s'appelle l'exécution forcée du renvoi). Dans ce dernier cas, l'ASFC doit entreprendre certaines démarches, telles qu'analyse de dossier, entrevue avec la personne, saisie de ses documents, obtention de documents de voyage (ce qui comprend la communication avec des ambassades et consulats), organisation du voyage (ex. : communications avec les transporteurs, achat de billets d'avion) ainsi que la communication avec les agentes ou agents de liaison de l'ASFC à l'étranger⁷⁰⁶. Des membres du personnel de l'ASFC escortent parfois les personnes renvoyées⁷⁰⁷. Des agents de sécurité sous contrat avec l'ASFC accomplissent parfois ces tâches lorsqu'il s'agit d'un transfert d'un lieu à l'autre au Canada⁷⁰⁸.

Parmi les obstacles qui peuvent se dresser lors du processus de renvoi, l'ASFC mentionne, dans une évaluation faite en 2010, le manque de coopération de la personne, le manque de collaboration des autorités du pays de renvoi, des difficultés à organiser le voyage ainsi que des ressources budgétaires limitées⁷⁰⁹.

Le renvoi des « personnes protégées » (ex. : une personne reconnue par la SPR comme réfugiée) mais interdites de territoire crée une situation particulière, en raison de l'obligation de non-refoulement, qui interdit précisément leur renvoi vers un pays où elles courraient un risque de

⁷⁰³ Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 aux pp 13–14.

⁷⁰⁴ IRCC, « Fin à la pratique des POD », *supra* note 501.

⁷⁰⁵ L'ASFC rapporte 2 023 cas pour l'année 2018-2019 : ASFC, *Rapport sur les résultats 2018-2019*, *supra* note 648.

⁷⁰⁶ ASFC, *ENF 10*, *supra* note 700; ASFC, *Rapport sur le rendement 2014-2015*, *supra* note 693 à la p 55.

⁷⁰⁷ Voir ASFC, *ENF 10*, *supra* note 700 aux pp 84–92. Environ 1400 renvois ont été effectués sous escorte pour l'année 2008 (sur environ 13 000 renvois), pour un coût de 6 millions de dollars et 1705 renvois sous escorte en 2006-2007 (sur un total de 12 636 renvois), au coût de 8,4 millions de dollars : ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, *supra* note 487; Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport de la Vérificatrice générale du Canada. Chapitre 7. Les détentions et les renvois - Agence des services frontaliers du Canada*, Ottawa, Bureau du vérificateur général du Canada, 2008 à la p 22, en ligne : <www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/aud_ch_oag_200805_07_f.pdf> [Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois*].

⁷⁰⁸ ASFC, *ENF 10*, *supra* note 700 à la p 87.

⁷⁰⁹ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, *supra* note 487.

persécution, de torture ou une menace pour leur vie⁷¹⁰. La *LIPR* prévoit toutefois une exception à cette obligation, pour la personne interdite de territoire

- a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;
- b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada. [je souligne]⁷¹¹

Sur le plan administratif, le moyen autorisant leur renvoi consiste en l'émission, par le gouvernement, d'un « avis de danger ». Ainsi, à la suite du constat de certaines interdictions de territoire⁷¹² et de la prise de la mesure de renvoi concomitante, l'agente ou l'agent qui est d'avis que la personne représente un danger pour le public ou pour la sécurité du Canada peut entamer des démarches pour qu'un tel avis soit émis⁷¹³. Lorsque c'est le cas, la personne visée peut être renvoyée⁷¹⁴.

En 2019-2020, l'ASFC a exécuté le renvoi de 11 313 personnes, 9 589 en 2018-2019, 8 100 en 2017-2018 et 7 786 en 2016-2017⁷¹⁵, ce qui suggère une tendance à la hausse au cours des dernières années. Différents rapports gouvernementaux révèlent qu'entre 2002-2003 et 2008-2009, entre

⁷¹⁰ L'obligation de non-refoulement est prévue à l'article 115 de la *LIPR* (*supra* note 20). Le principe de non-refoulement trouve son origine dans la *Convention relative au statut des réfugiés* (*supra* note 310, art 33(1)). L'article 115 assure également la mise en œuvre de l'article 3 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987) [*Convention contre la torture*]) qui interdit le renvoi vers la torture.

⁷¹¹ *LIPR*, *supra* note 20, art 115(2). Exception que l'on retrouve aussi dans la *Convention relative au statut des réfugiés* (*supra* note 310, art 33(2)).

⁷¹² Prévu aux articles 34 (sécurité), 35 (atteintes aux droits humains et internationaux), 36(1) (grande criminalité et 37 (criminalité organisée) de la *LIPR* : *supra* note 20.

⁷¹³ Il s'agit de démarches qui se déroulent sur dossier seulement, mais lors desquelles la personne visée peut soumettre documentation et observations. Ces démarches sont décrites dans Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *ENF 28. Avis ministériels sur le danger pour le public au Canada, la nature et la gravité des actes passés et le danger pour la sécurité du Canada*, 21 novembre 2017, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf28-fra.pdf> [IRCC, *ENF 28*].

⁷¹⁴ Sur la constitutionnalité et les garanties procédurales exigées dans le cadre ce processus, voir *Suresh*, *supra* note 93.

⁷¹⁵ Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels 2019 à 2020*, 2020, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2019-2020/index-fra.html> [ASFC, *Rapport sur les résultats 2019-2020*]; ASFC, *Rapport sur les résultats 2018-2019*, *supra* note 648; Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels de 2016-2017*, 9 novembre 2017, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2016-2017/report-rapport-fra.html> [ASFC, *Rapport sur les résultats 2016-2017*]; Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapports du vérificateur général du Canada. Rapport 1 — Le renvoi d'immigrants refusés*, 2020 en ligne : <www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_202007_01_f_43572.html> [Bureau du vérificateur général, *Renvois d'immigrants refusés*]. Les données concernant les renvois effectués par l'ASFC ne sont pas publiées de façon régulière ou toujours précise, je présente ici celles que j'ai repérées dans la documentation gouvernementale.

8 683 et 13 249 personnes ont été renvoyées du Canada, pour une moyenne de 11 617 renvois par année⁷¹⁶. Un récent rapport du Bureau du Vérificateur général est par ailleurs critique de la gestion par l'ASFC de son programme de renvoi⁷¹⁷.

Les autorités canadiennes emploient ainsi un ensemble de mécanismes pour empêcher l'entrée des personnes non citoyennes indésirables ou pour les expulser. À ces mesures se greffe la détention administrative, mobilisée à la fois pour contrôler l'accès au territoire et pour appuyer le processus d'expulsion.

2.3. La détention des personnes non citoyennes

Comme abordé en introduction de ce chapitre, les pratiques relatives à la détention liée à l'immigration s'avèrent pertinentes pour comprendre les ressorts de la mise en œuvre de mécanismes de contrôle des indésirables. En effet, comparativement aux mécanismes de contrôle présentés dans la section précédente, elle vise non seulement l'exclusion des indésirables, mais aussi parfois leur réforme. En outre, certaines caractéristiques du droit de l'immigration, soit son degré élevé d'indétermination et son insertion dans la branche du droit administratif, ont pour effet d'octroyer au pouvoir exécutif et à l'administration une grande latitude dans l'application de ce mécanisme. Les personnes qui y sont soumises se retrouvent, en retour, dans une situation juridique fragile, protégées par des garanties moins robustes qu'en droit criminel, par exemple.

De plus, la détention soulève un ensemble d'enjeux sociaux d'autant plus importants qu'elle fait l'objet d'un usage croissant dans le monde depuis les années 1970⁷¹⁸. Au Canada, l'adoption de la LIPR en 2001 a entraîné un durcissement du régime de détention et une augmentation du nombre de personnes détenues au cours les années suivantes. Bien que ce nombre ait fluctué ces dernières années, il augmente régulièrement depuis l'année 2016-2017⁷¹⁹.

Après un bref historique de la détention liée à l'immigration avant l'entrée en vigueur de la LIPR (2.3.1), j'examinerai le cadre juridique encadrant ce mécanisme de contrôle (2.3.2), de même que

⁷¹⁶ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, *supra* note 487.

⁷¹⁷ Bureau du vérificateur général, *Renvois d'immigrants refusés*, *supra* note 715.

⁷¹⁸ Wilsher, *Immigration Detention*, *supra* note 8; Bourbeau, « Processus et acteurs », *supra* note 5. Idil Atak et François Crépeau soulignent le recours croissant à la détention comme mode de gestion de l'immigration irrégulière, dans l'Union européenne, à la fois par des pays membres comme la Grèce ou l'Italie, mais aussi par des tiers pays comme la Turquie : Atak et Crépeau, *supra* note 604 aux pp 609 et s.

⁷¹⁹ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

les critiques qui y sont adressées (2.3.3) et les récentes initiatives mises en place par l'ASFC et la CISR pour y répondre (2.3.4).

2.3.1. Historique de la détention liée à l'immigration au Canada (1867 – 2002)

L'historique du recours à la détention en matière d'immigration doit se lire en conjonction avec l'évolution des politiques d'immigration et des mesures de contrôles des frontières, notamment celles qui visent l'exclusion des personnes considérées comme indésirables. J'ai fait dans la partie précédente une description des moyens contemporains de contrôle des frontières. Pour comprendre les origines, les fonctions et le fonctionnement de cette forme de détention, il faut cependant faire un pas en arrière et revenir aux origines du pouvoir qu'ont les États de contrôler leurs frontières⁷²⁰. Par ailleurs, s'il est possible de faire un historique des pouvoirs de détention liée à l'immigration à partir des textes de loi, la documentation repérée sur le sujet dans le contexte canadien est peu abondante avant les années 2000. Les informations sur la mise en œuvre de ces dispositions au fil des décennies précédentes demeurent donc lacunaires.

L'émergence du contrôle des frontières étatiques concorde avec la consolidation des États-nations au dix-neuvième siècle⁷²¹. Cela ne signifie pas que chacun ou chacune était auparavant libre d'aller et venir selon sa volonté. Pour reprendre la formule de John Torpey, les États ont plutôt monopolisé, depuis la Révolution française, les « "moyens de déplacement" légitimes » [guillemets dans l'original; ma traduction]⁷²².

Avec la concentration de ces pouvoirs dans les mains des États apparaît, au tournant du vingtième siècle, l'idée selon laquelle ces mêmes États ont le pouvoir absolu de déterminer qui peut entrer sur le territoire et qui doit en être exclu, idée qui est au fondement des critères de sélection et d'exclusion des politiques d'immigration⁷²³. En ce sens, le droit de l'immigration joue un rôle « constitutif » pour l'État-nation moderne; sa fonction est de déterminer qui peut devenir membre de la communauté et qui doit en être exclu⁷²⁴. Puisqu'il s'agirait d'un « aspect essentiel de la

⁷²⁰ En ce qui concerne les politiques canadiennes en la matière, je ne recule que jusqu'en 1867, année de « naissance » du Canada dans sa forme juridique et fédérale moderne. Pour un aperçu des politiques d'immigration qui précèdent, voir Kelley et Trebilcock, *supra* note 19; Knowles, *supra* note 18.

⁷²¹ Pour une analyse détaillée de ce processus, voir Torpey, *supra* note 404.

⁷²² *Ibid* aux pp 4, 124. Il ajoute que ce processus fut l'un des éléments centraux de leur développement en tant qu'État.

⁷²³ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 166.

⁷²⁴ Dauvergne, « Less Brave New World », *supra* note 349 à la p 540.

souveraineté étatique » [ma traduction], cela justifie le fait que le pouvoir exécutif se voit déléguer un grand nombre de pouvoirs en cette matière⁷²⁵.

Au Canada, sur le plan juridique, cette idée est formulée en 1906 par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Attorney General of Canada v Cain* :

*One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order, and good government, or to its social or material interests.*⁷²⁶

Ce pouvoir consiste donc en un droit, pour l'État, de déterminer les conditions d'admission sur son territoire, d'en refuser l'accès à un étranger, mais aussi d'expulser cet étranger⁷²⁷. Près de deux décennies plus tôt, la Cour suprême des États-Unis reconnaît un pouvoir similaire à l'État fédéral dans le *Chinese Exclusion Case* :

*That the government of the United States, through the action of the legislative department, can exclude aliens from its territory is a proposition which we do not think open to controversy. Jurisdiction over its own territory to that extent is an incident of every independent nation.*⁷²⁸

Aujourd'hui, ce pouvoir se trouve d'ailleurs au cœur de ce que la Cour suprême du Canada a nommé le « principe le plus fondamental du droit de l'immigration [qui] veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer »⁷²⁹.

À l'époque où ces premières décisions sont rendues et que les États centralisent dans leurs mains le pouvoir de réguler le déplacement des personnes, des techniques d'identification et de contrôle

⁷²⁵ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 aux pp 115–116. Voir aussi Torpey, *supra* note 404 aux pp 7 et s.

⁷²⁶ [1906] UKPC 55, [1906] AC 542 au para 5 [*Cain*].

⁷²⁷ Ce pouvoir est par ailleurs rappelé par la Cour suprême (dans les motifs concurrents du juge La Forest) dans l'arrêt *Kindler c Canada (Ministre de la Justice)*, ([1991] 2 RCS 779 à la p 834, 1991 CanLII 78 [*Kindler*]), qui le décrit aussi comme « un *devoir* d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos » [mes italiques] (*ibid*).

⁷²⁸ *Chae Chan Ping v United States*, 130 US 581, aux pp 603–604 (1889) [*Chinese Exclusion Case*]. La Cour fonde ce pouvoir d'exclusion des étrangers sur l'obligation que possède la « nation » de préserver son indépendance et sa sécurité, qui peuvent être remises en cause non seulement par la guerre avec un État étranger, mais aussi par la présence de plusieurs de ses ressortissants (*ibid* à la p 606). Sur le plan du rôle du pouvoir judiciaire, si le gouvernement (dans cette affaire par le biais du pouvoir législatif) considère que la présence d'étrangers menace « sa paix et sa sécurité », les tribunaux doivent respecter cet avis et ne pas intervenir dans l'expulsion de ces étrangers, en temps de guerre comme en temps de paix.

⁷²⁹ *Chiarelli*, *supra* note 335 à la p 733.

de ces individus, dont la détention, font leur apparition⁷³⁰. Sur le plan juridique, l'existence de larges pouvoirs étatiques en matière d'exclusion fait en sorte que les mesures prises pour leur mise en œuvre, telles que la détention, ne sont pas considérées séparément de la déportation⁷³¹; la détention est conceptualisée comme étant accessoire à celle-ci et donc distincte de l'emprisonnement criminel⁷³². Il s'agit d'abord d'un enjeu administratif plutôt que de liberté⁷³³, même s'il est possible, au Canada, de la contester par le biais de recours en *habeas corpus*⁷³⁴. Selon Daniel Wilsher, qui s'intéresse à l'histoire de ce pouvoir aux États-Unis et en Grande-Bretagne, on voit ainsi la détention, dans les pays de *common law*, comme un « outil pratique pour une administration rationnelle et efficiente des lois » [ma traduction]⁷³⁵.

Au Canada, l'*Acte relatif à l'immigration et aux immigrants*⁷³⁶ de 1869 ne contient pas de disposition relative à la détention des personnes immigrantes. Si l'*Acte de l'immigration chinoise*⁷³⁷ de 1885 crée certaines infractions pénales passibles d'emprisonnement, les premières dispositions prévoyant l'arrestation et la détention administrative d'étrangers pour des motifs liés à l'immigration apparaissent en 1897 dans l'*Acte à l'effet de restreindre l'importation et l'emploi des aubains*⁷³⁸ et en 1906 dans l'*Acte de l'immigration*⁷³⁹.

Les lois sur l'immigration de 1906 et 1910⁷⁴⁰ prévoient toutes deux la possibilité de détenir les personnes immigrantes pour des motifs spécifiquement liés à des questions migratoires. La

⁷³⁰ Wilsher, *Immigration Detention*, *supra* note 8 aux pp 6–7. Ces techniques s'avèrent essentielles pour que les autorités puissent départager « qui appartient [à une communauté] et qui n'y appartient pas » [ma traduction] : Torpey, *supra* note 404 à la p 16.

⁷³¹ Wilsher, *Immigration Detention*, *supra* note 8 à la p 6. C'est le cas dans des pays de *common law* comme les États-Unis et la Grande-Bretagne.

⁷³² La Cour suprême des États-Unis établit une distinction nette entre la détention en vue de la déportation et la détention comme punition : voir *Wong Wing v United States*, 163 US 228 aux pp 235 et s (1896) [*Wong Wing*]. Dans le *Chinese Exclusion Case* (*supra* note 728), la justification légale de la détention du ressortissant chinois qui cherche à retourner aux États-Unis se trouve dans le fait que le gouvernement a déterminé qu'il n'a pas le droit d'entrer sur le territoire. Au Canada, la position selon laquelle la détention en matière d'immigration est accessoire au pouvoir d'expulsion des étrangers sera articulée en 1932 par la Cour suprême dans *Vaaro and others v. The King* (1932), [1933] SCR 36, 1932 CanLII 77 [*Vaaro*].

⁷³³ Enjeu de liberté qui impliquerait des garanties procédurales plus robustes et un rôle judiciaire accru. La Cour suprême des États-Unis fait par exemple montre d'une grande déférence envers les pouvoirs du Congrès en matière d'immigration : voir *Wong Wing* *supra* note 732 à la p 237; *Yamataya v Fisher*, 189 US 86 à la p 97 (1903).

⁷³⁴ Voir par ex *The King v Jeu Jang How*, [1919] 59 RCS 175, 50 DLR 41. Voir cependant la section 2.3.2.4, ci-dessous.

⁷³⁵ Wilsher, *Immigration Detention*, *supra* note 8 aux pp 14, 39.

⁷³⁶ LC 1869, c 10 [*Acte relatif à l'immigration de 1869*].

⁷³⁷ *Supra* note 321, art 16–19.

⁷³⁸ LC 1897, c 11, art 6 [*Acte à l'effet de restreindre l'importation des aubains*].

⁷³⁹ *Supra* note 459.

⁷⁴⁰ *Loi de l'immigration de 1910*, *supra* note 460.

première permet par exemple la détention lors de l'arrivée, si celle-ci se fait en contravention de la loi ou si la personne est refusée à la suite d'un examen médical⁷⁴¹, ou dans les deux ans suivant l'arrivée si la présence n'est plus conforme à la loi⁷⁴². La deuxième prévoit plusieurs cas où la détention est possible : lors de l'arrivée, pendant l'examen d'une plainte à l'effet qu'une personne ferait partie d'une catégorie désignée par cette loi comme étant « peu désirable »⁷⁴³ (ex. : criminalité, prostitution, mendicité) ou à la suite d'une peine d'emprisonnement.

Néanmoins, la détention des personnes immigrantes dans les décennies qui suivent l'adoption de ces lois se rapporte principalement à l'internement « d'étrangers ennemis »⁷⁴⁴ dans des camps pendant les deux guerres mondiales. Des milliers de personnes originaires des empires allemands, austro-hongrois et ottomans, sont détenus pendant la Première Guerre mondiale, en vertu toutefois de la *Loi sur les mesures de guerre*. Une clause privative empêche alors les tribunaux de contrôler la légalité de ces détentions par le biais de recours en *habeas corpus*⁷⁴⁵. Barbara Roberts rapporte que le gouvernement a déclaré pendant cette période avoir détenu 8 579 personnes dans des camps, dont 3 179 « vrais » prisonniers de guerre transportés depuis l'Europe, les autres étant des civils présents au Canada⁷⁴⁶. Pendant la Deuxième Guerre mondiale, la détention des étrangers ennemis est à nouveau autorisée par la *Loi sur les mesures de guerre*. Leur détention se déroule en deux phases. D'une part, près de 2500 personnes sont incarcérées à la suite de l'entrée en guerre du Canada, la majorité étant de descendance allemande ou italienne. D'autre part, presque 22 000 personnes de descendance japonaise sont emprisonnées en 1942. Ces détentions échappent encore à l'examen des tribunaux⁷⁴⁷. Des « étrangers ennemis » sont également transportés au Canada depuis l'Angleterre, incluant à la fois des soldats faits prisonniers, mais aussi des personnes de

⁷⁴¹ *Acte de l'immigration de 1906*, *supra* note 459, arts 70, 23.

⁷⁴² *Ibid*, art 71.

⁷⁴³ *Loi de l'immigration de 1910*, *supra* note 460, arts 21, 33, 40, 42, 43. Les immigrants « peu désirables » sont désignés comme suit :

une personne [qui] a été reconnue coupable d'un acte criminel ou est devenue une prostituée ou une pensionnaire dans une maison malfamée, ou est notoirement connue comme une proxénète, ou un souteneur ou une personne qui vit du produit de la prostitution ou est devenue un mendiant de profession ou un fardeau pour le public, ou a été internée dans un pénitencier, une geôle, une maison de réforme, une prison, ou est devenue pensionnaire d'un hôpital, d'un asile d'aliénés ou d'une institution publique de charité (art 40).

⁷⁴⁴ À noter que certaines étaient nées au Canada et considérées comme citoyennes. Il ne s'agit donc pas uniquement de personnes immigrantes, mais de personnes qui, immigrantes ou non, étaient considérées comme étrangères en raison de leurs liens avec des pays contre qui le Canada était en guerre.

⁷⁴⁵ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 aux pp 171–174.

⁷⁴⁶ Roberts, *supra* note 325 à la p 68.

⁷⁴⁷ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 aux pp 279–280, 314. Ces auteurs expliquent cette politique par le contexte de guerre, qui facilite l'amalgame entre la présence de ressortissants de pays avec lesquels le Canada est en guerre et les dangers pour la sécurité nationale, ainsi que par le racisme dirigé vers certains groupes.

nationalité allemande présentes en Angleterre, par exemple des personnes de confession juive ayant fui le régime nazi (par ailleurs parfois détenues avec des soldats allemands)⁷⁴⁸. Au moins 35 000 « étrangers ennemis » auraient ainsi été emprisonnés entre 1940 et 1945⁷⁴⁹.

Dans les années 1930, en contexte de crise économique, les autorités canadiennes restreignent de façon drastique leurs politiques migratoires, très peu de catégories de personnes étant autorisées à entrer au Canada. À cette fermeture quasi complète des frontières s'ajoute aussi une hausse importante des déportations. Le nombre moyen de renvois passe d'environ 1000 par an entre 1902 et 1928 à 5700 par an entre 1930 et 1935. La plupart des personnes sont visées par des plaintes pour des raisons d'indigence, mais certaines sont aussi expulsées pour des raisons de criminalité ou de santé⁷⁵⁰. Certaines sont détenues pendant le processus de renvoi qui, comme aujourd'hui, s'allonge parfois en raison de la difficulté des démarches nécessaires pour obtenir des documents de voyage. Le ministère de l'Immigration dispose à cette époque « d'hôpitaux de détention » [ma traduction], mais dans les faits utilisés comme prisons, dans les villes de Vancouver, Winnipeg et Montréal⁷⁵¹. Le ministère va même mettre sur pied un camp d'internement pour certaines personnes jugées plus dangereuses, soit les activistes suspectés d'allégeance socialiste ou communiste⁷⁵².

Bien qu'à cette époque les décisions d'agents d'immigration prononçant le renvoi ne sont pas soumises à l'examen des tribunaux (seules existent des procédures de nature administrative), la détention aux fins de la déportation peut faire l'objet de recours en *habeas corpus*. Toutefois, la jurisprudence établit que les individus qui font face à la déportation, « peu importe les conséquences que de tels renvois forcés puissent avoir sur leur vie ou sur leur sécurité, jouiss[ent]

⁷⁴⁸ Musée Holocauste Montréal, « Les “ennemis étrangers” au Canada », sans date, en ligne : <museeholocauste.ca/fr/ressources-et-formations/ennemis-etrangers-canada>.

⁷⁴⁹ Jean-François Nadeau, « La colonie pénitentiaire », *Le Devoir* (3 septembre 2020), en ligne : www.ledevoir.com/societe/le-devoir-de-philo-histoire/585258/deuxieme-guerre-mondiale-la-colonie-penitentiaire.

⁷⁵⁰ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 231. Pour une analyse fouillée des statistiques concernant les déportations au début du vingtième siècle, voir Roberts, *supra* note 325.

⁷⁵¹ Roberts, *supra* note 325 à la p 88. Pour un aperçu des difficiles (et parfois choquantes) conditions de détention des personnes non citoyennes à Montréal dans les années 1930 (bâtiment vétuste, entretien négligé, surpopulation, mixité, manque de soins, vermines, etc.), voir *ibid* aux pp 187–189.

⁷⁵² *Ibid*. En ce qui concerne le contexte américain à la même époque, Daniel Wilsher souligne qu'en raison de craintes liées au communisme, on recourt au droit de l'immigration pour se débarrasser d'activistes non-citoyens « qui ne pouvaient facilement être poursuivis faute de preuve ou parce qu'ils n'avaient pas commis de crime » [ma traduction] : Wilsher, *Immigration Detention*, *supra* note 8 à la p 30. Le droit de l'immigration semble ainsi instrumentalisé pour accomplir des objectifs autres que les fins du droit de l'immigration.

de beaucoup moins de droits que les plaideurs ou les accusés dans les tribunaux civils ou criminels du pays » [ma traduction]⁷⁵³.

En 1932, la Cour suprême confirme par ailleurs que, dans le domaine de l'immigration, la détention est accessoire au pouvoir d'exclusion et d'expulsion des étrangers. Dans l'affaire *Vaaro [sic]*⁷⁵⁴ *and others v. The King*⁷⁵⁵, les appelants contestent leur détention, ordonnée en vertu du droit de l'immigration, par le biais d'une demande en *habeas corpus*. Si la Cour confirme la disponibilité de ce recours pour les étrangers détenus en vertu du droit de l'immigration, la détention y est décrite comme faisant partie de la « machinerie » qui permet de mettre en œuvre le pouvoir étatique de contrôle des frontières :

Broadly speaking, every alien, who has been admitted into and is actually in Canada and who has been taken into custody on charge for which he may be deported, is entitled to the benefit of the writ of habeas corpus to test in court if his detention is according to law. If it is not the applicant may be released. If, however, his detention is authorized by law his application must be refused.

*It is generally considered that by the law of nations the supreme power in every state has the right to make laws for the exclusion and expulsion of aliens and to provide the machinery by which these laws can be effectively enforced [...] The question therefore in this appeal is whether the Immigration Act authorizes the detention of the appellants.*⁷⁵⁶

La détention d'une personne non citoyenne est ici conçue comme une privation de liberté dont on peut certes contester la légalité, mais surtout une mesure administrative, bureaucratique qui vise à répondre aux objectifs d'exclusion ou d'expulsion du droit de l'immigration.

Adoptée peu de temps après la Deuxième Guerre mondiale, la *Loi sur l'immigration* de 1952 prévoit d'assez vastes pouvoirs en matière de détention des personnes non citoyennes⁷⁵⁷. En bref, elles peuvent être placées en détention lors de l'arrivée ou en vue de l'expulsion. Entre 1946 et 1961, environ 500 personnes par année sont déportées, notamment pour des raisons liées à de

⁷⁵³ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 232.

⁷⁵⁴ Le nom de la personne se lirait plutôt Vaara : Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 242.

⁷⁵⁵ *Supra* note 732.

⁷⁵⁶ *Ibid* à la p 40.

⁷⁵⁷ *Loi sur l'immigration de 1952, supra* note 462, art 15–17. L'article 15 précise qu'une personne qui doit faire l'objet d'un examen ou d'une enquête ou à l'encontre de qui une ordonnance d'expulsion a été rendue peut être arrêtée en vertu d'un mandat et détenue. Pour certaines infractions à la loi, notamment l'entrée irrégulière, l'article 16 rend possible la détention sans mandat d'arrestation par tout agent de la paix fédéral, provincial ou municipal. L'article 17 dispose également que « [t]oute personne à l'égard de laquelle une enquête doit être tenue ou une ordonnance d'expulsion a été rendue, peut être détenue en attendant l'issue de l'enquête, l'appel ou l'expulsion à une station d'immigrants ou à un autre endroit que le Ministre juge satisfaisant ». L'article 24 précise qu'une personne peut être détenue pour enquête lors de son admission au Canada si, après un premier examen, un fonctionnaire de l'immigration estime que l'admission pourrait être contraire à la loi.

fausses représentations, à la criminalité, à la santé et à la sécurité⁷⁵⁸. Entre 1967 et 1971, année jusqu'à laquelle j'ai pu trouver des statistiques relatives à la déportation pour cette période, 11 766 personnes sont déportées, pour fausses représentations, criminalité ou raisons de sécurité⁷⁵⁹. On peut supposer qu'un certain nombre d'entre elles ont été détenues pendant le processus de déportation, mais peu d'informations sont disponibles à cet égard.

Après de vastes travaux de consultation, la *Loi sur l'immigration de 1976*⁷⁶⁰ opère une vaste réforme du système d'immigration. Elle entre en vigueur en 1978 et rend possible la détention dans trois principales circonstances : à l'arrivée au Canada, après que la personne soit entrée au Canada ou pendant une enquête concernant son renvoi. Les motifs de détention concernent principalement le fait de poser un danger pour le public, le fait de se soustraire à une procédure prévue par la loi, l'identité non établie⁷⁶¹ ou le risque à la sécurité (ex. : espionnage, renversement du gouvernement)⁷⁶².

La majorité des personnes sont détenues dans des installations à sécurité intermédiaire⁷⁶³. Dans un article paru en 1992 (l'une des seules publications sur le sujet repérées pour cette époque)⁷⁶⁴, Stephen Foster présente les conclusions de différents rapports gouvernementaux et de la société civile concernant les difficiles conditions de détention dans ces installations. Il rapporte qu'en 1985, les personnes détenues à Montréal ont entamé une grève de la faim et que la police est intervenue lors d'un début d'émeute. Parmi les conditions déplorées, l'auteur cite un rapport du ministère de l'Immigration qui relate le manque d'espace dans les différents lieux des centres de détention, le manque d'entretien et de standards de propreté, une mauvaise ventilation et de mauvaises odeurs. D'autres documents mentionnent aussi le manque d'intimité pour les femmes,

⁷⁵⁸ Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 350.

⁷⁵⁹ *Ibid* aux p 369 et s. Kelley et Trebilcock présentent quelques hypothèses pour expliquer cette hausse, dont la coopération entre la GRC et le FBI pour arrêter les déserteurs de l'armée américaine et les objecteurs de conscience, l'adoption en 1966 d'un règlement permettant aux visiteurs d'appliquer pour un statut d'immigrant une fois au Canada (un refus pouvant entraîner l'expulsion) ainsi que la présence de membres d'équipage qui décidaient de quitter leur navire et demeurer au Canada de façon irrégulière.

⁷⁶⁰ *Supra* note 463.

⁷⁶¹ Motif de détention ajouté en 1989, en réaction à l'arrivée d'un bateau avec à son bord quelque 173 personnes demandant l'asile : Kelley et Trebilcock, *supra* note 19 à la p 406.

⁷⁶² Stephen Foster, « Immigration Detention » (1992) 8 *Journal of Law & Social Policy* 107 aux pp 109 et s.

⁷⁶³ *Ibid* à la p 119. L'auteur parle de « *medium-security hotel facilities* », par exemple des portions d'hôtel qui ont subi d'importantes modifications pour servir de lieux de détention. Il ajoute que l'expression « hôtel » est « quelque peu trompeuse » [ma traduction]. Pour un aperçu des installations utilisées, voir *ibid*.

⁷⁶⁴ *Ibid* aux pp 129 et s. Voir aussi Paula Hurwitz, « New Detention Provisions of the Immigration Act: Can They Withstand a Charter Challenge? » (1989) 47:2 *University of Toronto Faculty of Law Review* 587.

des installations inappropriées pour les enfants et les familles, l'exposition à la fumée secondaire, l'accès limité à l'extérieur et à l'air frais, le manque d'espaces récréatifs et de repos, des mesures disciplinaires arbitraires (comme le transfert vers un établissement correctionnel), l'utilisation inappropriée des menottes, des fers aux pieds et d'autres instruments de contention⁷⁶⁵, la détention à long terme ainsi que l'accès limité aux services juridiques (causé par exemple par le manque de téléphones disponibles ou l'absence d'installation assurant la confidentialité des consultations juridiques).

Sur le plan mondial, à partir des années 1970, la détention des personnes non citoyennes s'amplifie dans un climat de méfiance et de peur envers les migrations et, depuis les années 1980, on assiste à un développement sans précédent de cette pratique, en termes de nombre et de durée. Outre les raisons sécuritaires, on justifie également la détention par des objectifs bureaucratiques comme dissuader l'immigration non autorisée, s'assurer de pouvoir renvoyer les personnes ou protéger l'intégrité du système d'immigration⁷⁶⁶. Certaines hypothèses sont avancées pour expliquer cette expansion du recours à la détention, parmi lesquels le mouvement d'externalisation des mesures d'interdiction des États de destination vers les États de transit, où des régimes juridiques spécifiques liés à la détention des personnes migrantes sont adoptés et des centres de détention construits⁷⁶⁷. Camille Bonenfant-Martin cite plusieurs auteurs et autrices affirmant que le recours croissant à la détention s'explique également par la participation des entreprises privées à la mise en œuvre des contrôles migratoires⁷⁶⁸. L'entrée en vigueur de la LIPR en 2002 s'inscrit dans cette tendance et marque un durcissement en matière de détention des personnes non citoyennes au Canada.

⁷⁶⁵ Parmi les pratiques utilisées à l'époque, Stephen Foster rapporte l'utilisation de sédatifs pour renvoyer les personnes qui ne collaboraient pas à leur renvoi, pratique alors abandonnée, mais remplacée par l'usage de ruban adhésif placé sur la bouche et aux poignets : Foster, *supra* note 762 à la p 136.

⁷⁶⁶ Wilsher, *Immigration Detention*, *supra* note 8 à la p 57. La détention répond également à des objectifs d'efficacité bureaucratique (assurer un suivi serré des dossiers de la détection de la présence de la personne jusqu'à son expulsion, rapidité de traitement) : *ibid* à la p 277. Cela n'est pas sans rappeler le choix de politiques fait aux États-Unis au début du vingtième siècle : dans les cas des décisions en matière d'immigration, on considère que les normes judiciaires d'adjudication peuvent nuire aux procédures administratives et qu'elles sont contraires aux objectifs de l'administration. Les pouvoirs en matière d'immigration ont ainsi été confiés à une agence administrative en 1905 parce que les normes de fonctionnement des cours empêchaient le gouvernement de parvenir à ses fins d'exclusion des migrants : Lucy E Salyer, *Laws Harsh as Tigers. Chinese Immigrants and the Shaping of Modern Immigration Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995 à la p xviii.

⁷⁶⁷ Michael Flynn, « Attention à ce que vous souhaitez » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 22. L'auteur cite à l'appui de son affirmation le financement de la construction d'un centre de détention en Mauritanie par le gouvernement espagnol.

⁷⁶⁸ Bonenfant-Martin, *supra* note 436 à la p 106.

2.3.2. Cadre juridique et administratif (2002 – ...)⁷⁶⁹

Comme mentionné précédemment, la LIPR constitue aujourd’hui, au niveau fédéral, la colonne vertébrale du système d’immigration. Elle met en place les grandes balises qui encadrent les programmes d’immigration, administrés par IRCC, ainsi que les mesures d’exécution de la loi (dont la détention), qui tombent sous la responsabilité du ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile et qui sont mises en application par l’ASFC⁷⁷⁰.

Le Parlement adopte la LIPR en 2001 (mais avant les attentats du 11 septembre 2001); elle entre en vigueur l’année suivante. Deux régimes de détention sont alors prévus, soit le régime principal, potentiellement applicable à toute personne non citoyenne, ainsi que celui associé aux certificats de sécurité⁷⁷¹, qui peut s’appliquer aux personnes considérées par les autorités comme représentant danger pour la sécurité nationale⁷⁷². Un troisième s’ajoute lors de la réforme de 2012. Il s’agit du régime de détention des étrangers désignés⁷⁷³. Ces deux derniers régimes ont été très peu utilisés au cours des dernières années. Les statistiques de l’ASFC montrent qu’une seule personne a été

⁷⁶⁹ Rapporter des règles telles que prédéterminées par l’instance qui les émet s’avère une tâche particulièrement ardue... comment faire en effet pour décrire des textes de loi tels qu’adoptés, sans y ajouter sa propre interprétation, ne serait-ce que par le choix des éléments que l’on choisit d’inclure dans notre description? Je mets donc la lectrice ou le lecteur en garde : je rapporte ici les éléments qui prédéterminent les pratiques du personnel de l’ASFC, mais en les ayant moi-même un peu (mais le moins possible!) codéterminés.

⁷⁷⁰ En 2019-2020, les dépenses de l’ASFC se sont élevées à près 2,1 milliards de dollars et 14 971 personnes étaient à son emploi, soit 5% de toute la fonction publique fédérale : Gouvernement du Canada, « Infographie pour Agence des services frontaliers du Canada », (16 novembre 2021), en ligne : *L’InfoBase du GC* <www.tbs-sct.gc.ca/ems-sgd/edb-bdd/index-fra.html#orgs/dept/26/infograph/people> [Gouvernement du Canada, « Infographie pour ASFC »]. Les coûts du programme de détention se sont élevés à 65,25 millions de dollars en 2018-2019 et 71,38 millions de dollars en 2019-2020 : *ibid.*

⁷⁷¹ LIPR, *supra* note 20, arts 81 et s. Le régime des certificats de sécurité permet le prononcé d’une interdiction de territoire et le renvoi de personnes non citoyennes pour des raisons de grande criminalité, de criminalité organisée, de sécurité ou d’atteintes aux droits humains ou internationaux (*ibid.*, art 77(1)). La personne visée par un tel certificat peut être arrêtée et détenue s’il existe « des motifs raisonnables de croire qu’elle constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’elle se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi » (*ibid.*, art 81). Les contrôles des motifs de la détention sont alors effectués par la Cour fédérale et non la SI (*ibid.*, art 82). Le régime des certificats de sécurité fait l’objet d’une abondante jurisprudence. En 2014, la Cour suprême reconnaît la constitutionnalité du régime : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 RCS 33 [Harkat]. Plus spécifiquement au sujet de la détention en vertu des certificats de sécurité, voir *Charkaoui c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 RCS 350 [Charkaoui].

⁷⁷² Charkaoui, *supra* note 771 au para 2.

⁷⁷³ Ce régime a été incorporé à la LIPR en 2012 lors de l’adoption de la LPSIC (*supra* note 495). La LIPR (*supra* note 20) prévoit l’arrestation et la détention obligatoire de tout étranger désigné âgé de seize ans ou plus (art 55(3.1)), un premier contrôle des motifs de la détention dans les quatorze jours et des contrôles subséquents tous les six mois (art 57.1), ainsi que de strictes conditions pour la mise en liberté par la Section de l’immigration (art 58(1.1)). La désignation d’un étranger peut se faire, par arrêté ministériel, dans le cas de l’arrivée irrégulière d’un groupe, sous certaines conditions explicitées à l’article 20.1(1).

détenue en vertu d'un certificat de sécurité depuis 2012 et qu'aucun étranger désigné n'a été détenu⁷⁷⁴.

En raison de cette sous-utilisation de ces deux derniers régimes, c'est ainsi la mise en œuvre du régime principal qui est au centre de ma recherche, plus particulièrement lorsqu'elle est le fait du personnel de l'ASFC. Toutefois, cette mise en œuvre relève aussi de nombreux autres acteurs et institutions administratives, quasi judiciaires et judiciaires. J'expose ainsi également des éléments relatifs à la tenue des audiences de contrôle des motifs de détention par la CSIR et aux différents recours devant les tribunaux (demande de contrôle judiciaire et recours en *habeas corpus*). Bien que pas tous directement liés aux pratiques du personnel de l'ASFC, ils demeurent néanmoins pertinents puisqu'ils permettent de comprendre le contexte institutionnel plus large dans lequel s'inscrivent ces pratiques.

Le droit de l'immigration se situe au confluent du droit administratif, du droit constitutionnel (notamment la protection des droits de la personne), du droit international et, de plus en plus, du droit pénal⁷⁷⁵. En outre, en droit canadien, l'immigration constitue une compétence législative partagée entre le parlement fédéral et les législatures provinciales⁷⁷⁶. Il en résulte un réseau complexe de normes juridiques qui encadrent le pouvoir dont dispose l'État de contrôler l'accès des individus à son territoire, pouvoir de contrôle auquel la détention est étroitement liée.

À la lecture de la LIPR, on peut diviser le processus de détention en trois principales étapes : la prise de décision par une agente ou un agent de l'ASFC (2.3.2.1), le contrôle des motifs de la détention par une ou un commissaire de la SI (2.3.2.2), ainsi que le contrôle judiciaire de cette décision par les cours fédérales (2.3.2.3)⁷⁷⁷. Alternativement, les personnes détenues peuvent aussi présenter une demande d'*habeas corpus* devant les cours supérieures des provinces (2.3.2.4). J'aborde également les aspects de droit administratif (2.3.2.5) et constitutionnel (2.3.2.6) pertinents pour l'étude de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires par les agentes et agents de l'ASFC.

⁷⁷⁴ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313

⁷⁷⁵ Ce que plusieurs désignent comme la criminalisation de l'immigration, voir la section 2.1, ci-dessus. Pour un aperçu des diverses facettes de ce phénomène, voir Graham Hudson, « The (Mis-)Uses of Analogy: Constructing and Challenging Crimmigration in Canada » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, McGill-Queen's University Press, 2018, 37; Legomsky, *supra* note 403; Stumpf, « Crimmigration Crisis », *supra* note 316. Pour une perspective critique du concept, voir João Velloso, « Au-delà de la criminalisation : l'immigration et les enjeux pour la criminologie » (2013) 46:1 *Criminologie* 55.

⁷⁷⁶ Voir la section 2.2, ci-dessus.

⁷⁷⁷ LIPR, *supra* note 20, arts 55–56, 57–58, 72–75.

Je complète ce cadre juridique à l'aide de documents de nature administrative, qui permettent de brosser un portrait plus précis des pratiques du personnel de l'ASFC et des commissaires de la SI. J'ai décidé de les inclure dans cette description, puisque comme la jurisprudence, ils précisent la portée de ces dispositions, comblant ainsi une partie de l'indétermination du droit relatif à la détention. Aux fins de cet exercice, j'ai retenu les documents qui sont rendus publics par ces organisations. On retrouve notamment un chapitre du manuel d'exécution de la loi (non contraignant⁷⁷⁸) qui concerne spécifiquement la détention et qui

contient des directives à l'intention des agents de [l'ASFC] affectés aux points d'entrée et à l'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs, à qui des pouvoirs en matière de détention ont été délégués en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR). Il expose également les principes qui étayent notre politique sur la détention ainsi que le cadre administratif et juridique où la mise en détention s'exerce.⁷⁷⁹

Un deuxième document administratif important à tenir en compte sont les *Directives numéro 2 du président : détention*, non contraignantes, qui « visent à aider les commissaires [...] à s'acquitter de leurs fonctions de décideurs en promouvant l'uniformité, la cohérence et l'équité du contrôle des motifs de détention »⁷⁸⁰. S'ils sont moins centraux, d'autres documents sont également pertinents, notamment les chapitres du manuel d'exécution de la loi concernant les enquêtes et contrôles des motifs de détention⁷⁸¹ et les solutions de rechange à la détention⁷⁸².

Comme nous l'avons vu, l'émergence des contrôles migratoires tels que nous les connaissons aujourd'hui est intimement liée à la formation des États modernes, dont la bureaucratisation constitue un aspect fondamental⁷⁸³. Les dossiers représentent un élément important de cette bureaucratisation, où tout est fixé par écrit⁷⁸⁴. Ainsi, un peu à la manière de Bruno Latour⁷⁸⁵, je

⁷⁷⁸ Sharryn J Aiken et al, *supra* note 28 à la p 122.

⁷⁷⁹ Agence des services frontaliers du Canada, *ENF 20. Détention*, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, 23 mars 2020 à la p 7, en ligne : <www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf20-fra.pdf> [ASFC, *ENF 20*].

⁷⁸⁰ CISR, *Directives numéro 2*, *supra* note 17 au para 1.1.1. Pour une analyse de l'ancienne version de ces directives à l'aune des standards internationaux, voir Jared Will, *Domestic and International Standards and the Immigration and Refugee Board's Guideline on Detention*, United Nations High Commissioner for Refugees, 2018, en ligne : <www.unhcr.ca/wp-content/uploads/2018/04/Domestic_international_standards_Immigration_Refugee_Board_Guideline_Detention_Febbruary2018.pdf>.

⁷⁸¹ Citoyenneté et immigration Canada, *ENF 3. Enquêtes et contrôle de la détention*, 29 avril 2015, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf03-fra.pdf> [ASFC, *ENF 3*].

⁷⁸² ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339.

⁷⁸³ Weber, *Économie et société*, *supra* note 48 à la p 298.

⁷⁸⁴ Torpey, *supra* note 404 à la p 18.

⁷⁸⁵ Bruno Latour, *La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004 à la p 80 :

propose de suivre le parcours d'un dossier fictif pour donner cet aperçu du processus de détention d'une personne non citoyenne.

2.3.2.1. Les pouvoirs d'arrestation et de détention de « l'agent »

La LIPR délègue à « l'agent »⁷⁸⁶ un certain nombre de pouvoirs en matière d'arrestation et de détention des personnes non citoyennes, dont les modalités varient selon le statut de la personne ainsi que selon le moment où survient l'arrestation ou la détention. La LIPR prévoit des droits et obligations qui se déclinent en fonction de quatre principaux statuts : citoyen, Indien (au sens de la *Loi sur les Indiens*⁷⁸⁷), résident permanent et étranger⁷⁸⁸. Seules les personnes ayant le statut de résidence permanente ou d'étranger peuvent être détenues en vertu de la LIPR.

Dans un premier temps, l'agent peut émettre un mandat pour l'arrestation et la détention d'une personne étrangère ou résidente permanente s'il a

des motifs raisonnables de croire qu'il est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44(2).⁷⁸⁹

Ce premier pouvoir vise les situations où l'agent a des motifs raisonnables de croire qu'une personne étrangère ou résidente permanente est interdite de territoire⁷⁹⁰ et qu'elle présente un danger pour la sécurité publique ou qu'elle est interdite de territoire et présente ce qui est

Il faut s'y faire : il n'y a pas d'autre moyen de dire le droit, de clore la dispute, d'avoir le dernier mot que de s'arrêter à ces dossiers épais, ce lent travail de réécriture, ces incessantes reprises de documents, ces précédents cherchés dans la poussière du passé, ces avis demandés à des collègues en costume cravate dont l'assemblage tranquille et terne ressemble plutôt à un club anglais du siècle dernier. [je souligne]

⁷⁸⁶ LIPR, *supra* note 20, arts 55 et s. La délégation des pouvoirs que la LIPR accorde au « Ministre » et la désignation de l'« agent » habilité à exercer les pouvoirs qui lui sont dévolus, dont le pouvoir de détention, se fait au moyen d'instruments de désignation et de délégation. Il s'agit principalement, dans le cas de la détention, de membres du personnel de l'ASFC : Agence des services frontaliers du Canada, « Délégation de pouvoirs et désignations d'agents par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés » (28 juin 2019), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/actreg-loireg/delegation/irpa-lipr-2019-06-1-fra.html>.

⁷⁸⁷ *Supra* note 287.

⁷⁸⁸ Voir par ex LIPR, *supra* note 20, art 19.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, art 55(1).

⁷⁹⁰ Les interdictions de territoire sont prévues aux arts 34–42 de la LIPR (*ibid.*). Au sujet des interdictions de territoire, voir la section 2.1.2, ci-dessus.

communément appelé un « risque de fuite »⁷⁹¹, situation dans laquelle l'agent croit par exemple que la personne ne se présentera pas pour son renvoi du Canada.

Dans un deuxième temps, l'agent peut arrêter et détenir, sans mandat, une personne étrangère

qui n'est pas une personne protégée dans les cas suivants :

- a) il a des motifs raisonnables de croire que celui-ci est interdit de territoire et constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44(2);
- b) l'identité de celui-ci ne lui a pas été prouvée dans le cadre d'une procédure prévue par la présente loi.⁷⁹²

Seules les personnes qui ont le statut d'étranger (qui ne sont donc ni citoyen, ni Indien, ni résident permanent) sont visées par ce pouvoir, à l'exception des personnes à qui l'on a conféré l'asile⁷⁹³. Aux motifs de danger pour la sécurité publique et de risque de fuite s'ajoute dans ces circonstances le motif de l'identité non prouvée.

Dans un troisième temps, l'agent peut détenir une personne résidente permanente ou étrangère lors de son entrée au Canada dans les cas où :

- a) il l'estime nécessaire afin que soit complété le contrôle;
- b) il a des motifs raisonnables de soupçonner que celui-ci est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour grande criminalité, criminalité ou criminalité organisée.⁷⁹⁴

Ainsi, deux motifs supplémentaires s'ajoutent lorsqu'une personne arrive au Canada. Le premier, le contrôle, fait référence à la procédure à laquelle doit se soumettre toute personne qui veut entrer au Canada⁷⁹⁵. Le second se rapporte à différents motifs d'interdiction de territoire, précisés aux

⁷⁹¹ Voir par exemple l'intitulé de l'article 245 du *RIPR*, *supra* note 365.

⁷⁹² *LIPR*, *supra* note 20, art 55(2).

⁷⁹³ Pour rappel, la *LIPR* définit la personne protégée comme étant la personne « à qui l'asile est conféré », soit à titre de réfugié ou de personne à protéger, ou encore à une personne qui s'est vue accorder une demande de protection à la suite d'un ERAR : *ibid*, art 95.

⁷⁹⁴ *Ibid*, art 55(3).

⁷⁹⁵ *Ibid*, art 18(1) : « quiconque cherche à entrer au Canada est tenu de se soumettre au contrôle visant à déterminer s'il a le droit d'y entrer ou s'il est autorisé, ou peut l'être, à y entrer et à y séjourner. » Le contrôle se fait par une inspection primaire et un contrôle secondaire, si nécessaire : voir Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *ENF 4 : Contrôles aux points d'entrée*, 2019, aux pp 28 et s, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf04-fra.pdf> [IRCC, *ENF 4*]. Dans l'affaire *Dehghani c Canada* ([1993] 1 RCS 1053, [1993] ACS no 38) [*Dehghani*], la Cour suprême a statué que le contrôle secondaire qui se déroule lors de l'arrivée d'une personne au Canada ne constitue pas une forme de détention

articles 34 à 37 de la LIPR. Notons ici que le fardeau de preuve exigé est moindre que celui que doit appliquer l'agent lorsqu'il s'agit des motifs de danger pour la sécurité publique et de risque de fuite : il doit en effet avoir des motifs raisonnables de « soupçonner » plutôt que de « croire » que la personne est interdite de territoire⁷⁹⁶. Les motifs raisonnables de croire sous-entendent « une croyance légitime à une possibilité sérieuse en raison de preuves dignes de foi »⁷⁹⁷, alors que les motifs raisonnables de soupçonner peuvent se baser sur

l'« ensemble des circonstances » et les inférences qu'on peut en tirer, y compris les renseignements fournis par d'autres personnes, les circonstances apparentes et les liens qu'entretiennent des personnes sont susceptibles d'y répondre. Pour satisfaire à la norme des « motifs raisonnables de soupçonner », il n'est pas nécessaire de présenter des éléments de preuve fiables et vérifiables établissant un lien entre une personne et un incident [...]. Il suffit qu'il existe des « faits objectivement discernables ». [références omises]⁷⁹⁸

Les éléments de preuve sur lesquels doit s'appuyer l'agent sont donc moins exigeants, entre autres en termes de fiabilité. Le tableau suivant résume les diverses modalités des pouvoirs d'arrestation et de détention dont disposent les agentes et agents :

Tableau 2.5 – Modalités des pouvoirs d'arrestation et de détention

Moment	Mandat?	Statuts visés	Motifs de détention	Article (LIPR)
À l'entrée	Non	Étranger et résident permanent	Contrôle et certaines interdictions de territoire (LIPR, arts 34 à 37)	55(3)
Au Canada	Non	Étranger qui n'est pas une personne protégée	Interdiction de territoire et danger ou risque de fuite; Identité	55(2)
	Oui	Étranger et résident permanent	Interdiction de territoire et danger ou risque de fuite	55(1)

À titre informatif, le tableau suivant présente le nombre de personnes détenues par motifs de détention. On remarque que les motifs les plus fréquemment invoqués sont généralement le risque

au sens de l'article 10(b) de la *Charte canadienne*. C'est lorsque le contrôle ne peut se faire en entier (par exemple en raison du besoin d'un interprète) que la personne peut être placée en détention sous ce motif.

⁷⁹⁶ *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Ismail*, 2014 CF 390 au para 45, [2015] 3 RCF 53 [*Ismail*].

⁷⁹⁷ *Mendoza c. Canada (Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 934 au para 25, 317 FTR 118 [*Mendoza*].

⁷⁹⁸ *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c Jagjit Singh Farwaha*, 2014 CAF 56 au para 97, 455 NR 157 [*Farwaha*].

de fuite, la combinaison du risque de fuite et du danger pour la sécurité publique, l'identité, le danger pour la sécurité publique (sans risque de fuite) et le contrôle. Par exemple, pour l'année 2019-2020, 85,1% des personnes détenues l'ont été pour risque de fuite, 6% pour risque de fuite et danger, 6,4% pour identité, 3% aux fins du contrôle, 0,7% pour danger et 0,7% pour des interdictions de territoire présumées.

Tableau 2.6 – Personnes détenues par motifs de détention, par année (2012-2020)⁷⁹⁹

Motif de détention / année	2012-2013	2013-2014	2014-2015	2015-2016	2016-2017	2017-2018	2018-2019	2019-2020
Contrôle	240	287	214	276	194	777	394	266
Interdiction de territoire présumée pour des motifs de grande criminalité/de criminalité/de criminalité organisée	61	238	187	167	139	122	47	50
Interdiction de territoire présumée pour des motifs de sécurité	10	6	5	5	2	1	8	7
Interdiction de territoire présumée pour atteinte aux droits humains ou internationaux	4	0	2	1	0	2	4	4
Identité	488	354	302	334	290	392	439	564
Danger pour la sécurité publique	45	31	36	47	47	67	70	65
Ne se présentera pas/danger pour la sécurité publique	831	831	512	394	318	368	493	525
Ne se présentera pas	7 287	6 187	5 668	5 514	5 402	6 737	7 476	7 509
Certificat de sécurité	1	0	0	0	0	0	0	0
R ressortissant étranger désigné	0	0	0	0	0	0	0	Info. non disponible

⁷⁹⁹ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313; Agence des services frontaliers du Canada, « Arrestations, détentions et renvois - Statistiques annuelles sur les détentions - 2012-2019 », (20 août 2019), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/stat-2012-2019-fra.html> [ASFC, « Statistiques sur les détentions 2012-2019 »].

Le RIPR dresse une liste de critères que l'agent doit prendre en compte lorsqu'il exerce ces pouvoirs⁸⁰⁰. Ces critères, par ailleurs non exhaustifs⁸⁰¹, concernent les détentions motivées par un risque de fuite, par un danger pour la sécurité publique ou par une identité non prouvée⁸⁰². Le manuel d'exécution de la loi ajoute quelques précisions et présente aussi l'approche générale que doivent adopter les agentes et agents au moment de prendre leur décision.

[L]e fait de priver une personne de sa liberté correspond à une décision exigeant une évaluation du risque empathique et sensée. Au moment d'exercer leur pouvoir discrétionnaire en matière de détention, les agents doivent prendre en considération les SRD, l'évaluation du cas précis et l'incidence de la mise en liberté.⁸⁰³

En ce qui concerne le risque de fuite, les critères se rapportent surtout à des actions passées de la personne en regard des systèmes de justice et d'immigration, par exemple le fait de fuir la justice d'un autre pays, d'avoir échappé ou tenter d'échapper au contrôle, de s'être évadé ou avoir tenté de s'évader de détention, mais aussi le fait de s'être conformé ou non à différentes conditions, en contexte migratoire comme criminel. L'implication dans le passage de clandestins ou de trafic de personnes pour échapper aux procédures d'immigration et « l'appartenance réelle à une collectivité au Canada » complètent cette liste⁸⁰⁴. Le chapitre ENF 20 précise que ces critères ne sont pas exhaustifs et mentionne d'autres éléments qui peuvent être pris en considération : le fait de ne pas avoir de « lieu de résidence fixe ni de liens au Canada », la proximité du renvoi, l'existence de SRD, la coopération avec les autorités ainsi que « les troubles mentaux connus ou soupçonnés qui ne sont pas traités et qui engendrent une désorientation ou de la confusion »⁸⁰⁵. On ajoute que la constatation d'un ou plusieurs de ces éléments ne doit pas nécessairement mener à la détention et que toutes les circonstances du cas doivent être prises en compte avant de parvenir à une décision. On indique notamment que le risque de fuite « peut varier à mesure que le processus d'immigration avance » dans la mesure où plus l'on s'approche de la fin des procédures (et du renvoi), plus le risque de fuite peut être important. De plus, si des facteurs qui ne relèvent pas de la collaboration

⁸⁰⁰ *Supra* note 365, arts 244–249.

⁸⁰¹ *Bruzzese c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CF 230 au para 60, [2014] 2 RCF 693 [*Bruzzese*]. Les documents administratifs présentent aussi ces critères comme étant non exhaustifs : ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 aux pp 18 et s.

⁸⁰² *RIPR*, *supra* note 365, arts 245–247.

⁸⁰³ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 aux pp 17 et s.

⁸⁰⁴ *RIPR*, *supra* note 365, art 245.

⁸⁰⁵ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 20.

de la personne détenue retardent le renvoi, tel que le peu de coopération du gouvernement qui doit fournir un titre de voyage, le manuel suggère de favoriser le recours à une SRD⁸⁰⁶.

Pour l'appréciation du danger que la personne présente pour la sécurité publique, la majorité des critères de l'article 246 du RIPR se rapporte au fait d'avoir été déclaré coupable, au Canada, d'une infraction de nature sexuelle, d'une infraction « commise avec violence ou des armes » ou d'une infraction liée aux drogues ou au cannabis ainsi qu'au fait d'avoir été déclaré coupable ou d'être visé par des accusations concernant de telles infractions à l'étranger. Les autres critères comprennent l'émission d'un avis de danger par le ministre en vertu de la LIPR, le fait d'être associé à une organisation criminelle ou de « s'être livré au passage de clandestins ou le [sic] trafic de personnes »⁸⁰⁷. Comme souligné dans les *Directives numéro 2 du Président : Détention*, « [n]i la LIPR ni la jurisprudence ne définissent explicitement l'expression "danger pour la sécurité publique" »⁸⁰⁸. Le manuel d'exécution de la loi offre encore quelques précisions à l'égard de ce motif. D'une part, on indique que la « personne qui a un casier judiciaire ne constitue pas nécessairement une menace » et que différents éléments doivent être considérés, comme

la nature des infractions, les circonstances dans lesquelles elles ont été commises, la sanction imposée, le temps écoulé depuis l'infraction, la manifestation d'un comportement violent, la possibilité de récidive ainsi que les conséquences potentielles de la mise en liberté de la personne.⁸⁰⁹

D'autre part, des critères associés à la violence (comportements, incidents, déclarations) sont aussi présentés comme étant pertinents pour l'évaluation du danger, entre autres « les dépendances ou troubles mentaux connus ou soupçonnés qui ne sont pas traités et qui sont liés à un comportement violent »⁸¹⁰. Un paragraphe est consacré à cette dernière question :

Il pourrait y avoir des motifs raisonnables de croire qu'une personne atteinte d'un trouble mental pour lequel elle n'est pas traitée constitue un danger pour le public (par exemple, un comportement violent et instable envers l'agent pendant l'interaction). Si on constate, au moment de l'entretien, que la personne a un comportement instable associé à un déséquilibre mental, cela peut constituer un indicateur important quant à l'évaluation du danger et laisser supposer que la personne pourrait devenir violente. Après le transfèrement du détenu à un établissement de détention, les professionnels de la santé seront à même d'offrir l'aide voulue et d'indiquer les mesures à prendre en pareille situation. Si le trouble mental est maîtrisé, mais qu'il nécessite la prise de médicaments au moment

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ RIPR, *supra* note 365, art 246.

⁸⁰⁸ CISR, *Directives numéro 2*, *supra* note 17 au para 2.2.1.

⁸⁰⁹ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 18.

⁸¹⁰ *Ibid* à la p 19.

de la mise en liberté du détenu, il faut tenir compte de l'accessibilité de ces médicaments pour le détenu.⁸¹¹

Enfin, pour la question de l'identité, considérée par les tribunaux comme la « pierre angulaire du régime canadien d'immigration »⁸¹², l'agent doit prendre en compte la collaboration de la personne détenue avec les autorités, le fait d'avoir communiqué des renseignements contradictoires quant à son identité ou son parcours, le fait d'avoir détruit des documents d'identité ou d'avoir utilisé de faux documents, l'existence d'informations qui contredisent les renseignements donnés par la personne détenue et, pour la personne qui demande l'asile, « la possibilité d'obtenir des renseignements sur son identité sans avoir à divulguer de renseignements personnels aux représentants » de son gouvernement⁸¹³. Le chapitre ENF 20 complète cette liste en indiquant que sont pertinents des éléments comme la crédibilité, les incompréhensions dues à la langue ou à l'interprétation, les évaluations linguistiques, « la volonté de la personne à se soumettre à un entretien mené par l'ambassade du pays dont elle serait citoyenne de l'avis de l'agent; l'avis de l'agent relativement à la possibilité d'établir l'identité de l'étranger; les efforts déployés par l'agent pour établir l'identité de l'étranger »⁸¹⁴. Le manuel précise que l'agente ou l'agent peut considérer la détention lorsqu'il ou elle n'est pas satisfait de l'identité et « où il faut éclaircir certaines questions relatives à l'identité pour des motifs de sûreté, de sécurité ou d'interdiction de territoire afin que le dossier soit en règle »⁸¹⁵. Le manuel comprend enfin quelques indications quant à la prise en considération du niveau de coopération de la personne détenue. D'une part, si la personne coopère, mais que l'ASFC n'arrive pas à établir l'identité, le recours à une SRD doit être privilégié. D'autre part, le maintien en détention se justifie par un manque de coopération⁸¹⁶.

Alors que le RIPR ne prévoit aucun critère pour les motifs de détention à l'entrée au Canada (c.-à-d. pour compléter le contrôle ou pour certaines interdictions de territoire), le manuel d'exécution de la loi fournit quelques indications au personnel de l'ASFC. S'agissant du motif lié au contrôle,

⁸¹¹ *Ibid.* Ce qui équivaut selon certains à de la discrimination : Human Rights Watch et Amnesty International, “*I Didn't Feel Like a Human in There*”. *Immigration Detention in Canada and its Impact on Mental Health*, 2021 à la p 32, en ligne : <www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/06/canada0621_web.pdf>. Sur les manières dont les problèmes de santé mentale sont utilisés pour justifier le recours à la détention lors des contrôles des motifs de détention, voir *ibid* aux pp 33 et s.

⁸¹² *Konate c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 170 au para 23 [*Konate*]. À ce sujet, voir aussi la section 2.4.2.1.1, ci-dessous.

⁸¹³ *RIPR*, *supra* note 365, art 247.

⁸¹⁴ *ASFC, ENF 20*, *supra* note 779 à la p 22.

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ *Ibid.*

il est indiqué qu'une ou un agent « devrait tout mettre en œuvre pour terminer le contrôle d'une personne »⁸¹⁷. Ce n'est que lorsqu'il est impossible de le faire et que les autres options ne sont pas réalisables que « les agents sont [...] autorisés à détenir un étranger afin que le contrôle soit complété »⁸¹⁸. On y présente ensuite des scénarios dans lesquels ce motif de détention serait justifié lorsqu'il s'agit d'une ou un étranger. Quant aux individus qui sont résidents permanents, le guide précise que les agentes et agents ne doivent pas les détenir dans le seul but de compléter le contrôle. En dernier lieu, le manuel mentionne qu'une personne nécessitant des soins médicaux urgents ne devrait pas être détenue pour ce motif, sauf si elle présente un risque tel que les autres options ne permettent pas de l'atténuer⁸¹⁹. Quant à la détention justifiée par des motifs raisonnables de soupçonner certaines interdictions de territoire, le chapitre ENF 20 explique que son objectif est de permettre à l'ASFC d'effectuer des recherches supplémentaires pour déterminer l'admissibilité de la personne.

Outre ces critères, le RIPR prévoit aussi un ensemble de considérations que l'agent doit sous-peser avant de rendre sa décision lorsqu'il est d'avis que la détention est justifiée. Il s'agit de critères relatifs au motif de la détention (c.-à-d. danger pour la sécurité publique ou risque de fuite, par exemple), à sa durée (temps déjà écoulé et durée probable), à des retards inexplicables ou au manque de diligence de l'ASFC ou de la personne détenue, à la disponibilité d'une SRD ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant touché par la détention⁸²⁰, que l'enfant soit lui-même détenu, qu'il accompagne son parent en détention ou qu'il soit en liberté⁸²¹. La jurisprudence récente de la Cour suprême précise que le décideur doit aussi prendre en considération « les principes applicables à l'art. 7 de la *Charte [canadienne des droits et libertés]* »⁸²². Parmi ces critères, non exhaustifs,

⁸¹⁷ *Ibid* à la p 23.

⁸¹⁸ *Ibid* : les options indiquées sont le retour temporaire, le contrôle complémentaire ou la garantie.

⁸¹⁹ *Ibid*.

⁸²⁰ *RIPR*, *supra* note 365, art 248. Avant d'être intégrés à la réglementation, ces critères – sauf le dernier concernant l'intérêt supérieur de l'enfant – ont été énoncés par la Cour fédérale dans la décision *Sahin c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 CF 214, 1994 CanLII 3521 [*Sahin*]. Celui qui traite de l'intérêt supérieur de l'enfant donne suite à une ordonnance de la Cour fédérale (24 août 2016, juge Hughes), que je n'ai pu repérer dans les bases de données CanLII, Quicklaw et Westlaw. La décision est citée dans Agence des services frontaliers du Canada, *Directive nationale sur la détention ou l'hébergement de mineurs*, 2017, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/nddhm-dndhm-fra.html> [*ASFC, Directive sur la détention sur les mineurs*].

⁸²¹ *ASFC, ENF 20*, *supra* note 779 à la p 27.

⁸²² *Chhina CSC*, *supra* note 381 au para 56, citant *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, 236 DLR (4th) 329 [*Thanabalasingham*], citant *Sahin*, *supra* note 820. Selon ma lecture de cette dernière décision, toutefois, ces considérations découlent plutôt de l'application de l'article 7 de la *Charte* aux décisions des commissaires. Ils feraient donc partie des « principes applicables à l'art. 7 » dont parle la Cour suprême. Dans *Sahin*, la Cour précise aussi qu'ils ne sont pas exhaustifs.

aucun n'est déterminant pour la mise en liberté ou la détention. L'agent doit pondérer ces critères les uns avec les autres selon les circonstances de chaque cas⁸²³.

De plus, dans le cas des personnes mineures, l'article 249 du RIPR prévoit aussi des critères à considérer pour l'application de l'article 60 de la LIPR, qui affirme le principe selon lequel la « détention des mineurs doit n'être qu'une mesure de dernier recours »⁸²⁴. Ces critères concernent la possibilité de confier la garde de l'enfant à un service d'aide à l'enfance, la durée de la détention, la possibilité que l'enfant soit victime de traite des personnes ou de passage de clandestins, le type d'établissement et les conditions de détention⁸²⁵. De plus, l'agent doit également tenir compte de la *Directive nationale sur la détention ou l'hébergement de mineurs*⁸²⁶. En résumé, la directive indique que si la sécurité publique ou nationale n'est pas en jeu, la remise en liberté ou le recours à une SRD doivent être privilégiés.

En bref, la loi et le règlement mettent en place un processus décisionnel en deux temps. Si l'agent conclut à l'existence d'un ou plusieurs motifs de détention, il doit ensuite prendre en compte les critères contenus dans l'article 248 du RIPR avant de rendre sa décision finale.

Si la détention se prolonge au-delà de 48 heures – rappelons qu'au moins la moitié des détentions en 2019-2020 ont duré environ une journée⁸²⁷ – les motifs de détention feront l'objet d'un contrôle par une ou un commissaire de la SI.

L'agente ou l'agent peut néanmoins remettre la personne en liberté avant ce contrôle « s'il estime que les motifs de détention n'existent plus »⁸²⁸. Dans ce cas, l'agente ou l'agent peut imposer des conditions⁸²⁹. Si ce n'est pas le cas, le dossier est alors transféré à un ou une agente d'audience qui présentera la position de l'ASFC devant la SI.

⁸²³ *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Lunyamila*, 2016 CF 1199 aux para 42, 84, [2017] 3 RCF 428 [Lunyamila CF]; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c B147*, 2012 CF 655 au para 56, 412 FTR 203 [B147]; *Sahin supra* note 820.

⁸²⁴ *LIPR, supra* note 20, art 60. ASFC, *ENF 20, supra* note 779 aux pp 26 et s.

⁸²⁵ *RIPR, supra* note 365, art 249.

⁸²⁶ ASFC, *Directive sur la détention sur les mineurs, supra* note 820.

⁸²⁷ La durée médiane étant d'une journée : ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

⁸²⁸ *LIPR, supra* note 20, art 56(1). Ce pouvoir de remise en liberté n'existe que jusqu'au moment du premier contrôle des motifs de la détention : Lorne Waldman, *Canadian Immigration & Refugee Law Practice 2018*, Toronto, LexisNexis Canada, 2017 à la p 505.

⁸²⁹ *LIPR, supra* note 20, art 56(1).

Aspects bureaucratiques des pouvoirs d'arrestation et de détention (du côté de l'ASFC)

La décision initiale de détenir une personne non citoyenne est prise par un ou une agente dans un point d'entrée ou dans un bureau intérieur de l'ASFC. Le chapitre ENF 20 du manuel d'exécution de la loi détaille les tâches administratives qui incombent au personnel de l'ASFC lorsqu'est prise une telle décision : informer la personne de ses droits en lui remettant « l'Avis des droits conférés en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et la Convention de Vienne » (droit à l'avocat et droit que soient notifiées les autorités consulaires); trouver un interprète, le cas échéant; procéder à une fouille « pour assurer la sécurité de l'agent »; prendre une photographie et les empreintes digitales de la personne; faire des vérifications dans des bases de données policières (une états-unienne et une canadienne); remettre une brochure d'informations sur la détention; remplir les notes de détention⁸³⁰; lorsqu'il s'agit d'une détention pour motif d'identité, faire remplir le formulaire *Opinion du ministre concernant l'identité de l'étranger* par une personne à qui est délégué ce pouvoir; saisir les données dans les bases de données gouvernementales.

D'autres tâches sont à accomplir si la détention se prolonge⁸³¹ et exige que la personne soit transférée vers un établissement de détention : remplir un formulaire relatif aux besoins médicaux et un formulaire visant à déterminer l'établissement où sera détenue la personne, soit l'*Évaluation nationale des risques en matière de détention* (ENRD)⁸³². La détention peut avoir lieu dans différents types d'établissements. L'ASFC dispose de trois centres de détention, appelés Centres de surveillance de l'immigration (CSI), à Laval, Toronto et à Surrey, en Colombie-Britannique⁸³³. Ces centres ont une capacité respective de 109, 183 et 70 places et comprennent des sections distinctes pour hommes, femmes et familles⁸³⁴. Certains individus sont aussi détenus dans des établissements correctionnels provinciaux, lorsqu'il n'y a pas de CSI dans la région ou s'ils sont

⁸³⁰ Dans lesquelles on doit « expliquer les faits relatifs au dossier, les facteurs de détention et de mise en liberté applicables et l'objectif visé sur le plan de l'exécution de la loi, démontrer que l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché et les SRD ont été pris en considération et préciser si l'une d'elles pourrait être envisageable plus tard dans le processus » : ASFC, *ENF 20, supra* note 779 à la p 34.

⁸³¹ La détention ne pourrait durer que quelques heures. Par exemple, une personne pourrait être détenue pour identité lors de son arrivée au Canada, mais être en mesure d'obtenir un document d'identité assez rapidement, avant d'être transférée vers un CSI.

⁸³² ASFC, *ENF 20, supra* note 779 à la p 35.

⁸³³ Ce dernier a ouvert en mars 2020 et remplace le CSI qui se trouvait à Vancouver : Agence des services frontaliers du Canada, « Arrestations, détentions et renvois – Détentions » (9 décembre 2021), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/menu-fra.html> [ASFC, « Détentions »].

⁸³⁴ Agence des services frontaliers du Canada, « Arrestations, détentions et renvois – Centres de surveillance de l'immigration » (26 juin 2020), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/ihc-csi-fra.html> [ASFC, « CSI »].

considérés comme présentant un risque trop élevé⁸³⁵. L'ENRD se fait à l'aide d'une grille de pointage qui comprend des facteurs de risque et de vulnérabilité auxquels correspondent un certain nombre de points. Si la personne détenue cumule un nombre donné de facteurs de risque qui lui valent un pointage élevé, il est possible qu'elle soit détenue dans un établissement correctionnel provincial plutôt qu'un CSI. Les facteurs de risque consistent par exemple en des actes criminels passés, le fait de savoir si ces actes ont été commis avec violence, une évasion ou une tentative d'évasion, faire l'objet d'un mandat d'arrestation criminel, etc.⁸³⁶.

La décision initiale doit ensuite faire l'objet d'un « examen par la direction »⁸³⁷, c'est-à-dire par une personne qui occupe un poste supérieur⁸³⁸. Cet examen concerne à la fois la légalité de la détention et le choix de l'établissement de détention. Si la légalité de la détention n'est pas fondée, la personne qui procède à l'examen doit remettre la personne en liberté⁸³⁹.

Lorsqu'elle est confirmée, l'agent ou l'agente qui a procédé à la détention doit alors remplir d'autres formulaires (l'ordonnance de détention qui sera remise au personnel de l'établissement de détention et le formulaire de demande d'examen des motifs de détention qui sera transmise à la SI). Il ou elle doit aussi coordonner le transport de la personne vers l'établissement de détention⁸⁴⁰.

2.3.2.2. *Le contrôle des motifs de la détention par la Section de l'immigration*

La SI est l'une des quatre sections de la CISR. Son mandat comprend les enquêtes concernant certaines interdictions de territoire (qui, lorsque l'interdiction est confirmée, débouchent sur la prise d'une mesure de renvoi) et les contrôles des motifs de la détention. Sur le plan substantiel, les règles applicables aux contrôles se trouvent dans la LIPR et le RIPR, alors que les règles de nature procédurale sont prévues par la LIPR et les *Règles de la Section de l'immigration*⁸⁴¹. À cela

⁸³⁵ L'ASFC mentionne, en guise d'illustration, « un détenu à risque plus élevé dont le comportement ne peut être géré dans un CSI (par exemple, les détenus qui ont tendance à adopter un comportement violent ou agressif) » : ASFC, « Détentions », *supra* note 833.

⁸³⁶ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 aux pp 40–44.

⁸³⁷ *Ibid* à la p 44. On y mentionne par ailleurs qu'il « ne s'agit pas d'une exigence législative », mais d'un « processus administratif » : *ibid*.

⁸³⁸ Il s'agit plus précisément d'un « surintendant [...] ou une autorité régionale supérieure pour tous les cas aux points d'entrée, et par un superviseur, un gestionnaire [...] ou une autorité régionale supérieure pour tous les cas dans les bureaux intérieurs » : *ibid*.

⁸³⁹ *Ibid* à la p 45.

⁸⁴⁰ *Ibid* aux pp 34–35.

⁸⁴¹ DORS/2002-229 [*Règles de la SI*].

s'ajoutent *Directives numéro 2 du président : détention*, au sujet desquelles la Cour fédérale rappelait récemment qu'elles ne sont pas contraignantes, mais que les commissaires qui estiment avoir de bonnes raisons de s'en écarter doivent le justifier⁸⁴².

Sur le plan procédural, le premier contrôle des « motifs justifiant le maintien en détention » doit avoir lieu dans un délai de 48 heures⁸⁴³. Lorsque la détention se prolonge, un deuxième contrôle doit avoir lieu sept jours plus tard, puis tous les trente jours⁸⁴⁴. À cet égard, il faut noter que la LIPR ne prévoit pas de durée maximale à la détention⁸⁴⁵, durée qui d'ailleurs n'est pas déterminée à l'avance.

La personne détenue, qui peut se faire représenter par un « conseiller juridique ou un autre conseil »⁸⁴⁶, et le Ministre, généralement représenté par un ou une agente d'audience de l'ASFC, participent à l'audience, qui se déroule devant un ou une commissaire⁸⁴⁷. Celle-ci se tient généralement en public, à moins que la personne détenue n'ait présenté une demande d'asile et soit en instance devant la Section de la protection des réfugiés (SPR) ou la Section d'appel des réfugiés (SAR) ou si elle a présenté une demande d'ERAR⁸⁴⁸. La loi prévoit que la SI fonctionne « sans formalisme et avec célérité », et ce, « dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent »⁸⁴⁹. Plus précisément, il est indiqué que la SI « n'est pas liée par les règles légales ou techniques de présentation de la preuve » et qu'elle « peut recevoir

⁸⁴² *McKenzie c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2019] 2019 CF 555 aux para 44–48 [*McKenzie*]. D'autres directives du président sont également applicables aux contrôles des motifs de détention, comme celles qui concernent les personnes vulnérables : Commission de l'immigration et du statut de réfugié, *Directives numéro 8 du président : Procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaissent devant la CISR*, 2006, en ligne : <irb-cisr.gc.ca/fr/legales-politique/politiques/Pages/GuideDir08.aspx> [mises à jour : 15 décembre 2012].

⁸⁴³ LIPR, *supra* note 20, art 57 (1).

⁸⁴⁴ *Ibid*, art 57(2).

⁸⁴⁵ Au sujet de la durée de la détention prononcée en vertu des certificats de sécurité, voir *Charkaoui*, *supra* note 771 au para 110. La Cour d'appel fédérale considère que les conclusions de la CSC dans l'arrêt *Charkaoui* quant à la durée prolongée de la détention valent également pour le régime général de détention et qu'aucune limite temporelle maximale prédéterminée n'est nécessaire pour qu'une détention soit conforme aux exigences de la *Charte canadienne* : *Brown CAF*, *supra* note 38 aux para 48 et s.

⁸⁴⁶ LIPR, *supra* note 20, art 167. Un « autre conseil » peut par exemple être un.e consultant.e en immigration. Voir par ex la *Loi concernant le Collège des consultants en immigration et en citoyenneté*, LC 2019, c 29. De plus, la personne mineure ou qui n'est pas « en mesure de comprendre la nature de la procédure » se fait automatiquement représenter un « représentant » : LIPR, *supra* note 20, art 167(2). Voir aussi les *Règles de la SI*, *supra* note 841, arts 18–19 et CISR, *Directives numéro 2*, *supra* note 17 au para 6.

⁸⁴⁷ LIPR, *supra* note 20, art 173 (a), (b). Les audiences peuvent avoir lieu en personne, par visioconférence ou par téléphone : *ibid*, art 164.

⁸⁴⁸ *Ibid*, art 166. La demande de protection correspond à l'Examen des risques avant renvoi, une procédure distincte de la demande d'asile qui se fait auprès du Ministre, généralement sur dossier seulement : *ibid*, art 112.

⁸⁴⁹ *Ibid*, art 162(2).

les éléments qu'elle juge crédibles ou dignes de foi en l'occurrence et fonder sur eux sa décision »⁸⁵⁰.

Sur le plan substantiel, la LIPR prévoit que, à l'issue de l'audience,

la section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l'étranger, sauf sur preuve, compte tenu des critères réglementaires, de tel des faits suivants :

- a) le résident permanent ou l'étranger constitue un danger pour la sécurité publique;
- b) le résident permanent ou l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44(2);
- c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour grande criminalité, criminalité ou criminalité organisée;
- d) dans le cas où le ministre estime que l'identité de l'étranger [...] n'a pas été prouvée mais peut l'être, soit l'étranger n'a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles à cette fin, soit ce dernier fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger.⁸⁵¹

Dans l'affaire *Ismail*, la Cour fédérale établit une nuance importante et précise que

l'article 58 de la Loi ne confère pas à la Section de l'immigration la compétence de contrôler la détention initiale de la personne afin de s'assurer si la détention [par l'ASFC] a ou n'a pas été effectuée conformément aux dispositions de l'article 55 de la LIPR. Il incombe plutôt à la Section de l'immigration de décider si le ministre a justifié le maintien en détention de la personne. [souligné dans l'original]⁸⁵²

Aux termes des alinéas (a) et (b), le ou la commissaire doit déterminer, si la personne détenue constitue effectivement un danger ou présente un risque de fuite. La SI se prononce donc sur l'existence même de ces motifs de détention. Comparativement à l'agent qui peut détenir une personne sur la base de motifs raisonnables de croire, la SI doit cependant rendre sa décision en fonction d'une norme de preuve plus élevée, celle de la prépondérance des probabilités⁸⁵³. La SI prend également en compte les critères réglementaires relatifs à ces motifs de détention⁸⁵⁴.

⁸⁵⁰ *Ibid*, art 173(c), (d). Les *Directives numéro 2* de la CISR précisent les obligations de chacune des parties et du commissaire en matière de divulgation de preuve, notamment l'appui qui devrait être offert à la personne détenue lorsqu'elle n'est pas représentée : *CISR, Directives numéro 2*, *supra* note 17 au para 7.3.

⁸⁵¹ *LIPR*, *supra* note 20, art 58(1).

⁸⁵² *Ismail*, *supra* note 796 au para 48.

⁸⁵³ *Thanabalasingham*, *supra* note 822 au para 14; Hugues Langlais, « Détention et renvoi » dans Hugues Langlais et Hélène Mayrand, dir, *Droit de l'immigration et de la citoyenneté*, Montréal, LexisNexis, 2017, 149 à la p 151.

⁸⁵⁴ *RIPR*, *supra* note 365, arts 244–246.

Pour ce qui est du danger pour la sécurité publique, les directives de la CISR précisent qu'on doit se demander si la personne présente un danger présent ou futur, et ce, selon les circonstances du cas en question⁸⁵⁵. Elles indiquent également que lorsque sont pris en compte les antécédents criminels, les commissaires doivent aussi considérer la gravité des infractions, leur fréquence, le degré de violence, l'utilisation d'armes, les circonstances de l'infraction, les facteurs atténuants ou aggravants, la sentence prononcée et le temps écoulé depuis que les actes criminels ont été commis⁸⁵⁶. D'autres éléments doivent aussi être examinés, comme l'association à une organisation criminelle, les évaluations de la Commission des libérations conditionnelles du Canada ou les décisions des tribunaux en matière criminelle. On précise de plus qu'il ne faut pas limiter l'appréciation du danger au seul avis du Ministre (avis pris dans le cadre d'autres procédures)⁸⁵⁷, que le temps écoulé peut atténuer le danger et que le traitement de problèmes de dépendance ou de santé mentale peut atténuer le danger associé à ces problématiques⁸⁵⁸.

Quant au risque de fuite, les directives indiquent que les critères réglementaires ne sont pas exhaustifs et que l'intérêt supérieur de l'enfant peut être considéré pour apprécier la « motivation [de la personne] à respecter les conditions de mise en liberté »⁸⁵⁹. On ajoute que les autres facteurs réglementaires ne doivent pas dicter la conclusion des commissaires quant à l'existence d'un risque de fuite, mais que chaque élément doit être apprécié en fonction des circonstances de l'affaire, en offrant à la personne détenue la possibilité de répondre aux préoccupations des commissaires. Quant à la conformité ou non à certaines exigences, les directives précisent que des éléments comme les « troubles mentaux, les dépendances et les autres vulnérabilités, la gravité du manquement, la fréquence, le type de conformité, les conséquences du manquement et tout autre élément de preuve concernant la manière dont l'intéressé répond à ces problèmes »⁸⁶⁰ doivent être considérés.

Les questions que doit se poser le ou la commissaire aux termes des alinéas (c) et (d) sont de nature différente⁸⁶¹. Dans le premier cas, la SI ne se prononce pas sur les éléments de preuve étayant les « motifs raisonnables de soupçonner », mais sur le fait de savoir si le Ministre entreprend les

⁸⁵⁵ CISR, *Directives numéro 2*, *supra* note 17 au para 2.2.3.

⁸⁵⁶ *Ibid* au para 2.2.4.

⁸⁵⁷ Critère précisé à l'article 246(a) du RIPR (*supra* note 365).

⁸⁵⁸ CISR, *Directives numéro 2*, *supra* note 17 aux para 2.2.5–2.2.10.

⁸⁵⁹ *Ibid* au para 2.3.3.

⁸⁶⁰ *Ibid* au para 2.3.5.

⁸⁶¹ Voir *Canada (Citoyenneté et Immigration) c X*, 2010 CF 112 au para 13, [2010] 1 RCF 493 [X].

démarches nécessaires pour mener son enquête⁸⁶². À cet égard, les commissaires doivent se demander « si les mesures proposées peuvent permettre de découvrir des éléments de preuve pertinents liés aux soupçons du ministre et [...] vérifier que le ministre effectue une enquête de bonne foi et dans un délai raisonnable »⁸⁶³. La SI doit faire preuve de déférence envers l'interprétation de la preuve que fait le Ministre, qui ne peut toutefois fonder ses motifs « sur la foi d'une simple intuition ou conjecture »⁸⁶⁴. La Cour fédérale a précisé que bien que le personnel de l'ASFC puisse détenir une personne en vertu de ce motif seulement lors de son entrée au Canada, la SI peut décider de maintenir la détention en vertu de ce motif même s'il ne s'agissait pas du motif initial de détention⁸⁶⁵.

Dans le deuxième cas, l'appréciation de l'identité de la personne ne fait pas partie des questions que se pose la SI, qui doit plutôt examiner à la fois la coopération de la personne détenue et les efforts entrepris par le Ministre pour établir l'identité de la personne, en se basant notamment sur les critères réglementaires⁸⁶⁶. Les directives précisent que des « efforts valables » peuvent justifier la détention même si la personne coopère et rappellent que les tribunaux ont établi que « [l']obligation d'établir l'identité d'une personne incombe d'abord et avant tout à l'étranger »⁸⁶⁷. On y indique également que les commissaires doivent prendre en compte les difficultés que peuvent avoir les personnes qui demandent l'asile pour établir leur identité (ex. : accès aux documents). Enfin, l'appréciation des efforts du Ministre doit tenir compte de l'impact de la coopération (ou non) de la personne détenue sur les démarches entreprises. De plus, les commissaires ne doivent pas se demander quelles démarches auraient dû à leur avis être entreprises, mais si les démarches du Ministre ont un « lien rationnel » avec l'établissement de l'identité⁸⁶⁸.

Lorsqu'elle constate l'existence de motifs qui justifient le maintien en détention, dont le fardeau incombe toujours au Ministre⁸⁶⁹, la SI doit alors examiner les facteurs de l'article 248 du RIPR et les pondérer les uns avec les autres. Il revient à ce moment « au détenu de démontrer que la

⁸⁶² *Ibid* au para 18 (« l'examen [...] consistant] à évaluer la question de savoir si le ministre pren[d] les mesures nécessaires pour vérifier des motifs raisonnables de soupçonner une interdiction de territoire »).

⁸⁶³ *CISR, Directives numéro 2, supra* note 17 au para 2.4.3.

⁸⁶⁴ *X, supra* note 861 au para 15. Pour une critique du recours à ce motif de détention par l'ASFC, voir Nakache, *Human and Financial Cost, supra* note 7.

⁸⁶⁵ *Ismail, supra* note 796 aux para 52, 65.

⁸⁶⁶ *RIPR, supra* note 365, art 247.

⁸⁶⁷ *CISR, Directives numéro 2, supra* note 17 au para 2.5.3.

⁸⁶⁸ *Ibid* au para 2.5.4.

⁸⁶⁹ *Thanabalasingham, supra* note 822 au para 16.

poursuite de sa détention serait illégale à la lumière » de ces facteurs⁸⁷⁰. Les directives de la CISR offrent quelques précisions sur la manière d’apprécier ces facteurs, concernant notamment l’importance d’examiner les SRD, surtout lorsque la détention se prolonge ou qu’elle concerne des personnes considérées comme vulnérables⁸⁷¹. On précise que plus la détention se prolonge, plus le fardeau qui incombe au Ministre pour justifier un maintien en détention s’alourdit et que la durée de la détention ne peut être indéterminée (bien qu’il n’existe pas de limite maximale).

Un élément supplémentaire dont doivent tenir compte les commissaires lorsque se prolonge une détention sont les décisions antérieures rendues par leurs collègues. La jurisprudence a établi que, « lors de chaque audience, le commissaire doit décider à nouveau si le maintien de la détention est justifié »⁸⁷². Toutefois, et bien que les commissaires ne soient pas liés par les décisions de leurs collègues, une ou un commissaire qui décide d’aller à l’encontre de ces décisions doit énoncer des « motifs clairs et convaincants »⁸⁷³ de le faire. De tels motifs peuvent par exemple découler de « nouveaux éléments de preuve pertinents » ou d’une « nouvelle évaluation des éléments de preuve antérieurs fondée sur de nouvelles prétentions »⁸⁷⁴. Les directives de la CISR ajoutent qu’une proposition de SRD, la vulnérabilité de la personne détenue et la durée de la détention peuvent constituer des motifs clairs et convaincants d’aller à l’encontre des décisions antérieures⁸⁷⁵.

À la fin de l’audience, le ou la Commissaire peut décider de prolonger la détention ou de remettre la personne en liberté. La décision, qui doit être motivée, peut être rendue à l’oral – ce qui est généralement le cas – ou à l’écrit⁸⁷⁶. En cas de remise en liberté, le ou la commissaire peut également imposer des conditions à la personne libérée⁸⁷⁷.

⁸⁷⁰ *Chhina CSC*, *supra* note 381 au para 60.

⁸⁷¹ *CISR, Directives numéro 2*, *supra* note 17 aux para 3.1.1–3.1.14.

⁸⁷² *Thanabalasingham*, *supra* note 822 au para 8.

⁸⁷³ *Ibid* au para 10. Le tribunal justifie entre autres cela par le fait que les « décisions rendues à l’égard du contrôle des motifs de la détention sont des décisions fondées essentiellement sur les faits pour lesquelles il est habituellement fait preuve de retenue » : *ibid*.

⁸⁷⁴ *Ibid* au para 11.

⁸⁷⁵ *CISR, Directives numéro 2*, *supra* note 17 au para 7.2.5.

⁸⁷⁶ *LIPR*, *supra* note 20, art 169(b), (c). Au sujet des décisions de contrôle des motifs de détention, voir aussi les *Règles de la SI*, *supra* note 841, art 11.

⁸⁷⁷ *LIPR*, *supra* note 20, arts 57–58. Ces conditions constituent généralement ce que l’on nomme les solutions de rechange à la détention, qui vont de conditions (ex : se rapporter périodiquement) jusqu’à des programmes de « Gestion de cas et surveillance dans la collectivité » : voir Agence des services frontaliers du Canada, « Programme des solutions de rechange à la détention — Sommaire exécutif » (17 janvier 2019), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/pia-efvp/atip-aipr/atd-srd-fra.html> [ASFC, « Programme des SRD »]. Voir aussi *CISR, Directives numéro 2*, *supra* note 17 aux para 3.2.1–3.3.12.

Plusieurs critiques ont été faites du fonctionnement des audiences de contrôle des motifs de détention⁸⁷⁸, notamment à l'égard du poids qui doit être accordé aux décisions antérieures. Hanna Gros et Paloma Van Groll rapportent par exemple que ce test a pour effet, en pratique, de transférer le fardeau de la preuve du Ministre vers la personne détenue, à qui il revient de démontrer qu'il y a des motifs clairs et convaincants d'aller à l'encontre des décisions antérieures (qui sont toutes à l'effet que la personne doit être détenue)⁸⁷⁹. Jared Will offre une analyse de la jurisprudence récente à cet égard, jurisprudence qui viendrait selon lui délimiter les contours de ce test⁸⁸⁰. Plus récemment, la Cour suprême soulignait aussi qu'en raison de ce test,

un agent d'immigration peut se fier entièrement aux motifs prononcés par les agents qui l'ont précédé pour ordonner le maintien en détention, et toujours se conformer en tout point au régime créé par la *LIPR*. En pratique, les examens périodiques prévus par la *LIPR* sont susceptibles de faire l'objet d'un raisonnement autoréférentiel, au lieu de constituer un examen nouveau et indépendant de la situation du détenu. [je souligne]⁸⁸¹

Aspects bureaucratiques du contrôle des motifs de détention (du côté de l'ASFC)

Du côté de l'ASFC, en prévision du premier contrôle des motifs de détention, le dossier est transféré du point d'entrée ou du bureau intérieur à un ou une agente d'audience. Celle-ci entame alors une vérification du dossier et, lors de l'audience devant la SI, présente ses recommandations⁸⁸². Le chapitre ENF 3 du manuel d'exécution de la loi mentionne certains éléments que les agentes et agents d'audience peuvent prendre en compte pour l'appréciation des motifs de détention, autres que ceux prévus par le RIPR et le chapitre ENF 20. À l'égard du risque de fuite, on cite par exemple l'usage de pseudonyme ou le changement fréquent d'adresse⁸⁸³. En ce qui concerne le danger pour la sécurité publique, on indique des éléments comme des

⁸⁷⁸ Voir par ex Siena Anstis, Joshua Blum et Jared Will, « Separate but Unequal: Immigration Detention in Canada and the Great Writ of Liberty » (2017) 63:1 RD McGill 1 aux pp 10–12. Les auteurs et autrice parlent des enjeux « d'iniquité procédurale » qui affectent les audiences devant la SI, notamment au sujet des règles et pratiques concernant la preuve.

⁸⁷⁹ Gros et Van Groll, *supra* note 15 aux pp 55–58. Ces auteures rapportent également des critiques faites à l'égard des règles de preuve.

⁸⁸⁰ Will, *supra* note 780 aux pp 47–49.

⁸⁸¹ *Chhina CSC*, *supra* note 381 au para 62.

⁸⁸² CIC, *ENF 3*, *supra* note 781 à la p 41.

⁸⁸³ *Ibid* à la p 37.

informations relatives à l'état de santé de la personne ou des rapports des services correctionnels concernant le comportement de la personne lors de son incarcération⁸⁸⁴.

Le manuel d'exécution de la loi indique aussi qu'à la suite du contrôle, l'agente ou l'agent d'audience devrait informer l'agent ou l'agente qui a décidé de détenir la personne des résultats de l'audience⁸⁸⁵. Les documents administratifs demeurent néanmoins largement silencieux sur ce qui advient du dossier de la personne détenue entre les contrôles des motifs de détention. Les critères législatifs et réglementaires nous renseignent toutefois que l'ASFC doit, dans le cadre de détentions pour identité ou pour motifs raisonnables de soupçonner une interdiction de territoire au titre des articles 34 à 37, poursuivre ses démarches afin d'établir l'identité de la personne ou afin d'étayer ses soupçons, ce qui n'est pas du ressort des agentes et agents d'audience. Le manuel d'exécution de la loi indique par ailleurs que les « agents responsables de l'enquête sur l'identité doivent suivre chacun des cas de près et accumuler les pièces justificatives tout au long de la démarche visant à établir l'identité de la personne »⁸⁸⁶ et que, dans le cas d'une détention en raison de motifs raisonnables de soupçonner une interdiction de territoire, « [l']agent poursuivra ses recherches durant la période de détention afin d'établir si la personne est interdite de territoire »⁸⁸⁷. On ne spécifie toutefois pas le poste occupé par l'agent chargé de ces recherches. Dans les cas de détention pour risque de fuite ou danger pour la sécurité publique, on peut supposer que le dossier est transféré à des agentes ou agents d'exécution de la loi qui se chargent des démarches relatives à l'enquête relative aux interdictions de territoire ou au renvoi⁸⁸⁸.

Lorsqu'est envisagée la remise en liberté sous conditions, l'ASFC s'implique parfois dans la mise sur pied d'une SRD. Dans la foulée de l'adoption du Cadre national en matière de détention liée à l'immigration (CNDI), présenté plus bas, l'ASFC a créé le poste d'agente ou agent de liaison communautaire dont le rôle consiste notamment à appuyer ses collègues (agents et agentes d'audience et d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs) par des conseils et du soutien dans la gestion des cas⁸⁸⁹. Ils doivent également réviser l'ensemble des cas de détention et s'assurer que dans chaque cas la possibilité de recourir à une SRD ait été examinée. Le manuel d'exécution de

⁸⁸⁴ *Ibid* à la p 38.

⁸⁸⁵ *Ibid* à la p 48.

⁸⁸⁶ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 aux pp 22–23.

⁸⁸⁷ *Ibid* à la p 25.

⁸⁸⁸ Voir la section 2.2.2, ci-dessus.

⁸⁸⁹ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 18.

la loi décrit par ailleurs les différentes SRD et les circonstances dans lesquelles chacune d'elle pourrait s'avérer appropriée. Il détaille également la manière d'analyser les risques que présentent les personnes détenues⁸⁹⁰.

2.3.2.3. Le contrôle judiciaire par les Cours fédérales

La LIPR ne prévoit aucun droit d'appel d'une décision de contrôle des motifs de la détention⁸⁹¹. La partie qui veut contester une telle décision doit alors se tourner vers la Cour fédérale par le biais d'une demande en contrôle judiciaire⁸⁹². Seulement, ce recours doit faire l'objet au préalable d'une demande d'autorisation, présentée au même tribunal⁸⁹³. La LIPR prévoit un certain nombre de conditions d'application, notamment une règle voulant que l'on ne peut appeler du rejet d'une demande d'autorisation⁸⁹⁴. Autrement dit, si la demande d'autorisation est rejetée, il n'existe plus de recours⁸⁹⁵.

La décision sur la demande d'autorisation est prise par un seul juge, très généralement sur dossier seulement, donc sans comparution en personne⁸⁹⁶. Cependant, on ne retrouve dans les textes législatifs et réglementaires aucune règle établissant de critères sur lesquels les juges doivent se baser pour décider d'accorder ou non la demande d'autorisation⁸⁹⁷. Comme le souligne Sean Rehaag en citant une décision de la Cour fédérale, il existe également peu de décisions sur la question puisque, normalement, aucun motif n'est donné lors du rejet ou de l'accueil de la

⁸⁹⁰ *Ibid* aux pp 20–26.

⁸⁹¹ LIPR, *supra* note 20, arts 62–71.

⁸⁹² *Ibid*, art 72. De plus, la *Loi sur les cours fédérales* (LRC 1985, c F-7, arts 2, 18, 28 [*Loi sur les cours fédérales*]) désigne celle-ci comme le tribunal compétent pour exercer un pouvoir de contrôle « sur tout office fédéral ». Lors de son adoption en 1970, cette loi transfère des cours supérieures provinciales à la cour fédérale le pouvoir de surveillance et de contrôle de l'administration fédérale. Voir Garant, *supra* note 50 à la p 494; Aiken et al, *supra* note 28 à la p 124.

⁸⁹³ LIPR, *supra* note 20, art 72.

⁸⁹⁴ *Ibid*, art 72(2)(a), (e). Sur l'épuisement des recours d'appel, voir aussi l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* (*supra* note 892).

⁸⁹⁵ Une demande de réexamen de la décision est toutefois possible pour certains motifs précis : *Règles des cours fédérales*, DORS/98-106, art 397 [*Règles des cours fédérales*]. Toutefois, comme le souligne Rehaag, il est difficile de justifier une demande de réexamen d'une décision lorsque les motifs de cette décision ne sont pas connus : Sean Rehaag, « Judicial Review of Refugee Determinations: The Luck of the Draw? » (2012) 38:1 *Queen's Law Journal* 1 à la p 7 [Rehaag, « Luck of the Draw »].

⁸⁹⁶ LIPR, *supra* note 20, art 72(2)(d). Voir aussi Aiken et al, *supra* note 28 à la p 182; Rehaag, « Luck of the Draw », *supra* note 895 à la p 7.

⁸⁹⁷ Rehaag, « Luck of the Draw », *supra* note 895 la p 7. La LIPR (*supra* note 20), le RIPR (*supra* note 365), la *Loi sur les cours fédérales* (*supra* note 892), les *Règles des cours fédérales* (*supra* note 895) ou les *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés* (DORS/93-22 [*Règles des cours fédérales en matière d'immigration*]) ne prévoient aucun critère à cet effet.

demande⁸⁹⁸. Le test applicable a été formulé de différentes façons par les tribunaux qui se sont penchés sur la question. Rehaag résume ainsi la jurisprudence :

*The test for leave has therefore been variably described in the following terms: a reasonably arguable case; a fairly arguable case; a serious question to be tried; and whether it is plain and obvious that the applicant has no reasonable prospect of success. However formulated, the test is highly permissive: leave should be granted unless it is clear that the judicial review application has no reasonable chance of success, namely, where it is so obvious that the application must fail that a determination on the merits is unnecessary.*⁸⁹⁹

Certains sont très critiques de cette procédure, la qualifiant « d’entièrement opaque » [ma traduction]⁹⁰⁰. Toutefois, un recours intenté en invoquant son caractère trop restrictif a été rejeté⁹⁰¹. Dans la décision *Bains v Canada (Minister of Employment and Immigration)*, la Cour d’appel fédérale (CAF) mentionne que, dans le cas des personnes qui demandent l’asile,

*[t]he requirement of leave does not deny refugee claimants access to the Court. The right to apply for leave is itself a right of access to the Court and, in our opinion, the requirement that leave be obtained before an appeal or application for judicial review may proceed does not impair rights guaranteed refugee claimants under either s. 7 or 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*⁹⁰²

Je souligne en outre que l’exigence du dépôt une demande d’autorisation préalablement au contrôle judiciaire ne concerne que les affaires en matière d’immigration et de citoyenneté⁹⁰³. En règle générale, il n’est pas nécessaire de présenter une demande d’autorisation à la Cour fédérale avant de déposer une demande de contrôle judiciaire. Le droit de l’immigration et de la citoyenneté fait ici figure d’exception⁹⁰⁴. L’adoption de cette disposition remonte à 1987 et aurait été justifiée par

⁸⁹⁸ Rehaag, « Luck of the Draw », *supra* note 895 à la p 7. Voir aussi Aiken et al, *supra* note 28 à la p 182; Jacques Beauchemin et Jean-François Bertrand, « Procédures administratives et judiciaires » dans Hugues Langlais et Hélène Mayrand, dir, *Droit de l’immigration et de la citoyenneté*, Montréal, LexisNexis, 2017, 175 à la p 189.

⁸⁹⁹ Rehaag, « Luck of the Draw », *supra* note 895 p 9.

⁹⁰⁰ Aiken et al, *supra* note 28 à la p 182. Voir aussi Gros et Van Groll, *supra* note 15 à la p 72; Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 aux pp 60 et s.

⁹⁰¹ Voir par ex *Bains v Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] FCJ No 457 [*Bains*], cité dans Aiken et al, *supra* note 28 à la p 46. Au sujet des taux d’acceptation des demandes d’autorisation en matière de protection des réfugiés, voir Rehaag, « Luck of the Draw », *supra* note 895; Sean Rehaag, « Judicial Review of Refugee Determinations (II): Revisiting the Luck of the Draw » (2019) 45:1 *Queen’s Law Journal* 1 [Rehaag, « Revisiting the Luck of the Draw »]. Jamie Liew et al, « Not Just the Luck of the Draw? Exploring Competency of Counsel and Other Qualitative Factors in Federal Court Refugee Leave Determinations (2005-2010) » (2021) 37:1 *Refugee* 61.

⁹⁰² *Bains*, *supra* note 901.

⁹⁰³ Aiken et al, *supra* note 28 à la p 124. Voir également *Règles des cours fédérales en matière d’immigration*, *supra* note 897.

⁹⁰⁴ Craig Forcese, « Making a Federal Case Out of It: The Federal Court and Administrative Law » dans Colleen M Flood et Lorne Sossin, dir, *Administrative Law in Context*, 3^e éd, Toronto, Emond, 2018, 553 à la p 560.

la volonté de restreindre le nombre d'affaires relatives au droit de l'immigration portées devant les Cours fédérales, qui comptent aujourd'hui, malgré cette mesure, pour près des deux tiers des dossiers⁹⁰⁵. Peu de temps après son adoption, cette clause était déjà dénoncée comme allongeant et compliquant un processus qui s'avérait ainsi inapproprié pour une personne dont le droit à la liberté était en jeu⁹⁰⁶.

Lorsque la demande d'autorisation est accordée, la Cour peut intervenir si elle estime que l'office fédéral :

- a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;
- b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;
- c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;
- d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;
- e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;
- f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.⁹⁰⁷

S'il y a matière à intervenir et que la demande de contrôle judiciaire est accueillie, les remèdes possibles sont, d'une part, une ordonnance commandant à l'office fédéral en cause d'accomplir l'acte qui n'a pas été accompli et, d'autre part, l'annulation de la décision de l'office fédéral et le renvoi pour jugement devant ce même office, avec ou sans instructions⁹⁰⁸. Dans le cas d'une décision de contrôle des motifs de détention, la Cour fédérale suit généralement cette deuxième voie et ordonne le réexamen des motifs de la détention par la SI⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ Aiken et al, *supra* note 28 à la p 183.

⁹⁰⁶ Foster, *supra* note 762 à la p 117.

⁹⁰⁷ *Loi sur les Cours fédérales*, *supra* note 892, art 18.1(4). Pour un aperçu de la jurisprudence récente concernant ces motifs, voir Forcese, *supra* note 904 aux pp 562 et s.

⁹⁰⁸ *Loi sur les Cours fédérales*, *supra* note 892, art 18.1(3) :

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

- a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;
- b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

⁹⁰⁹ *Chhina CSC*, *supra* note 381 au para 65. La juge Karakatsanis souligne en outre n'avoir « connaissance d'aucune affaire où la libération a été ordonnée » (*ibid*).

L'instance qui exerce le contrôle judiciaire, ici la Cour fédérale, joue un rôle de supervision de l'administration. Elle se penche sur la légalité du processus de prise de décision, c'est-à-dire sur l'équité du processus suivi et sa conformité aux dispositions législatives et réglementaires⁹¹⁰. En matière de contrôle des motifs de détention, il peut par exemple s'agir de la prise en considération tous les éléments de preuve pour déterminer qu'une personne représentait un danger pour la sécurité publique ou de l'examen de certaines solutions de rechange à la détention (SRD) disponibles⁹¹¹.

Cependant, selon les questions soulevées⁹¹², le ou la juge qui exerce le contrôle judiciaire doit faire preuve d'un degré de déférence variable à l'égard des décideurs administratifs, en raison de leur spécialisation. Cette déférence se décline en deux normes de contrôle, la décision correcte et la décision raisonnable, selon le cadre d'analyse de la récente décision de la CCS dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov*⁹¹³. Dans un premier temps, il existe une présomption voulant que la norme applicable soit celle de la décision raisonnable, en vertu de laquelle les juges doivent faire preuve de déférence envers les décisions de l'administration. On s'intéresse alors au processus suivi et au résultat de ce processus⁹¹⁴. Selon la Cour,

[I]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.⁹¹⁵

La présomption selon laquelle le contrôle se fait selon la norme de la décision raisonnable peut être réfutée dans deux types de situations, qui appellent alors un moins grand degré de déférence, soit lorsque le législateur prescrit l'utilisation d'une norme différente, soit lorsque « la primauté du droit commande l'application de la norme de la décision correcte »⁹¹⁶ (ex. : question constitutionnelle relative au partage des compétences ou les « questions de droit générales

⁹¹⁰ Lorne Sossin et Emily Lawrence, *Administrative Law in Practice: Principles and Advocacy*, Toronto, Emond, 2018 aux pp 275–276. Le contrôle judiciaire se distingue ainsi de l'appel de plusieurs façons. Pour une discussion sur ce point, voir *ibid*; Aiken et al, *supra* note 28 à la p 123; Pierre Lemieux, *Droit administratif. Doctrine et jurisprudence*, 5 ed, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, 2011 aux pp 1–2.

⁹¹¹ *Sittampalam c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2006 CF 1118, 300 FTR 48 [*Sittampalam*].

⁹¹² Les questions d'équité procédurale n'appellent toutefois pas de déférence : Sossin et Lawrence, *supra* note 910 à la p 124.

⁹¹³ 2019 CSC 65, 441 DLR (4th) 1 [*Vavilov*].

⁹¹⁴ *Ibid* au para 83.

⁹¹⁵ *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 au para 47, [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*].

⁹¹⁶ *Vavilov*, *supra* note 913 au para 17.

d'importance capitale pour le système juridique dans son ensemble »⁹¹⁷). Dans ces deux cas, le contrôle se fait alors selon la norme de la « décision correcte » et la cour s'intéresse à la conclusion du décideur.⁹¹⁸ Elle « entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur »⁹¹⁹.

Lorsqu'est contestée une décision relative au contrôle des motifs de la détention, les juges emploient généralement la norme de la décision raisonnable puisque la décision de la SI « repose essentiellement sur les faits »⁹²⁰. Ils ne se demandent donc pas si la décision de la SI était la bonne, mais bien si elle s'inscrit parmi les différentes décisions auxquelles le tribunal pouvait raisonnablement parvenir à l'issue d'un processus transparent et intelligible. Ce recours est parfois fortement critiqué, certaines le qualifiant de « généralement inefficace, même lorsque la demande d'autorisation est accordée » [ma traduction]⁹²¹.

Par la suite, il est possible d'appeler d'une décision de la Cour fédérale devant la Cour d'appel fédérale seulement si « le juge [de la Cour fédérale] certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci »⁹²². En d'autres termes, comme le soulignent Sharryn Aiken *et al*, il revient dans les faits au juge qui rend la décision au niveau de la Cour fédérale de décider s'il est possible ou non de porter sa décision en appel, puisque l'appel devant la Cour d'appel fédérale n'est possible que si une telle question est certifiée⁹²³. La Cour d'appel fédérale a précisé la signification de ce critère de la façon suivante :

La question doit être déterminante quant à l'issue de l'appel, transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale. Cela signifie que la question doit avoir été examinée par la Cour fédérale et elle doit découler de l'affaire elle-même, et non simplement de la façon dont la Cour fédérale a statué sur la demande. Un point qui n'a pas à être tranché ne peut soulever une question dûment certifiée.⁹²⁴

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ *Ibid.* au para 15.

⁹¹⁹ *Dunsmuir*, *supra* note 915 au para 50.

⁹²⁰ *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Arook*, 2019 CF 1130 au para 24 [Arook]. Voir aussi *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Taino*, 2020 CF 427 aux para 34–35 [Taino]; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Ahmed*, 2019 CF 1006 au para 19 [Ahmed]; *Lunyamila CF*, *supra* note 823 aux para 20–21.

⁹²¹ Gros et Groll, *supra* note 368 à la p 72. Voir aussi Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 aux pp 60–62.

⁹²² *LIPR*, *supra* note 20, art 74(d).

⁹²³ Aiken *et al*, *supra* note 28 à la p 125.

⁹²⁴ *Lunyamila c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22 au para 46, 419 DLR (4th) 566 [Lunyamila CAF]. La CAF précise également qu'elle peut reformuler la question « pour capturer la véritable question juridique présentée » : *ibid* au para 47. De plus, la CAF « peut examiner toute question en litige dans l'appel sans se borner à n'examiner que la question, ou les questions, ayant fait l'objet de la certification » : *Lewis c Canada (Sécurité*

Dans l'affaire *Huynh c Canada*⁹²⁵, une personne demandant l'asile a contesté l'exigence de certification d'une question en affirmant qu'elle était contraire aux articles 7 (droits à la vie, liberté, sécurité) et 15 (droits à l'égalité) de la *Charte*. Ces deux arguments ont été rejetés par la section d'appel de la Cour fédérale. D'une part, les juges affirment qu'une distinction entre personnes citoyennes et non citoyennes en droit de l'immigration ne saurait être discriminatoire puisque la *Charte* garantit le droit d'entrer aux seules premières. Il n'y a donc pas atteinte aux droits à l'égalité⁹²⁶. D'autre part, la Cour rappelle que la constitution ne garantit pas de droit d'appel et que tout droit d'appel doit être prévu par le législateur. Elle conclut que le fait d'imposer une condition à un droit d'appel (ce que constitue l'exigence de certification) ne compromet pas les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de l'appelant et n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale⁹²⁷.

Enfin, on peut appeler d'une décision de la Cour d'appel fédérale devant la Cour suprême du Canada. Seulement, il faut d'abord soumettre à cette dernière une demande d'autorisation d'appel⁹²⁸, ce qui correspond à la procédure habituelle pour la grande majorité des litiges.

Aspects bureaucratiques du contrôle judiciaire par les Cours fédérales (du côté de l'ASFC)

À la suite de la décision de la SI, si l'agent ou l'agente d'audience estime qu'il y a des raisons qui justifieraient une demande de contrôle judiciaire, il ou elle doit consulter son ou sa gestionnaire. Si cette personne partage son avis, l'agente ou l'agent d'audience doit transmettre un rapport à l'agente ou l'agent de liaison judiciaire. L'unité de la gestion des litiges de l'ASFC pourra alors communiquer avec le ministère de la Justice pour présenter une demande de contrôle judiciaire⁹²⁹.

Lorsqu'est contestée une décision de la SI relative au contrôle des motifs de détention, l'ASFC est représentée devant les tribunaux par des avocates et avocats du ministère de la Justice du Canada⁹³⁰.

publique et Protection civile), 2017 CAF 130 au para 37, 23 Admin LR (6th) 185 [Lewis]. Voir aussi *Baker*, *supra* note 190 au para 12.

⁹²⁵ [1996] 2 CF 976, 134 DLR (4th) 612 [Huynh]

⁹²⁶ *Ibid* au para 8.

⁹²⁷ *Ibid* aux para 10–19.

⁹²⁸ *Loi sur la Cour suprême du Canada*, LRC 1985, c S-26, art 40 [Loi sur la CSC].

⁹²⁹ CIC, *ENF 3*, *supra* note 781 à la p 48.

⁹³⁰ *Ibid* à la p 48, Citoyenneté et immigration Canada, *ENF 9. Contrôle judiciaire*, 2006 aux pp 16 et s, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf09-fra.pdf> [CIC, *ENF 9*].

2.3.2.4. Un recours complémentaire : la demande d'*habeas corpus*

L'*habeas corpus* est un recours venu de la *common law* par lequel une personne demande à une cour de statuer sur la légalité de sa détention et de la libérer si celle-ci n'est pas justifiée⁹³¹. Il constitue une deuxième voie qui s'offre aux personnes non citoyennes qui veulent contester une décision de maintien en détention de la SI⁹³².

Au Canada, bien que ce soit la Cour fédérale qui détienne le pouvoir de contrôle sur l'administration fédérale, dont la CISR fait partie, les demandes d'*habeas corpus* relèvent toujours de la compétence des cours supérieures provinciales⁹³³. Dans *May c Établissement Ferndale*, la CSC retrace les origines de ce recours⁹³⁴ et identifie deux exceptions au principe voulant qu'une cour supérieure ne puisse refuser d'exercer sa compétence et entendre une telle demande :

[L]es cours supérieures provinciales ne devraient décliner compétence en matière d'*habeas corpus* que (1) lorsqu'une loi comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, investit une cour d'appel de la compétence de corriger les erreurs d'un tribunal inférieur et de libérer le demandeur au besoin, ou (2) lorsque le législateur a mis en place une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé d'une décision administrative.⁹³⁵

La deuxième exception a longtemps trouvé application en droit de l'immigration. Dans *May c Ferndale*, la CSC soutient que le droit de l'immigration prévoit « un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus* »⁹³⁶. Il s'agit de l'exception communément appelée l'exception *Peiroo*, du nom

⁹³¹ Judith Farbey, Robert J Sharpe et Simon Attril, *The Law of Habeas Corpus*, 3^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2011.

⁹³² Une cour supérieure qui serait appelée à se prononcer sur une requête d'*habeas corpus* à l'encontre d'une décision initiale de détention d'une ou un agent de l'ASFC devrait d'abord statuer sur sa compétence à entendre une telle requête et, pour cela, se demander si la LIPR « prévoit une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus* » à la lumière des motifs de contestation de la détention exposés dans la requête : *Chhina CSC*, *supra* note 381 au para 6.

⁹³³ *Loi sur les Cours fédérales*, *supra* note 892, art 18; *Établissement de Mission c Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 RCS 502 au para 32 [*Établissement de Mission c Khela*]; *R c Miller*, [1985] 2 RCS 613 aux pp 624–626, 24 DLR (4th) 9 [Miller].

⁹³⁴ 2005 CSC 82, [2005] 3 RCS 809 aux para 19–26 [*May c Établissement Ferndale*]. La Cour mentionne entre autres la présence du principe dans la *Magna carta* de 1215 et sa constitutionnalisation en droit canadien à l'article 10(c) de la *Charte canadienne*. Voir aussi *Établissement de Mission c Khela*, *supra* note 933 aux para 27 et s.

⁹³⁵ *May c Établissement Ferndale*, *supra* note 934 au para 50, conf par dans *Établissement de Mission c Khela*, *supra* note 933 au para 42.

⁹³⁶ *Ibid* au para 40.

de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans lequel cette cour s'est penchée sur les recours offerts par la *Loi de l'immigration* et a déterminé qu'ils constituaient un tel régime exhaustif⁹³⁷.

Néanmoins, au cours des dernières années, les cours supérieures des provinces ont commencé à accepter d'entendre des demandes d'*habeas corpus* de la part de personnes détenues en vertu de la LIPR, dont certaines ont été accueillies⁹³⁸.

Une de ces causes a culminé en 2019 par la décision de la CSC dans l'affaire *Chhina*⁹³⁹. Dans cette affaire, la CSC applique le test de l'affaire *Peiroo* et se demande « si la LIPR prévoit une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus* »⁹⁴⁰. La Cour affirme dans un premier temps l'importance de bien circonscrire les exceptions à la disponibilité du recours en *habeas corpus*. Elle rejette l'argument selon lequel la décision *Peiroo* écarterait toute demande de cette nature et en précise le critère : la Cour doit se demander s'il existe « un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus* » en fonction des remises en cause de la détention formulées dans la demande, soit les conditions de détention et sa durée indéterminée. Seule la deuxième est abordée dans la décision, la première n'ayant pas été plaidée.

La CSC conclut que si le régime mis en place par la LIPR prend effectivement en compte ce motif de contestation, il n'est pas aussi large et avantageux que le recours en *habeas corpus*, à trois égards⁹⁴¹. D'abord, le fardeau que doit porter la personne détenue est plus grand dans le cadre du contrôle des motifs de détention que dans celui d'une demande d'*habeas corpus*. Dans le cas du contrôle, il revient à la personne de justifier sa mise en liberté dès que le ministre établit que le maintien en détention est nécessaire. Dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus*, il revient au ministre de justifier la détention dès qu'un doute est soulevé quant à sa légalité⁹⁴². Ensuite, le

⁹³⁷ *Peiroo v Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 69 OR (2d) 253, 1989 CanLII 184 (ONCA) (autorisation d'appel refusée, [1989] 2 RCS x) [*Peiroo*], conf par *Reza c Canada*, [1994] 2 RCS 394, 116 DLR (4th) 61 [*Reza*]. Dans ce dernier arrêt, la CSC estime que la loi met en place « un régime complet de contrôle en matière d'immigration » : *ibid* à la p 405.

⁹³⁸ *Chaudhary*, *supra* note 380; *Ogiamien*, *supra* note 380; *Brown* ONSC, *supra* note 380; *Ali*, *supra* note 380; *Wang et al* *supra* note 380; *Scotland* *supra* note 380; *Toure 2017*, *supra* note 380; *Chhina* ABCA, *supra* note 380.

⁹³⁹ *Chhina* CSC, *supra* note 381.

⁹⁴⁰ *Ibid* au para 6.

⁹⁴¹ *Ibid* au para 59.

⁹⁴² *Ibid* au para 60. Il semble par ailleurs y avoir une erreur de traduction (en plus d'une erreur de grammaire) dans ce passage où, en anglais, la Cour écrit : « *This contrasts sharply with habeas corpus where, subject to raising a legitimate ground, the onus is on the Minister to justify the legality of the detention in any respect.* » [je souligne]. Selon la version française, on lit « Cela contraste nettement avec la procédure d'*habeas corpus*, dans le cadre de laquelle le ministre a le fardeau de justifier la légalité de la détention à tous égards, à moins que ne soit soulevée [sic] un doute quant à la

contrôle judiciaire devant la Cour fédérale ne porte que sur une décision de la SI qui, dans la pratique, « ne procède pas à neuf chaque fois qu'elle fait un examen périodique des motifs de la détention »⁹⁴³. Sa portée est donc plus étroite que l'*habeas corpus*, qui porte sur l'entièreté des enjeux de la détention. De plus, les réparations offertes par l'*habeas corpus* (c.-à-d. la remise en liberté immédiate) sont plus avantageuses que celles découlant du contrôle judiciaire, qui très généralement renvoie la cause devant la SI pour une nouvelle audience⁹⁴⁴. Enfin, l'*habeas corpus* constitue un recours plus rapide que le contrôle judiciaire, notamment puisqu'il est conditionnel à une demande d'autorisation⁹⁴⁵.

Ainsi, lorsque la durée de la détention ou son caractère incertain sont remis en cause, l'*habeas corpus* demeure disponible pour les personnes détenues en vertu de la LIPR⁹⁴⁶.

2.3.2.5. L'encadrement du pouvoir discrétionnaire par le droit administratif⁹⁴⁷

On peut caractériser les pouvoirs de détention des agentes et agents de l'ASFC en tant que pouvoirs discrétionnaires. La LIPR prévoit en effet que, dans ces situations, l'agent *peut* arrêter et détenir une personne et non qu'il *doit* le faire⁹⁴⁸. Pour rappel, en droit administratif, Patrice Garant définit

légalité de la restriction à sa liberté. » [je souligne]. La version anglaise suggère que lorsqu'un doute est soulevé, le fardeau repose sur le ministre. La version française semble plutôt suggérer que le fardeau repose sur le ministre sauf si un doute est soulevé.

⁹⁴³ *Ibid* au para 64.

⁹⁴⁴ *Ibid* au para 65.

⁹⁴⁵ *Ibid* aux para 66–67.

⁹⁴⁶ Pour une réflexion sur l'inadéquation du recours en *habeas corpus* pour faire face à certains défis que comporte la détention des personnes non citoyennes au Canada, voir Stephanie J Silverman, « What Habeas Corpus Can (and Cannot) Do for Immigration Detainees: Scotland v Canada and the Injustices of Imprisoning Migrants » (2019) 34:1 CJLS 145.

⁹⁴⁷ Mon objectif ici n'est pas de décrire avec grande précision les règles qui régissent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des agentes et agents de l'ASFC, par exemple me livrer à une analyse des exigences relatives à l'équité procédurale en fonction des critères décrits dans l'arrêt *Baker* (*supra* note 190), mais d'offrir un portrait des grandes balises qui l'encadrent, en me basant sur quelques décisions clés de la CSC et sur des ouvrages et articles de doctrine de droit administratif sur le sujet. D'une part, « dire le droit » entourant l'exercice du pouvoir de détention n'est pas l'objectif que je poursuis dans cette recherche, dans laquelle je cherche plutôt à décrire et comprendre comment ces règles sont interprétées et appliquées par les agents et agentes de l'ASFC (à l'opposé d'une approche qui pourrait viser à évaluer de ce processus d'interprétation). D'autre part, il n'est pas certain que le contrôle judiciaire par la Cour fédérale des décisions des agentes et agents de l'ASFC en matière de détention soit possible, de même que l'effet qu'entraînerait une annulation d'une décision de l'ASFC sur les décisions de la SI. À tout événement, les décisions repérées concernent presque toutes le contrôle judiciaire de décisions de la SI. Il n'y a donc pas de sources juridiques formelles pour détailler le contenu de ces balises pour les agentes et agents de l'ASFC.

⁹⁴⁸ Par exemple, l'article 55(2) « l'agent *peut* [...] arrêter et détenir » une personne, alors que l'article 55(3.1) prévoit que « l'agent détient [...] l'étranger désigné ». Dans ce dernier cas, n'a pas de pouvoir discrétionnaire, il s'agit d'un pouvoir lié. Néanmoins, certains articles de la LIPR ont été interprétés comme ne laissant pas place à la discrétion des agentes et agents, par exemple lorsqu'il s'agit d'émettre un rapport d'interdiction de territoires pour criminalité aux

le pouvoir discrétionnaire comme le fait d'être en mesure, devant une série de faits donnés, de prendre une décision parmi plusieurs options possibles⁹⁴⁹. Cela rejoint la définition qu'en donne la Cour suprême, qui affirme que la « notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi »⁹⁵⁰. La Cour suprême conçoit effectivement le pouvoir discrétionnaire comme étant sujet à certaines balises, posture qu'elle adopte dans l'affaire *Roncarelli v Duplessis*⁹⁵¹ où elle y précise qu'il n'existe pas de « pouvoir discrétionnaire absolu et sans entrave » [ma traduction]⁹⁵².

*In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant regardless of the nature or purpose of the statute.*⁹⁵³

Cette conception d'un pouvoir discrétionnaire balisé est reprise dans l'arrêt *Baker*⁹⁵⁴. Alors qu'elle s'interroge sur la norme appropriée pour contrôler l'exercice d'un tel pouvoir, la Cour reconnaît que les tribunaux doivent faire montre de respect à l'égard des décisions discrétionnaires prises par l'administration. Elle indique toutefois que

l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d'une interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit, suivant les principes généraux du droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. [références omises]⁹⁵⁵

Tout pouvoir discrétionnaire (à quelques exceptions près selon certains⁹⁵⁶) doit donc s'exercer à l'intérieur de certaines balises qui relèvent de principes généraux du droit administratif. C'est donc

termes de l'article 36 : *Cha c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 1 RCF 409 au para 35, 349 NR 233 [*Cha*]. Voir toutefois *Sharma c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2016] CAF 319, 48 Imm LR (4th) 175 [*Sharma*].

⁹⁴⁹ Lorsque la décision est dictée par la loi, il s'agit plutôt d'un pouvoir lié : Garant, *supra* note 50 aux pp 192 et s; Issalys et Lemieux, *supra* note 25 aux pp 78 et s.

⁹⁵⁰ *Baker*, *supra* note 190 au para 52.

⁹⁵¹ [1959] SCR 121 [*Roncarelli*].

⁹⁵² *Ibid* à la p 140.

⁹⁵³ *Ibid* à la p 140. Sur les notions d'arbitraire et de discrétion que soulève l'affaire *Roncarelli*, voir entre autres Mary Liston, « Witnessing Arbitrariness: *Roncarelli v. Duplessis* Fifty Years On Special Issue: The Legacy of *Roncarelli v. Duplessis*, 1959-2009 » (2010) 55:3 McGill LJ 689; Sossin, « Unfinished Project », *supra* note 192.

⁹⁵⁴ *Supra* note 190.

⁹⁵⁵ *Ibid* au para 53.

⁹⁵⁶ Sossin, « Unfinished Project », *supra* note 192.

dire que lorsque les membres du personnel de l'ASFC exercent leur pouvoir de détention, ils doivent tenir compte, en plus des critères législatifs et réglementaires, de balises qui s'appliquent à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par l'administration de façon générale. La notion de juridiction ou de compétence s'avère utile pour comprendre de quelles façons ces balises délimitent « l'espace » discrétionnaire qui est délégué à l'administration. Lorne Sossin et Emily Lawrence la définissent comme « l'étendue de l'autorité ou des pouvoirs qui sont conférés à une instance ou un agent gouvernemental par la loi ou la common law » [ma traduction]⁹⁵⁷. Si, dans ses actions l'instance ou l'agent « quitte » ou « sort de » sa juridiction, lesdites actions peuvent être invalidées, par exemple dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Cela signifie que l'instance ou l'agent doit se limiter aux pouvoirs prévus par la loi et que, dans l'exercice de ces pouvoirs, les procédures prévues par la loi doivent être respectées⁹⁵⁸.

La doctrine s'accorde généralement sur les principaux éléments de droit administratif qui balisent l'étendue de la juridiction de l'administration⁹⁵⁹. Je résume ici l'exposé qu'en font David Jones et Anne De Villars, qui présentent ces éléments en termes de différents types d'abus du pouvoir discrétionnaire qui font en sorte que son ou sa titulaire « sort de » sa zone de juridiction et qui rendent ainsi son acte invalide⁹⁶⁰. Ces abus sont au nombre de cinq⁹⁶¹.

Le premier est « l'abus d'intention incorrecte » [ma traduction]⁹⁶². Un ou une agente de l'État commettrait un tel abus s'il ou elle agissait dans un but caché ou non autorisé, de mauvaise foi ou se basant sur des considérations non pertinentes. Le deuxième type d'abus serait commis s'il ou elle basait sa décision sur aucune preuve ou en ignorant des considérations pertinentes. Il s'agit, selon Jones et De Villars, de « l'abus d'agir sur la base d'informations inadéquates » [ma

⁹⁵⁷ Sossin et Lawrence, *supra* note 910 à la p 25. Voir aussi David P Jones et Anne S De Villars, *Principles of Administrative Law*, 5^e éd, Toronto, Carswell, 2009 aux pp 139 et s.

⁹⁵⁸ *Ibid* à la p 26.

⁹⁵⁹ Voir, entre autres, Sara Blake, *Administrative Law in Canada*, 5^e éd, Markham, LexisNexis Canada, 2011; Garant, *supra* note 50 aux pp 239–264; Jones et De Villars, *supra* note 957; Sossin et Lawrence, *supra* note 910. Les mêmes notions sont abordées sous l'angle des modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire dans Issalys et Lemieux, *supra* note 25 aux pp 219–289.

⁹⁶⁰ Jones et De Villars, *supra* note 957 aux pp 173 et s. Il existe toutefois un débat jurisprudentiel et doctrinal quant à savoir si ces abus « continuent à trouver application comme motifs de révision distincts ou s'ils sont englobés dans la révision du caractère raisonnable de la décision », certains estimant par exemple qu'un tel abus n'entraîne pas automatiquement l'annulation d'une décision : Pless et Gauthier, *supra* note 202 au n° 23.

⁹⁶¹ L'auteur et l'autrice mentionnent que les exemples cités concernent principalement la législation déléguée, mais que les principes qu'ils en tirent s'appliquent à toute forme « d'actes administratifs discrétionnaires » : Jones et De Villars, *supra* note 957 à la p 177.

⁹⁶² *Ibid* aux pp 177 et s.

traduction]⁹⁶³. Le troisième type d'abus est « l'abus de résultat incorrect » [ma traduction]⁹⁶⁴, qui regroupe des décisions qui seraient déraisonnables, discriminatoires, rétroactives ou imprécises. Le type suivant est « l'abus de mauvaise interprétation de la loi » [ma traduction]⁹⁶⁵, qui concerne des erreurs de droit. Enfin, le cinquième type d'abus consiste en « l'abus d'entrave à la discrétion » [ma traduction]⁹⁶⁶, dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire ne doit pas être entravé de façon à ce que quelque élément que ce soit dicte la façon d'exercer ce pouvoir. De telles entraves pourraient découler de l'adoption de politiques rigides ou d'engagement contractuel. Néanmoins, confrontée à un grand volume de cas, il est en quelque sorte inévitable qu'une organisation adopte des politiques pour orienter la façon dont un pouvoir discrétionnaire devrait s'exercer (comme dans le cas du chapitre ENF 20 du manuel d'exécution de la loi de l'ASFC, dont les critères sont exposés plus haut⁹⁶⁷). Ces politiques ne doivent toutefois pas dicter de résultat, chaque cas doit être examiné individuellement, au cas par cas⁹⁶⁸.

De plus, lorsqu'ils et elles exercent leurs pouvoirs discrétionnaires, les agents et agents de l'État doivent également respecter certaines exigences relatives à l'équité procédurale dès lors que leurs décisions touchent « les droits, privilèges ou biens d'une personne »⁹⁶⁹, ce qui est le cas de la détention liée à l'immigration⁹⁷⁰. Ces exigences varient en fonction des circonstances et du « contexte particulier de chaque cas »⁹⁷¹. L'obligation d'équité est ainsi « souple et variable [et] repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés »⁹⁷². La Cour suprême énumère dans la décision *Baker* les différents facteurs qui, sans être exhaustifs, doivent être examinés pour déterminer si les procédures menant à la décision respectaient l'obligation d'équité procédurale⁹⁷³. En matière de détention, le manuel d'exécution de la loi précise que le recours à un ou une interprète est nécessaire pour garantir l'équité procédurale lorsque la personne détenue ne comprend ni l'anglais ni le français⁹⁷⁴. De plus, lors de la décision concernant le choix

⁹⁶³ *Ibid* aux pp 188 et s.

⁹⁶⁴ *Ibid* aux pp 190 et s.

⁹⁶⁵ *Ibid* aux pp 196 et s.

⁹⁶⁶ *Ibid* aux pp 198 et s.

⁹⁶⁷ Voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

⁹⁶⁸ Jones et De Villars, *supra* note 957 à la p 198. Voir aussi Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 aux pp 62 et s.

⁹⁶⁹ *Baker*, *supra* note 190 au para 20.

⁹⁷⁰ *Brown CAF*, *supra* note 38 au para 137.

⁹⁷¹ *Baker*, *supra* note 190 au para 21.

⁹⁷² *Ibid* au para 22.

⁹⁷³ *Ibid* aux para 23 et s.

⁹⁷⁴ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 34.

de l'établissement de détention, le manuel indique que la personne détenue doit être informée des facteurs de risque et de vulnérabilité pris en compte et avoir l'occasion de formuler des observations sur ceux-ci, observations dont l'agent « doit tenir compte »⁹⁷⁵.

Enfin, il ne fait aucun doute que la *Charte canadienne* s'applique aux actes des agentes et agents de l'ASFC étant donné que l'ASFC a été créée par une loi fédérale⁹⁷⁶ et que les pouvoirs de détention découlent de la LIPR⁹⁷⁷. L'exercice des pouvoirs prévus à l'article 55 de la LIPR doit donc se conformer aux exigences de la *Charte canadienne*.

2.3.2.6. La détention des personnes non citoyennes et la protection des droits fondamentaux⁹⁷⁸

À quelques exceptions près, la *Charte canadienne* protège toute personne présente au Canada, peu importe son statut migratoire⁹⁷⁹. Cette protection s'avère particulièrement pertinente dans le cas de la détention liée à l'immigration, notamment à l'égard du droit à la vie, la liberté et la sécurité, de la protection contre l'emprisonnement arbitraire, des droits d'être informé des motifs de sa détention, d'avoir recours à un avocat et de faire contrôler la légalité de sa détention par *habeas corpus*, de la protection contre les traitements ou peines cruels et inusités ainsi que des droits à l'égalité⁹⁸⁰. Les personnes non citoyennes ne bénéficient toutefois pas des droits démocratiques (voter et être élu), de la liberté de circulation et des droits à l'instruction dans la langue de la minorité⁹⁸¹.

Ces différences, notamment au sujet de la liberté de circulation, font que la protection offerte par la *Charte canadienne* aux personnes non citoyenne est parfois moindre. Par exemple, dans l'affaire *Chiarelli*⁹⁸², la Cour s'interroge sur la portée de l'article 7⁹⁸³ dans le contexte du renvoi. Au moment de déterminer l'étendue des principes de justice fondamentale, la Cour adopte une approche

⁹⁷⁵ *Ibid* à la p 42.

⁹⁷⁶ *Loi sur l'ASFC*, *supra* note 354.

⁹⁷⁷ *Charte canadienne*, *supra* note 173, art 32. Voir Jones et Villars, *supra* note 957 à la p 61.

⁹⁷⁸ Comme pour la section précédente, mon objectif n'est pas de traiter cette question de façon exhaustive, mais bien d'offrir de grandes balises qui permettent de brosser un portrait général de l'état du droit. Je me repose ainsi sur les principales sources constitutionnelles, législatives, réglementaires et jurisprudentielles, sans en faire un traitement exégétique.

⁹⁷⁹ *Singh*, *supra* note 361 à la p 202 [*Singh*].

⁹⁸⁰ *Charte canadienne*, *supra* note 173, arts 7, 9, 10, 12, 15.

⁹⁸¹ *Ibid*, arts 3, 6, 23.

⁹⁸² *Chiarelli*, *supra* note 335.

⁹⁸³ *Charte canadienne*, *supra* note 173 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

contextuelle et affirme que le principe « le plus fondamental » du droit de l'immigration est que les individus qui n'ont pas la citoyenneté n'ont pas « le droit absolu d'entrer au pays et d'y demeurer »⁹⁸⁴. Elle conclut ainsi qu'un régime qui prévoit « mettre effectivement fin » au droit de demeurer sur le territoire – c'est-à-dire le renvoi – ne va pas « à l'encontre de la justice fondamentale »⁹⁸⁵. Il n'y a donc pas lieu de s'interroger sur les circonstances qui ont mené à la perte ce droit. Les enjeux soulevés par le renvoi d'une personne qui revendique le statut de réfugié sont différents, mais on assiste ces dernières années, selon plusieurs, à un recul de la protection offerte par la *Charte canadienne* contre le renvoi vers la persécution⁹⁸⁶.

En matière de droits à l'égalité, les protections différentes ont donné lieu à ce que Julie Gaudreau appelle « l'approche duelle de la Cour suprême du Canada en matière de discrimination fondée sur la citoyenneté »⁹⁸⁷. Alors que l'article 15 de la *Charte canadienne*, qui protège les droits à l'égalité, peut trouver application lorsqu'une règle de droit prévoit une différence de traitement entre personnes citoyennes et non citoyennes, une analyse sous cet article sera refusée pour « les situations d'inégalité admises par la Charte »⁹⁸⁸, par exemple les situations qui concernent le droit d'entrer et de demeurer au Canada. C'est cette approche qui guide la CSC dans les affaires *Chiarelli* et *Charkaoui*, dans lesquelles les différences de traitement concernant respectivement le régime d'expulsion et la détention sous le régime des certificats de sécurité, ne sauraient être discriminatoires puisque la *Charte canadienne* admet un traitement différent pour les personnes non citoyennes lorsqu'il s'agit du droit d'entrée.

En ce qui a trait plus spécifiquement à la détention, la constitutionnalité du régime principal de détention et de celui découlant des certificats de sécurité a été contestée devant les tribunaux,

⁹⁸⁴ *Chiarelli*, *supra* note 335 à la p 732. Selon la Cour, ce principe trouverait sa source dans la *common law* et l'article 6 de la *Charte canadienne*.

⁹⁸⁵ *Ibid* à la p 734. Voir toutefois *Charkaoui*, *supra* note 771 au para 17 : « Si l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas *en soi* l'application de l'art. 7 de la *Charte*, certains éléments rattachés à l'expulsion, telles la détention au cours du processus de délivrance et d'examen d'un certificat ou l'éventualité d'un renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, pourraient entraîner l'application ».

⁹⁸⁶ Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 aux pp 14 et s; Colin Grey, « Thinkable: The Charter and Refugee Law after Appulonappa and B010 » (2016) 76:2 SCLR 111. Sur l'évolution de la jurisprudence quant à la protection offerte aux personnes non citoyennes en général, voir Catherine Dauvergne, « How the Charter Has Failed Non-citizens in Canada: Reviewing Thirty Years of Supreme Court of Canada Jurisprudence » (2013) 58:3 McGill LJ 663 [Dauvergne, « How the Charter Has Failed »].

⁹⁸⁷ Gaudreau, *supra* note 292 à la p 216.

⁹⁸⁸ *Ibid* à la p 217.

notamment en invoquant les articles 7 (vie, liberté, sécurité), 9 (détention arbitraire) et 12 (traitements ou peines cruels et inusités) de la *Charte canadienne*.

La Cour suprême s'est prononcée sur la constitutionnalité du régime de détention lié aux certificats de sécurité dans l'affaire *Charkaoui*. Bien que cette décision ne concerne pas le régime principal de détention, quelques-unes de ses conclusions apparaissent tout de même pertinentes à cet égard. La Cour confirme dans un premier temps que l'article 7 de la *Charte canadienne* trouve application étant donné qu'il est possible que l'émission d'un certificat de sécurité entraîne la détention⁹⁸⁹. *A fortiori*, puisqu'une détention prononcée dans le cadre du régime principal entraîne une privation de liberté, l'article 7 trouve également application. Pour que cette atteinte au droit à la liberté respecte les principes de justice fondamentale, les personnes détenues doivent avoir accès à « une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause »⁹⁹⁰. La Cour précise que « l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable »⁹⁹¹ et que cela constitue le principe de justice fondamentale le plus important dans ce contexte. Ce principe exige certaines garanties procédurales : une audition devant un magistrat indépendant et impartial, une décision fondée sur les faits et le droit, le droit de connaître la preuve et d'y répondre⁹⁹².

La Cour aborde également le caractère potentiellement arbitraire d'une détention, sous deux aspects. Elle précise qu'une « personne ne peut être mise en détention qu'en conformité avec le droit »⁹⁹³ et que les critères sur lesquelles se fonde la détention doivent avoir un « lien rationnel avec l'objectif visé »⁹⁹⁴ par la détention. C'est le cas de la détention en vertu d'un certificat de sécurité. D'autre part, le premier contrôle des motifs de détention des étrangers (et non des résidents permanents) a, à l'époque, lieu seulement 120 jours après le début de la détention. La Cour estime que ce délai est trop long et donc contraire à la protection contre la détention arbitraire, contrevenant aux articles 9 et 10(c) de la *Charte canadienne*. Elle mentionne en contre-exemple le premier contrôle des motifs de détention du régime principal dans les 48 heures suivant le début de la détention.

⁹⁸⁹ *Charkaoui*, *supra* note 771 au para 12.

⁹⁹⁰ *Ibid* au para 20.

⁹⁹¹ *Ibid* au para 28.

⁹⁹² *Ibid* au para 29.

⁹⁹³ *Ibid* au para 88.

⁹⁹⁴ *Ibid* au para 89, citant Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, à la p 46-5.

La Cour se prononce aussi sur la question de savoir si une détention d'une durée indéterminée découlant d'un certificat de sécurité peut potentiellement constituer un traitement cruel et inusité et estime que, pour être conforme à la *Charte canadienne* (à la fois en vertu de l'article 12 qui offre une protection contre de tels traitements, mais aussi des principes de justice fondamentale garantis par l'article 7),

la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, [doivent être] assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Cette personne doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté.⁹⁹⁵

Pour illustrer les circonstances pertinentes devant être prises en compte, la Cour mentionne notamment les critères de remise en liberté devant être examinés dans le cadre du régime principal de détention, ce qui soutiendrait un argument selon lequel le régime principal répond à ces exigences⁹⁹⁶. Néanmoins, la Cour s'est récemment montrée très critique de la façon dont ce régime est mis en œuvre dans des cas de détention prolongée, mais en l'espèce elle n'était pas appelée à se prononcer sur la conformité du régime à la *Charte canadienne*⁹⁹⁷. Enfin, la Cour estime dans *Charkaoui* que la distinction établie entre personnes citoyennes et non citoyennes par le régime des certificats de sécurité ne contrevient pas aux droits à l'égalité puisque l'article 6 de la *Charte canadienne* repose sur cette distinction et ne garantit le droit de demeurer au Canada qu'aux seules premières⁹⁹⁸.

Plus récemment, la constitutionnalité du régime principal de détention, notamment les articles qui encadrent les audiences de contrôle des motifs de la détention, a été contestée dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision de maintien en détention de la SI⁹⁹⁹. En première instance, la Cour fédérale s'est demandé si ces articles étaient conformes aux articles 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne*, notamment dans le contexte d'une détention prolongée¹⁰⁰⁰. En basant son analyse sur

⁹⁹⁵ *Ibid* au para 107.

⁹⁹⁶ Ce qui est largement reconnu par la jurisprudence : *Sahin supra* note 820 aux pp 225–231; *Thanabalasingham, supra* note 822 au para 14, 236 DLR (4th) 329, *Brown ONSC, supra* note 380 au para 99, *Brown v Canada (Public Safety)*, 2018 ONCA 14 au para 29, 420 DLR (4th) 124 [*Brown ONCA*].

⁹⁹⁷ *Chhina CSC, supra* note 381. Voir aussi l'analyse qu'en font Hanna Gros et Paloma Van Groll : Gros et Van Groll, *supra* note 15 aux pp 69 et s.

⁹⁹⁸ *Charkaoui, supra* note 771 au para 129.

⁹⁹⁹ *Brown c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 710 [*Brown CF*], confirmé dans *Brown CAF, supra* note 38.

¹⁰⁰⁰ *Brown CF, supra* note 999 au para 32.

certaines principes que la Cour suprême dégage dans l'arrêt *Charkaoui*¹⁰⁰¹, la Cour fédérale confirme la constitutionnalité du régime de détention, relevant à quelques reprises que les enjeux soulevés résultent d'une mauvaise administration du régime législatif plutôt que de son caractère inconstitutionnel¹⁰⁰². En bref, « [l]orsqu'interprétées adéquatement et appliquées comme il se doit, ces dispositions de la LIPR et du Règlement sont conformes à la Charte »¹⁰⁰³. Le juge de la Cour fédérale certifie néanmoins la question suivante (permettant ainsi d'appeler de sa décision devant la CAF) :

La [*Charte canadienne*] impose-t-elle une obligation selon laquelle une détention dans le contexte de l'immigration ne doit pas dépasser une période de temps prescrite (par exemple, six ou trois mois), sans quoi la détention est présumée inconstitutionnelle, ou une période de temps maximal (par exemple, dix-huit mois), sans quoi la mise en liberté est obligatoire?¹⁰⁰⁴

Dans un jugement unanime, les trois juges de la CAF confirment la constitutionnalité du régime de détention à l'égard des articles 7, 9 et 12 de la *Charte canadienne*, et ce, même s'il ne spécifie pas de durée maximale¹⁰⁰⁵. La CAF rappelle également que la possibilité qu'un pouvoir discrétionnaire soit exercé de manière inconstitutionnelle ne saurait justifier l'invalidation du régime qui prévoit ce pouvoir, la loi ne pouvant pas être interprétée comme conférant le pouvoir d'enfreindre la *Charte canadienne*¹⁰⁰⁶. La Cour suprême a rejeté la demande d'autorisation d'appel dans cette affaire, confirmant ainsi la décision de la CAF¹⁰⁰⁷.

Il existe très peu de décisions des tribunaux au sujet de la mise en œuvre des pouvoirs d'arrestation et de détention en vertu de l'article 55 de la LIPR de façon générale, la grande majorité concernant des décisions de maintien en détention par la SI. Parmi les décisions repérées, la plupart traitent du droit à l'assistance d'un avocat, prévu par l'article 10(b) de la *Charte canadienne*, qui est engagé dès le moment de l'arrestation¹⁰⁰⁸. À cet effet, Lorne Waldman souligne que lorsque ce droit est

¹⁰⁰¹ *Ibid* aux para 113, 155.

¹⁰⁰² *Ibid* aux para 120, 127. Il s'agit des arguments concernant l'inversion, dans la pratique, du fardeau de preuve ainsi que la divulgation de la preuve.

¹⁰⁰³ *Ibid* au para 5.

¹⁰⁰⁴ *Ibid* au para 162. Les appelants prétendaient entre autres que le régime de détention est contraire à l'article 12 puisqu'il permet une détention prolongée de durée indéterminée, argument que la Cour fédérale rejette.

¹⁰⁰⁵ *Brown CAF*, *supra* note 38 aux para 37, 60.

¹⁰⁰⁶ *Ibid* aux para 61 et s.

¹⁰⁰⁷ *Brown c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39408 (11 mars 2021).

¹⁰⁰⁸ Voir par ex *Yakoubi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 776 [*Yakoubi*]; *Chevez c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 709, [2008] 1 RCF 354 [*Chevez*]; *Li v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 941, 319 FTR 14 [*Li*]. Ces affaires concernent toutefois le contrôle judiciaire de décisions entraînant la prise de mesures de renvoi et non la décision de détention en tant que telle.

enfrent, cela « vicié toute procédure subséquente » [ma traduction]¹⁰⁰⁹. Ce droit comprend non seulement l'obligation d'informer la personne détenue de son droit, mais aussi l'obligation de lui apporter l'aide nécessaire pour recevoir cette assistance¹⁰¹⁰.

Parmi les autres droits garantis par la *Charte canadienne* qui sont en jeu lors de la mise en œuvre des pouvoirs d'arrestation et de détention, l'article 7, qui protège le droit de chacun « à la vie, la liberté et la sécurité de sa personne »¹⁰¹¹ est peut-être celui dont les implications sont les plus importantes, la détention liée à l'immigration constituant une privation de liberté¹⁰¹². L'article 7 précise également qu'« il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale »¹⁰¹³, et ce, sur les plans procédural comme substantif¹⁰¹⁴. La portée de ces principes dépend du contexte de chaque affaire. Rappelons qu'en matière d'immigration, un des éléments auxquels la Cour suprême a recouru pour déterminer la portée des principes de justice fondamentale est que les individus qui n'ont pas la citoyenneté n'ont pas « le droit absolu d'entrer au pays et d'y demeurer »¹⁰¹⁵. À ce titre, les critères prévus aux alinéas (a) à (e) de l'article 248 du RIPR exposés plus haut découlent justement d'une interprétation jurisprudentielle des principes de justice fondamentale applicables à la détention liée à l'immigration¹⁰¹⁶.

En matière d'équité procédurale, la Cour suprême souligne, dans l'affaire *Suresh*, que lorsque l'article 7 est en jeu, les principes de justice fondamentale exigent certaines garanties qui, bien que pas complètement identiques aux exigences d'équité découlant de la *common law* explicitées dans l'affaire *Baker*, s'en rapprochent¹⁰¹⁷. Ces exigences varient en fonction du contexte de chaque affaire particulière¹⁰¹⁸. Parmi les facteurs à prendre en compte, on note l'impact de l'action étatique sur la personne concernée ainsi que la « nature de la fonction décisionnelle » [ma traduction]¹⁰¹⁹. En ce qui concerne l'arrestation et la détention en vertu de la LIPR, les tribunaux considèrent que le droit à un interprète et le droit à l'assistance d'un avocat constituent des exigences relatives à

¹⁰⁰⁹ Waldman, *supra* note 828 à la p 508.

¹⁰¹⁰ Chevez, *supra* note 1008 au para 28.

¹⁰¹¹ *Charte canadienne*, *supra* note 173, art 7.

¹⁰¹² Sossin et Lawrence, *supra* note 910 à la p 103.

¹⁰¹³ *Charte canadienne*, *supra* note 173, art 7.

¹⁰¹⁴ Jones et De Villars, *supra* note 957 aux pp 69 et s.

¹⁰¹⁵ Chiarelli, *supra* note 335 à la p 732. Selon la Cour, ce principe trouverait sa source dans la *common law* et l'article 6 de la *Charte canadienne*.

¹⁰¹⁶ Sahin, *supra* note 820.

¹⁰¹⁷ *Suresh*, *supra* note 93 au para 113.

¹⁰¹⁸ *Ibid.* Voir aussi Sossin et Lawrence, *supra* note 910 à la p 102.

¹⁰¹⁹ Jones et De Villars, *supra* note 957 à la p 74.

l'équité procédurale¹⁰²⁰. Il faut toutefois souligner que le droit à l'assistance d'un avocat n'entre en jeu qu'une fois que la personne non citoyenne est arrêtée ou détenue et non lors des échanges qui précèdent cette décision¹⁰²¹. Il en va autrement du droit à un interprète. Les directives internes de l'ASFC indiquent à cet égard que lorsqu'il « devient apparent que la personne est peut-être interdite de territoire »¹⁰²² (conclusion qui précède généralement une décision de détention), on doit faire appel à un interprète officiel de façon à respecter les exigences d'équité procédurale.

Les autres protections constitutionnelles en jeu découlent d'une part de l'article 9, qui garantit le « droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire »¹⁰²³. Dans le contexte des pratiques de détention de l'ASFC, cette protection exige que la décision soit prise en conformité avec le droit et qu'elle serve un objectif du droit de l'immigration¹⁰²⁴. Ensuite, l'article 10 prévoit aussi certains droits en cas d'arrestation ou de détention¹⁰²⁵. Il a déjà été question du droit à l'assistance d'un avocat ainsi que de l'accès au recours en *habeas corpus*. Autrement, cet article comprend également le droit d'être informé rapidement des motifs de sa détention.

Pour terminer, rappelons qu'un principe général veut que lorsqu'une décision de l'administration comporte une atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne*, la personne qui rend la décision « doit veiller à ce que ces protections ne soient pas restreintes plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi qu'il ou elle a l'obligation de chercher à atteindre »¹⁰²⁶. Dans le cas d'un contrôle judiciaire d'une décision où une atteinte aux droits est alléguée, la cour doit examiner cette décision selon la norme de contrôle de la décision raisonnable¹⁰²⁷.

¹⁰²⁰ Yakoubi, *supra* note 1008.

¹⁰²¹ Dehghani, *supra* note 795.

¹⁰²² IRCC, *ENF 4*, *supra* note 795 à la p 40.

¹⁰²³ *Charte canadienne*, *supra* note 173, art 9.

¹⁰²⁴ Charkaoui, *supra* note 771 au para 89. Voir aussi *Chhina CSC*, *supra* note 381 au para 135, 433 DLR (4th) 381, juge Abella, dissidente; *Brown CAF*, *supra* note 38 au para 42.

¹⁰²⁵ *Charte canadienne*, *supra* note 173, art 10 :

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

c) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

¹⁰²⁶ *École secondaire Loyola c Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12 au para 4, [2015] 1 RCS 613 [*Loyola*].

¹⁰²⁷ *Vavilov*, *supra* note 913 au para 57; *Doré c Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 RCS 395 [*Doré*].

2.3.3. Une mise en œuvre critiquée

En 2002, l'entrée en vigueur de la LIPR marque selon plusieurs spécialistes un durcissement du régime canadien de détention liée à l'immigration¹⁰²⁸, entre autres dans le contexte suivant les attaques du 11 septembre 2001¹⁰²⁹. Si les motifs de détention demeurent les mêmes que dans l'ancienne *Loi sur l'immigration*, les circonstances lors desquelles une personne peut être détenue sont élargies¹⁰³⁰. Par exemple, alors qu'une personne pouvait être détenue pour motif d'identité seulement lors de son arrivée au Canada, la LIPR autorise maintenant la détention pour ce motif à tout moment du processus migratoire¹⁰³¹. Elle étend également les pouvoirs d'arrestation sans mandat¹⁰³². François Crépeau et Delphine Nakache rapportent de plus une augmentation du budget consacré à la détention à ce moment, augmentation qui se reflète par ailleurs sur le plan statistique dans la mesure où de plus nombreuses personnes ont été détenues après l'entrée en vigueur de la LIPR¹⁰³³.

La détention aux fins de l'immigration au Canada retient l'attention des communautés scientifiques et juridiques de même que celle des ONG et organismes communautaires de façon croissante depuis le tournant des années 2010. Diverses recherches ont documenté plusieurs enjeux d'importance qu'implique la détention de personnes non citoyennes, certains recoupant ceux identifiés par l'ASFC, la CISR et d'autres organismes gouvernementaux dans le cadre de différentes évaluations.

2.3.3.1. Une culture organisationnelle axée sur l'exécution de la loi

Une première critique a trait à la culture organisationnelle de l'ASFC, qui ne concerne pas spécifiquement la mise en œuvre du programme de détention, mais l'ensemble des activités relatives aux contrôles frontaliers. Dans une étude portant sur la réforme apportée en 2012 au système de protection des réfugiés, Idil Atak, Graham Hudson et Delphine Nakache que l'ASFC

¹⁰²⁸ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206; Crépeau et Nakache, *supra* note 6; Catherine Gauvreau et Glynis Williams, « Detention in Canada: Are We on the Slippery Slope? » (2002) 20:3 *Refuge* 68.

¹⁰²⁹ Estévez, *supra* note 400 à la p 57.

¹⁰³⁰ Gauvreau et Williams, *supra* note 1028 à la p 69.

¹⁰³¹ La question de la détention pour motif d'identité avait fait l'objet d'une attention particulière durant les années précédant l'adoption de la LIPR : Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 aux pp 68–69.

¹⁰³² Crépeau et Nakache, *supra* note 6 à la p 16.

¹⁰³³ *Ibid.* Pour les statistiques, voir le tableau correspondant à la note 1210, ci-dessous.

se focalise fortement sur l'aspect exécution de la loi de son mandat et qu'elle en néglige d'autres aspects, comme la « préservation de l'approche humanitaire du Canada et de ses obligations internationales en matière de droits de la personne » [ma traduction]¹⁰³⁴. Anna Pratt parle par exemple d'une « culture locale d'application de la loi » [ma traduction] qui se caractérise par une attitude soupçonneuse et méfiante à l'égard des personnes non citoyennes et une mise en valeur des statistiques au sujet des saisies effectuées par les agentes et agents¹⁰³⁵. Cette culture serait particulièrement « hostile » envers les personnes qui revendiquent le statut de réfugié. Cela semble avoir pour effet de dissuader les personnes dont la demande est refusée de recourir aux différentes procédures d'appel ou de se conformer aux mesures de renvoi¹⁰³⁶. Atak, Hudson et Nakache décrivent une « culture de la peur » [ma traduction] dans laquelle par exemple des groupes de personnes migrantes racisées sont visés et où les besoins spécifiques de personnes vulnérables (ex. : enfants, personnes avec des problèmes de santé mentale) sont ignorés¹⁰³⁷. Ces autrices et auteur explorent ailleurs les impacts de cette culture sur la mise en œuvre du système de détermination du statut de réfugié, au détriment des personnes qui demandent l'asile¹⁰³⁸.

Un récent rapport de Human Rights Watch et Amnistie internationale offre quelques détails sur les façons dont cette culture hostile aux personnes qui demandent l'asile se traduit dans leurs interactions entre le personnel de l'ASFC. On y rapporte des échanges « agressifs, abusifs, voire cruels » [ma traduction]¹⁰³⁹. Des agentes et agents de l'ASFC décourageraient le dépôt de demandes d'asile, menaceraient les personnes de déportation, par exemple. D'autres inciteraient les personnes en détention à retirer leur demande, présentant le retrait (et le renvoi qui s'ensuit) comme la seule façon de mettre fin à la détention¹⁰⁴⁰. Dans une recherche sur l'expérience qu'ont les personnes qui demandent l'asile lors des entrevues aux points d'entrée, Sojourn House et le CCR indiquent que plusieurs d'entre elles rapportent une « bonne expérience » à leur arrivée, le personnel de l'ASFC les aidant à surmonter leur peur et leur stress. Toutefois, d'autres relatent des

¹⁰³⁴ Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 à la p 23.

¹⁰³⁵ Anna Pratt, « Between a Hunch and a Hard Place: Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border » (2010) 19:4 Social & Legal Studies 461 aux pp 470–471 [Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border »].

¹⁰³⁶ Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 à la p 23.

¹⁰³⁷ *Ibid.*

¹⁰³⁸ Idil Atak, Graham Hudson et Delphine Nakache, « Policing Canada's Refugee System: A Critical Analysis of the Canada Border Services Agency » (2019) 31:4 International Journal of Refugee Law 464 [Atak, Hudson et Nakache, « Policing Canada's Refugee System »].

¹⁰³⁹ Human Rights Watch et Amnesty International, *supra* note 811 à la p 71.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*

interactions lors desquelles les agents et agentes adoptent des comportements intimidants, insultants, dégradants ou agressifs¹⁰⁴¹. Ce rapport souligne également que les attitudes varient grandement d'un agent (ou agente) à l'autre. Certains font preuve d'ouverture ou de compassion, mais d'autres adoptent des postures ou comportements abusifs. Parmi les personnes travaillant dans des organisations soutenant les demandeurs et demandeuses d'asile, certains membres du personnel de l'ASFC (et de ce qui était alors CIC) ont la réputation d'être « injustes » [ma traduction] et de ne pas faire preuve d'empathie¹⁰⁴². Cette variation d'attitude ou d'approche entre les agentes et agents de l'ASFC est documentée ailleurs également¹⁰⁴³.

De plus, la décision de doter l'ensemble des agentes et agents de première ligne d'une arme à feu en 2006 aurait eu un impact sur la culture de l'organisation et sur les attitudes face aux personnes non citoyennes, la démonstration de force l'emportant par exemple désormais sur les techniques d'entrevue lors d'une arrestation¹⁰⁴⁴. En outre, le fait que le personnel des points d'entrée porte un uniforme comprenant souvent une veste pare-balle et une arme à feu, de même que l'utilisation de menottes lorsqu'une personne transportée vers un centre de détention, est vu comme étant intimidant¹⁰⁴⁵.

Dans le cadre d'une recherche sur la détention et la santé mentale, Hanna Gros et Paloma Van Groll ont rencontré un ancien gestionnaire de l'ASFC qui offre quelques explications sur l'émergence d'une telle culture. Il relate de quelle façon, lors de la création de l'ASFC en 2003¹⁰⁴⁶, deux cultures organisationnelles, soit celles du programme des douanes de l'Agence du Revenu du Canada et celle du programme d'application de la loi de ce qui était à l'époque Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), se sont opposées. À son avis, puisque le premier était dix fois plus important que le second, c'est la culture du programme des douanes qui s'est imposée et qui est devenue la « marque

¹⁰⁴¹ Sojourn House et Canadian Council for Refugees, *Welcome to Canada: The Experience of Refugee Claimants at Port-of-Entry Interviews*, 2010 aux pp 7–9, en ligne : <ccrweb.ca/files/poereport.pdf>.

¹⁰⁴² *Ibid* à la p 22.

¹⁰⁴³ Goettl et Jeanes, *supra* note 366 aux pp 18 et s.

¹⁰⁴⁴ Gros et Van Groll, *supra* note 15 aux pp 49–50.

¹⁰⁴⁵ Sojourn House et Canadian Council for Refugees, *supra* note 1041 aux pp 11–12. Voir aussi Goettl et Jeanes, *supra* note 366 à la p 20.

¹⁰⁴⁶ Lors de la création de l'ASFC, le gouvernement canadien combine en un seul organisme les activités de gestion frontalière, soit le service des douanes (Agence du revenu du Canada), les services d'immigration et d'exécution de la loi (Citoyenneté et Immigration Canada) ainsi que le service d'inspection des aliments (Agence canadienne d'inspection des aliments). La création de l'ASFC et son intégration au sein du ministère de la Sécurité publique résultent entre autres de pressions américaines à la suite des attentats du 11 septembre 2001, les États-Unis reprochant alors au Canada d'être trop laxiste dans ses politiques d'immigration : Atak, Hudson et Nakache, « Policing Canada's Refugee System », *supra* note 1038 à la p 473.

de l'ASFC », sans égard pour les bonnes pratiques héritées de CIC, dont une approche « équilibrée et empathique » quant au volet application de la loi. Il conclut :

Malheureusement, il n'y a pas de contrepoids et la culture [de l'ASFC] s'oriente dans une seule direction – vers une organisation davantage paramilitaire où l'accent est mis sur le pouvoir et la force et moins sur les interactions, la coopération et l'engagement. [ma traduction, je souligne] ¹⁰⁴⁷

Efrat Arbel et Alletta Brenner affirment ainsi que la création de l'ASFC aurait eu un effet important sur la façon dont sont traitées les demandes d'asile à la frontière terrestre. On serait selon ces autrices passé d'une culture axée sur la protection à une culture axée sur l'exécution de la loi et sur le contrôle¹⁰⁴⁸. La recherche de Sojourn House et du CCR arrivait par ailleurs à la même conclusion en affirmant que les diverses responsabilités qui incombait à l'AFSC avaient pour effet que son mandat d'« exécution de la loi » empiétait sur son mandat de protection des personnes réfugiées¹⁰⁴⁹. L'ASFC est en effet désormais perçue comme une « force policière imposante » [ma traduction]¹⁰⁵⁰. À partir d'une recherche ethnographique effectuée auprès d'agentes et d'agents des services frontaliers, Karine Côté-Boucher retrace l'histoire de cette transformation de la culture institutionnelle de l'ASFC, en s'intéressant notamment à l'impact des nouvelles technologies et du port de l'arme à feu. La nouvelle culture qui émerge de ces changements se caractérise d'une part parce qu'elle nomme la « masculinisation du travail frontalier » [ma traduction]¹⁰⁵¹, qui se répercute par une insistance sur les aspects du travail des agentes et agents relatifs à la sécurité et à l'usage de la force au détriment d'autres tâches plus cléricales ou administratives. D'autre part, elle souligne que cette nouvelle culture de l'ASFC n'est pas adoptée uniformément. Plutôt que d'être monolithique, la culture institutionnelle se décline en fonction de différentes générations d'agentes et d'agents, la nouvelle génération faisant plus facilement sien ce nouveau rôle de police des frontières¹⁰⁵². Ce constat peut être mis en parallèle avec l'expérience des personnes non

¹⁰⁴⁷ Gros et Van Groll, *supra* note 15 à la p 47.

¹⁰⁴⁸ Arbel et Brenner, *supra* note 11 à la p 60. C'est aussi ce que rapporte des personnes ayant été détenues, notamment vis-à-vis des agentes et agents des bureaux intérieurs : Goettl et Jeanes, *supra* note 366 aux pp 18 et s.

¹⁰⁴⁹ Sojourn House et Canadian Council for Refugees, *supra* note 1041 à la p 27.

¹⁰⁵⁰ Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 à la p 23. On constate par ailleurs une convergence croissante entre le travail de police et de contrôle des frontières dans plusieurs pays. Voir par ex Ben Bowling, « Epilogue: The Borders of Punishment: Towards a Criminology of Mobility » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment*, Oxford University Press, 2013, 291 à la p 296; Pickering et Weber, *supra* note 603 aux pp 95 et s.

¹⁰⁵¹ Côté-Boucher, *Borders Frictions*, *supra* note 237 à la p 17.

¹⁰⁵² *Ibid* aux pp 164–189.

citoyennes décrite plus haut au sujet de leurs interactions avec les agentes et agents de l'ASFC pour suggérer l'existence de variations au sein de la culture institutionnelle de l'ASFC.

2.3.3.2. Une administration lacunaire du programme de détention

Puis, au fil des ans, différents rapports gouvernementaux ont mis en exergue des lacunes relatives à l'administration du programme de détention (souvent évalué de pair avec le programme de renvoi). On signale des problèmes quant à la compilation des données (ex. : nombre de personnes détenues, durée des détentions)¹⁰⁵³, à la gestion des coûts¹⁰⁵⁴, à la surveillance des conditions de détention¹⁰⁵⁵, au suivi du respect des conditions de mise en liberté¹⁰⁵⁶, aux systèmes informatiques¹⁰⁵⁷ et à la communication entre l'administration centrale et les administrations régionales¹⁰⁵⁸. On constate entre autres que « les décisions de l'ASFC concernant la détention ou la mise en liberté ne font pas l'objet d'une surveillance adéquate permettant de savoir si les personnes sont traitées de façon juste et uniforme »¹⁰⁵⁹.

2.3.3.3. De difficiles conditions de détention

Les personnes détenues en vertu de la LIPR le sont à des fins administratives et non criminelles. À la lumière de ce fait, plusieurs critiquent les conditions de détention des personnes non citoyennes,

¹⁰⁵³ Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois*, supra note 707 à la p 2.

¹⁰⁵⁴ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, supra note 487; Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois*, supra note 707 à la p 2.

¹⁰⁵⁵ Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois*, supra note 707 à la p 2. À la suite de ce constat concernant le suivi des conditions de détention, l'ASFC a mis en place un programme d'assurance de la qualité à partir de septembre 2009 afin de s'assurer que les CSI respectent les standards nationaux en matière de détention : Agence des services frontaliers du Canada, *Quality Assurance Program. Immigration Holding Centres. 2011-2012*, 2012 à la p 3 [obtenu par demande informelle d'accès à l'information, A-2016-02715] [ASFC, *Quality Assurance Program*]. De nouveaux standards nationaux doivent être développés dans la foulée du Cadre national sur la détention liée à l'immigration. Ces normes nationales ont été publiées en juillet 2021 : Agence des services frontaliers du Canada, « Normes nationales de détention liée à l'immigration » (7 juillet 2021), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/standards-normes/menu-fra.html> [ASFC, « Normes nationales »].

¹⁰⁵⁶ Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois*, supra note 707 à la p 2.

¹⁰⁵⁷ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, supra note 487.

¹⁰⁵⁸ *Id.*

¹⁰⁵⁹ Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois*, supra note 707 à la p 2

à la fois dans les CSI et dans les établissements correctionnels¹⁰⁶⁰. Les CSI sont des établissements de type carcéral, à sécurité intermédiaire. Ils ont été décrits comme étant,

[à] maints égards, [...] assimilables à des prisons : les caractéristiques physiques des lieux (caméras de surveillance, portes verrouillées par commande centrale, clôtures surmontées de barbelés), le niveau de surveillance (forte présence de gardes de sécurité en uniforme, fouilles systématiques et répétées) et le degré de liberté accordé aux détenus (utilisation de menottes, règles et horaires stricts) en font partie.¹⁰⁶¹

Le quotidien se caractérise par la monotonie (il y a peu d'activités à part regarder la télévision) et ce qui est décrit comme une « routine militaire »¹⁰⁶², dans laquelle et toute non-observance des règles peut mener à des sanctions (confinement, retrait de privilèges)¹⁰⁶³. Camille Bonenfant-Martin rapporte que l'ensemble des activités quotidiennes fait l'objet d'une supervision constante et d'une régulation exhaustive; de multiples règles « gouvernent le moindre aspect du quotidien »¹⁰⁶⁴, les fouilles corporelles et les inspections aléatoires de chambres et pièces communes se répètent chaque jour. À cela s'ajoute, au CSI de Laval, la pratique d'appeler les personnes par leur numéro de lit et non par leur nom¹⁰⁶⁵. Dans un rapport portant sur l'expérience de revendicateurs et revendicatrices du statut de réfugié détenues au CSI de Laval, l'ensemble des personnes relatent une expérience négative, en soulignant « l'horaire et les règles rigoureux, le menottage pendant le transport, le manque de sommeil et le fait d'être détenu avec des personnes ayant commis des crimes » [ma traduction]¹⁰⁶⁶.

En particulier, l'utilisation de menottes (ainsi que parfois de fers aux pieds et à la taille) pour les déplacements et le transport dans des fourgons cellulaires est vécue difficilement par les personnes détenues, qui ont parfois l'impression d'être traitées comme des criminels¹⁰⁶⁷. On rapporte que

¹⁰⁶⁰ Pour un aperçu (en bandes dessinées) de ce à quoi peut ressembler un établissement correctionnel où sont détenues les personnes non citoyennes, voir tings chak, *Undocumented. The Architecture of Migrant Detention*, The Architecture Observer, Montreal, 2014.

¹⁰⁶¹ Cleveland, Dionne-Boivin et Rousseau, *supra* note 15.

¹⁰⁶² Camille Bonenfant-Martin, *supra* note 436 à la p 118.

¹⁰⁶³ Goettl et Jeanes, *supra* note 366 à la p 9.

¹⁰⁶⁴ Camille Bonenfant-Martin, *supra* note 436 à la p 114.

¹⁰⁶⁵ *Ibid* à la p 117.

¹⁰⁶⁶ Goettl et Jeanes, *supra* note 366 à la p 12.

¹⁰⁶⁷ Cleveland, Dionne-Boivin et Rousseau, *supra* note 15 aux pp 115–116. Sur cette question, voir aussi Goettl et Jeanes, *supra* note 366 aux pp 13, 16, 17, 18; Human Rights Watch et Amnesty International, *supra* note 811 à la p 49. Voir aussi le cas d'un homme en attente de renvoi qui affirme se « sentir comme un criminel, alors [qu'il n'a] rien fait » : Lisa-Marie Gervais, « Mobilisation autour du renvoi d'un travailleur essentiel vers l'Inde », *Le Devoir* (10 juin 2006), en ligne : <[hwww.ledevoir.com/societe/609507/immigration-je-me-sens-comme-un-criminel-alors-que-je-n-ai-rien-fait](http://www.ledevoir.com/societe/609507/immigration-je-me-sens-comme-un-criminel-alors-que-je-n-ai-rien-fait)>.

certaines personnes ont refusé de se rendre à l'hôpital pour recevoir des soins, parfois urgents, en raison de l'humiliation que constitue le fait d'être menottées et enchaînées¹⁰⁶⁸. Dans le cadre d'autres recherches, des personnes détenues au CSI de Laval disent aussi avoir souffert du froid en hiver¹⁰⁶⁹.

2.3.3.4. *Un recours aux établissements correctionnels provinciaux aux conséquences multiples*

Comme mentionné plus haut, les personnes détenues aux fins du droit de l'immigration le sont parfois dans des établissements correctionnels provinciaux, lorsque par exemple l'ASFC ne dispose pas d'installation de détention dans la région, si la personne présente un risque élevé (ex. : criminalité violente et récente), si elle a un comportement agressif ou certains problèmes de santé mentale¹⁰⁷⁰. Un rapport de recherche préparé par Hanna Gros et Paloma Van Groll décrit les conditions qui peuvent avoir cours dans ces établissements : imposition du port d'une combinaison orange, confinement dans les cellules pendant environ 17 heures par jour en temps normal, mais aussi confinement fréquent dans les cellules pour toute la journée, des fouilles à nu à chaque entrée ou sortie de l'établissement, présence de moisissures, absence d'activités, contact limité avec les proches ou les avocates et avocats, traitement irrespectueux de la part des gardes, accès difficile aux soins de santé (physique et mentale), barrières linguistiques pour les personnes qui ne parlent pas ou peu anglais (la recherche est menée en Ontario), recours à l'isolement cellulaire. Une personne rencontrée dans le cadre de cette recherche rapporte aussi la température très froide de la prison où elle était détenue¹⁰⁷¹.

La détention dans les établissements correctionnels pose d'autres problèmes. On souligne notamment que les individus y sont souvent détenus pour des périodes plus longues, qu'ils ont plus difficilement accès à leur avocat ou avocate et qu'ils sont détenus avec la population carcérale criminalisée, alors qu'eux ne sont accusés d'aucun crime¹⁰⁷². Cette mixité serait particulièrement problématique pour les personnes qui sollicitent le statut de réfugié¹⁰⁷³. Hanna Gros et Paloma Van

¹⁰⁶⁸ Cleveland, Dionne-Boivin et Rousseau, *supra* note 15 à la p 116.

¹⁰⁶⁹ Camille Bonenfant-Martin, *supra* note 436 à la p 118.

¹⁰⁷⁰ Voir, notamment pour une description des pratiques dans différentes régions, Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 aux pp 73 et s.

¹⁰⁷¹ Gros et Van Groll, *supra* note 15 aux pp 29 et s.

¹⁰⁷² Dawson, *supra* note 493 à la p 829.

¹⁰⁷³ Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 à la p 79.

Groll remarquent avec justesse que si la mixité avec la population criminalisée est problématique pour différentes raisons (par exemple parce qu'elle cause un haut niveau de stress), le fait d'avoir une aile séparée pour les détenus en vertu de la LIPR au *Central East Correctional Centre* (dans la région de Toronto) fait en sorte qu'ils ont un accès limité aux services et activités en comparaison avec la population générale et que le confinement en cellule est plus fréquent puisque les autres ailes se voient accorder la priorité lorsqu'il manque de personnel.

Certains déplorent la grande discrétion dont jouit l'ASFC quant au lieu d'incarcération, puisque le cadre juridique ne prévoit rien à cet égard, par exemple les raisons pour lesquelles une personne serait détenue dans une prison plutôt que dans un CSI¹⁰⁷⁴. De plus, puisque les personnes sont détenues par les autorités fédérales, mais dans des établissements provinciaux, il existe une certaine confusion quant à savoir à qui incombe la responsabilité des conditions de leur détention¹⁰⁷⁵. On souligne aussi le fait qu'il n'existe pas de mécanisme effectif de surveillance des conditions de détention dans ces établissements¹⁰⁷⁶.

Certaines problématiques associées à la détention dans des établissements provinciaux sont reconnues par l'ASFC¹⁰⁷⁷, notamment le déplacement des personnes détenues d'un établissement à un autre, la réduction des heures de visite, l'accès limité aux groupes d'aide pour les personnes détenues et la mixité entre personnes détenues pour raisons d'immigration et de criminalité¹⁰⁷⁸.

Enfin, soulignons que la SI refuse généralement de prendre en compte les conditions de détention dans ses décisions¹⁰⁷⁹. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a statué que la décision concernant le choix de l'établissement de détention constitue une ordonnance susceptible de contrôle judiciaire¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁴ Gros et Van Groll, *supra* note 15 à la p 7.

¹⁰⁷⁵ *Ibid* aux pp 7, 79–81. Voir aussi Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 aux pp 87 et s.,

¹⁰⁷⁶ Gros et Van Groll, *supra* note 15 aux pp 7, 84–85.

¹⁰⁷⁷ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, *supra* note 487.

¹⁰⁷⁸ Enjeu soulevé au moins dès 2002 dans une évaluation du programme de détention : Bureau du vérificateur général, *CIC – L'application de la loi et le contrôle* à la p 23.

¹⁰⁷⁹ Efrat Arbel et Molly Joeck, « Immigration Detention in the Age of COVID-19: A View from Canada » (21 juillet 2020), en ligne : <www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2020/07/immigration>.

¹⁰⁸⁰ *Brown CAF*, *supra* note 38 au para 116.

2.3.3.5. Des effets négatifs importants en matière de santé mentale

En matière de santé mentale, de nombreuses études démontrent les impacts que la détention peut avoir sur les personnes détenues, notamment celles qui demandent l'asile¹⁰⁸¹. Une étude réalisée auprès de personnes ayant demandé l'asile au Canada a démontré que celles qui sont détenues éprouvent des effets négatifs importants, soit « un niveau significativement plus élevé de symptômes de trouble de stress post-traumatique (TSPT), de dépression et d'anxiété »¹⁰⁸². Il a également été démontré que ces effets sont plus élevés chez les personnes détenues que chez celles qui ne le sont pas¹⁰⁸³. De plus, certains facteurs aggravent ces impacts, entre autres la durée de la détention et le fait d'accorder un statut précaire aux personnes à la fin de leur détention (par opposition à un statut permanent)¹⁰⁸⁴. Dans certains cas, la détention peut entraîner des comportements suicidaires et d'automutilation¹⁰⁸⁵. Des personnes ayant été détenues (et ayant ou non demandé l'asile) ont également témoigné, dans le cadre de nombreuses recherches, des effets néfastes de la détention sur leur santé mentale¹⁰⁸⁶.

Certaines pratiques de détention des personnes qui sont déjà aux prises avec de tels problèmes avant d'être détenues font aussi l'objet de critiques, comme l'isolement cellulaire de celles qui ont des idées suicidaires ou leur transfert d'un CSI vers un établissement correctionnel (puisque les CSI ne disposeraient pas des ressources nécessaires pour s'occuper d'elles)¹⁰⁸⁷. En outre, une étude rapporte qu'elles sont détenues dans des établissements correctionnels de façon routinière, où les services en la matière s'avèrent « terriblement inadéquats »¹⁰⁸⁸. Dans la même étude, on mentionne que, selon des avocates et avocats de personnes détenues, les problèmes de santé mentale ne

¹⁰⁸¹ Pour un aperçu de l'ensemble de ces impacts, voir par ex Human Rights Watch et Amnesty International, *supra* note 811.

¹⁰⁸² Cleveland, Dionne-Boivin et Rousseau, *supra* note 15 aux pp 110 et s. Voir aussi, au sujet de la même étude, Janet Cleveland et Cécile Rousseau, « Psychiatric Symptoms Associated with Brief Detention of Adult Asylum Seekers in Canada » (2013) 58:7 Canadian Journal of Psychiatry 409.

¹⁰⁸³ Cleveland, Dionne-Boivin et Rousseau, *supra* note 15 aux pp 110 et s.

¹⁰⁸⁴ *Ibid* à la p 111.

¹⁰⁸⁵ Efrat Arbel et Ian C Davis, « Immigration Detention and the Problem of Time: Lessons from Solitary Confinement » (2018) 4:4 International Journal of Migration and Border Studies 326 à la p 329.

¹⁰⁸⁶ Au Canada, voir par ex Camille Bonenfant-Martin, *supra* note 436 à la p 134; Goettl et Jeanes, *supra* note 366 à la p 43; Gros et Van Groll, *supra* note 15 aux pp 6, 20 et s.

¹⁰⁸⁷ Dawson, *supra* note 493 à la p 830, citant Janet Cleveland, Cécile Rousseau et Rachel Kronick, « Bill C-4: The Impact of Detention and Temporary Status on Asylum Seekers' Mental Health », mémoire déposé à la Chambre des communes, 2012. Voir aussi Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 aux pp 80 et s.

¹⁰⁸⁸ Gros et Van Groll, *supra* note 15 aux pp 7–8. Pour une analyse exhaustive des enjeux que pose la détention des personnes aux prises avec des problèmes de santé mentale au Canada et une analyse critique du cadre juridique qui entoure leur traitement, voir *ibid*.

semblent constituer un enjeu important pour l'ASFC que lorsqu'ils nuisent au renvoi de la personne¹⁰⁸⁹. De même, l'impact de la détention sur la santé mentale semble avoir peu de poids dans les décisions des commissaires de la SI qui contrôlent les motifs de la détention¹⁰⁹⁰.

Les personnes détenues se retrouvent également isolées de leur réseau, ce qui entraîne chez plusieurs un important sentiment de désespoir¹⁰⁹¹.

2.3.3.6. Aucune durée maximale prévue par la loi

Une autre critique faite au régime principal de détention consiste en ce que la loi ne prévoit pas de durée maximale de détention¹⁰⁹². La détention est donc vécue par les personnes détenues comme étant indéterminée, ce qui en soi comporte des effets néfastes, qui s'ajoutent aux impacts de la détention sur le plan de la santé mentale¹⁰⁹³. L'indétermination serait source d'angoisse et, pour plusieurs, parmi les facettes les plus difficiles de cette expérience¹⁰⁹⁴. Dans certaines circonstances, cette absence de limite, combinée entre autres aux problèmes relatifs aux audiences devant la SI présentés plus bas, fait en sorte que la détention se prolonge parfois pendant de nombreuses années. Par exemple, un rapport commandé par la CISR fait état de personnes ayant été détenues pour des périodes allant de sept à dix ans (pour des raisons administratives et non criminelles)¹⁰⁹⁵.

2.3.3.7. Des enfants détenus ou « hébergés »

La détention des enfants (c'est-à-dire les personnes de moins de 18 ans) constitue également un important sujet de préoccupation¹⁰⁹⁶. Sur le plan juridique, la majorité des enfants qui se retrouvent

¹⁰⁸⁹ *Ibid* à la p 53.

¹⁰⁹⁰ *Ibid* à la p 63.

¹⁰⁹¹ Human Rights Watch et Amnesty International, *supra* note 811 aux pp 51–53.

¹⁰⁹² *Ibid* aux pp 85–86.

¹⁰⁹³ Anderson, *Us and Them*, *supra* note 67 à la p 127; Arbel et Davis, *supra* note 1085.

¹⁰⁹⁴ Arbel et Davis, *supra* note 1085 à la p 331; Gros et Van Groll, *supra* note 15 à la p 6.

¹⁰⁹⁵ Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Rapport de la vérification externe de 2017-2018 (Contrôle des motifs de détention)*, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2018, en ligne : <irb-cisr.gc.ca:443/fr/transparence/revues-verifications-evaluations/Pages/SI-verification-externe-1718.aspx> [CISR, *Rapport de vérification – Contrôles*].

¹⁰⁹⁶ Pour un aperçu des impacts possibles de la détention sur les enfants à l'échelle internationale, voir Alice Farmer, « L'impact de la détention pour cause d'immigration sur les enfants » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 14.

en détention ne sont pas eux-mêmes détenus, ils sont plutôt « hébergés »¹⁰⁹⁷ dans les CSI (ainsi que parfois dans des établissements correctionnels) avec leurs parents, qui eux sont détenus¹⁰⁹⁸. Bien que les parents aient le choix de confier la garde de leurs enfants à un autre adulte ou à un service d'aide à l'enfance, le Conseil canadien pour les réfugiés (CCR) souligne que, « [d]ans la plupart des cas, cela n'est pas logiquement ni humainement possible »¹⁰⁹⁹. Les enfants, qui ont parfois la citoyenneté canadienne¹¹⁰⁰, accompagnent donc leurs parents en détention où, généralement, ils sont détenus avec leur mère dans l'aile familiale alors que le père est détenu dans l'aile des hommes¹¹⁰¹. N'étant pas officiellement détenus, leur détention ne fait pas l'objet d'un contrôle par la CISR¹¹⁰² et ils ne bénéficient pas des garanties prévues par la loi voulant que « la détention des mineurs doit n'être qu'une mesure de dernier recours »¹¹⁰³. En outre, certaines personnes mineures sont aussi parfois elles-mêmes détenues, qu'elles soient accompagnées ou non par leurs parents ou tuteurs¹¹⁰⁴.

Des spécialistes dénoncent les conditions de détention des enfants dans les CSI, où ceux-ci sont soumis comme les adultes aux règles strictes, à la surveillance et aux fouilles. Les services d'éducation et de loisirs y sont déficients et il y a peu d'occasions pour les enfants de socialiser avec leurs pairs¹¹⁰⁵. De même, l'état des installations (ex. : mauvaise ventilation, moisissures) pourrait nuire à leur santé¹¹⁰⁶.

Une autre pratique touchant les enfants qui est critiquée consiste en la détention d'un parent alors que l'autre parent et les enfants ne sont pas détenus, ce qui permet d'éviter la détention des enfants, mais résulte en la séparation de la famille, une expérience considérée comme « extrêmement

¹⁰⁹⁷ Il s'agit de l'expression utilisée par l'ASFC, qui emploie également l'expression « invités » pour désigner les enfants qui accompagnent leurs parents en détention.

¹⁰⁹⁸ Sur 138 mineurs détenus en 2019-2020, 136 d'entre eux n'étaient pas détenus, mais « hébergés » : ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

¹⁰⁹⁹ Conseil canadien pour les réfugiés, *Immigration, détention et enfants : Deux ans après, des droits toujours ignorés*, 2019 à la p 4, en ligne : <ccrweb.ca/sites/ccrweb.ca/files/children-detention-nov-2019-fr.pdf> [CCR, *Immigration, détention et enfants*].

¹¹⁰⁰ Sur la question de la détention (ou de l'hébergement) d'enfants canadiens, voir Gros, *supra* note 379.

¹¹⁰¹ Gros et Song, *supra* note 379 à la p 10.

¹¹⁰² *Ibid.* Néanmoins, depuis 2019 (donc après la publication de ce rapport), la SI doit prendre en compte « l'intérêt supérieur de tout enfant de moins de dix-huit ans directement touché » : *RIPR*, *supra* note 365, art 248(f).

¹¹⁰³ *LIPR*, *supra* note 20, art 60.

¹¹⁰⁴ Voir ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313; ASFC, « Statistiques sur les détentions 2012-2019 », *supra* note 799. Les motifs de détention des enfants sont les mêmes que pour les adultes. Les statistiques (disponibles pour les années 2017-2018 à 2019-2020) indiquent que les motifs les plus fréquemment invoqués sont, en ordre décroissant, le risque de fuite, l'identité non prouvée et le contrôle.

¹¹⁰⁵ Gros et Song, *supra* note 379 à la p 5.

¹¹⁰⁶ *Ibid* à la p 15.

traumatisante » pour les enfants¹¹⁰⁷. Des enfants sont parfois séparés de leur seul parent et confiés aux services de protection de la jeunesse¹¹⁰⁸.

Une recherche menée auprès de familles ayant demandé l'asile au Canada suggère que la détention représente une expérience hautement stressante et parfois traumatisante pour les enfants, et qu'elle provoque chez eux de la détresse, de la peur et une « détérioration du fonctionnement » [ma traduction]¹¹⁰⁹. La séparation des familles cause également beaucoup de détresse, qu'il s'agisse de la détention d'un seul parent ou de la séparation à l'intérieur d'un CSI¹¹¹⁰. Les auteures sont ainsi d'avis que tant la détention des enfants que la séparation des familles sont contraires à l'intérêt supérieur des enfants¹¹¹¹, ce qui concorde avec des avis juridiques en la matière¹¹¹². D'autres recherches menées ailleurs dans le monde sont arrivées à des constats similaires quant aux impacts de la détention sur la santé mentale des enfants¹¹¹³.

2.3.3.8. De nombreux obstacles en matière d'accès au droit et à la justice

Ensuite, les personnes détenues aux fins de l'immigration, qu'elles soient incarcérées dans les CSI ou les établissements correctionnels, font face à de nombreux obstacles en matière d'accès au droit et à la justice. Dans une étude menée auprès de personnes détenues et ayant demandé l'asile, Tyler Goettl et Jenny Jeanes rapportent des difficultés à préparer le formulaire de Fondement de la demande d'asile, rassembler la documentation à l'appui de leur demande et communiquer avec leurs proches ou leur avocate ou avocat¹¹¹⁴. Dépendamment des provinces, dont dépendent les

¹¹⁰⁷ CCR, *Immigration, détention et enfants*, *supra* note 1099 à la p 4.

¹¹⁰⁸ Voir par ex Brigitte Bureau, « Séparé de ses enfants à la frontière par l'Agence des services frontaliers », *Radio-Canada.ca* (10 décembre 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1755508/demandeur-asile-separe-enfants-serivces-frontaliers>.

¹¹⁰⁹ Rachel Kronick, Cécile Rousseau et Janet Cleveland, « Asylum-Seeking Children's Experiences of Detention in Canada: A Qualitative Study » (2015) 85:3 *American Journal of Orthopsychiatry* 287 à la p 292 [Kronick, Rousseau et Cleveland, « Asylum-Seeking Children's Experiences of Detention »]. Voir aussi Rachel Kronick, Cécile Rousseau et Janet Cleveland, « Refugee Children's Sandplay Narratives in Immigration Detention in Canada » (2018) 27:4 *European child & adolescent psychiatry* 423 [Kronick, Rousseau et Cleveland, « Refugee Children's Sandplay Narratives »].

¹¹¹⁰ Kronick, Rousseau et Cleveland, « Asylum-Seeking Children's Experiences of Detention », *supra* note 1109 à la p 292.

¹¹¹¹ *Ibid* à la p 293.

¹¹¹² Voir par ex Gros et Song, *supra* note 379 à la p 5.

¹¹¹³ Voir les études citées dans *ibid* aux pp 23 et s..

¹¹¹⁴ Goettl et Jeanes, *supra* note 366 à la p 5. Voir aussi, au sujet de la détention comme obstacle à la préparation de dossier dans le cadre de différents processus, Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 aux pp 55 et s. Au sujet des difficultés de communication avec les avocates et avocats, voir Silverman et Molnar, *supra* note 14 à la p 121.

programmes d'aide juridique, l'accès à des services juridiques peut également s'avérer difficile, notamment en Ontario, où se trouve la majorité des personnes détenues¹¹¹⁵. La communication avec les avocates ou avocats serait particulièrement difficile pour les personnes placées dans des établissements provinciaux¹¹¹⁶. De plus, les personnes détenues n'ont pas accès à des services d'interprétation, ce qui complique davantage la communication avec leur représentant si elles ne parlent ni français ni anglais¹¹¹⁷. De même, l'information sur les services juridiques disponibles serait « extrêmement limitée »¹¹¹⁸. L'accès restreint aux moyens de communication combiné à la difficulté d'accéder à des services juridiques complexifient également la préparation de dossier en vue des audiences de contrôle des motifs de détention¹¹¹⁹. Le recours à la vidéoconférence suscite également des inquiétudes sur les plans de l'interprétation ainsi que de la perception du témoignage de la personne détenue par le ou la commissaire¹¹²⁰.

Certaines personnes relatent aussi avoir eu peu ou pas connaissance des raisons de leur détention et de leurs droits¹¹²¹. Par exemple, au cours du processus de détention, les personnes rencontrent parfois un ou une agente d'investigation de l'ASFC pour établir leur identité. Certaines indiquent ne pas avoir compris le but de ces entrevues, quels étaient leurs droits dans ce contexte et l'impact possible de ces entrevues sur leur demande d'asile¹¹²².

2.3.3.9. Des décès

Bien que les circonstances entourant les décès de personnes détenues ne demeurent généralement que peu connues vu les enjeux de confidentialité invoqués par l'ASFC, plusieurs déplorent le décès de personnes en détention aux fins de l'immigration. Entre 2000 et 2016, au moins 14 personnes sont décédées alors qu'elles étaient détenues en vertu de la LIPR¹¹²³.

¹¹¹⁵ *Ibid* à la p 124.

¹¹¹⁶ Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 aux pp 69 et s.,

¹¹¹⁷ Silverman et Molnar, *supra* note 14 à la p 118.

¹¹¹⁸ *Ibid* à la p 118.

¹¹¹⁹ *Ibid* à la p 122.

¹¹²⁰ *Ibid* à la p 118. Voir, à ce sujet, Mark Federman, « On the Media Effects of Immigration and Refugee Board Hearings via Videoconference » (2006) 19:4 *Journal of Refugee Studies* 433.

¹¹²¹ Goettl et Jeanes, *supra* note 366 à la p 13.

¹¹²² *Ibid* aux pp 18–24.

¹¹²³ Debra Black, « Secrecy cloaks death of immigration detainee in Toronto jail », *Toronto Star*, (10 mars 2016), en ligne : www.thestar.com/news/immigration/2016/03/10/secrecy-cloaks-death-of-immigration-detainee-in-toronto-jail.html; Ronna Syed, « Body of Nigerian man who died after “altercation” on plane remains in limbo », (1 septembre 2018), en ligne : www.cbc.ca/news/canada/calgary/bolante-idowu-alo-body-in-limbo.

2.3.3.10. Des audiences de contrôle des motifs de détention sévèrement critiquées

L'ASFC n'est pas la seule institution dont les pratiques relatives à la détention ont été remises en question. Le déroulement des audiences de contrôle des motifs de détention devant la SI a fait l'objet de sévères critiques. Du côté gouvernemental, à la suite d'une série de décisions de différents tribunaux critiquant certaines décisions de la SI, la CISR a procédé à une évaluation des contrôles des motifs de détention et des décisions des cas où la détention se prolonge au-delà de cent jours¹¹²⁴. Cette

vérification portait essentiellement sur la tenue des contrôles des motifs de détention, sur la question de savoir si les contrôles des motifs de détention satisfaisaient aux normes d'équité énoncées par les tribunaux et sur la question connexe de savoir si les décisions rendaient compte avec justesse des éléments de preuve et des observations des parties.¹¹²⁵

Pour reprendre les mots de la Cour suprême du Canada, on y dresse « un portrait franchement désolant de la façon dont le régime est administré pour les personnes en détention de longue durée »¹¹²⁶. En effet, la principale constatation de la vérification veut que dans plusieurs des contrôles examinés, « il y a des écarts remarquables entre les attentes énoncées par les tribunaux et la pratique de la SI »¹¹²⁷. On soulève une longue liste de préoccupations quant à la conduite de ces audiences, notamment en matière d'équité procédurale : « inexactitudes et incohérences dans la constatation des faits »; « recours sans réserve à des déclarations par des agents d'audience de [l'ASFC] »; « défaut d'entendre le témoignage » pertinent d'un ou une agente de l'ASFC; « défaut de permettre à la personne détenue d'entendre et de présenter des témoignages », notamment aux fins d'une SRD; « défaut de questionner [l'ASFC] sur le retard » (la question du retard ou du manque de diligence de l'ASFC étant un critère que doivent considérer les commissaires lorsque des motifs de détention sont constatés¹¹²⁸); « obstacles à la participation de la personne détenue au

1.4807359>. Carrie Dawson rapporte notamment les décès de deux personnes, Jan Szamko (2009) et Michael Akhmien (1995), événements qui soulèvent des questions importantes au sujet des conditions de détention et du traitement de ces dossiers par le personnel de l'ASFC : Dawson, *supra* note 493 à la p 830. Survenu en 2013, le décès de Lucia Vega Jimenez a fait l'objet d'une certaine couverture médiatique et d'une enquête du coroner de Colombie-Britannique : British Columbia, Coroners Service, *Verdict at Coroners Inquest, Findings and Recommendations as a Result of the Coroner's Inquest Pursuant to Section 38 of the Coroners Act, [SBC 2007] c 15, Into de Death of Vega Jimenez Lucia Dominga*, 7 octobre 2014, en ligne : <www2.gov.bc.ca/assets/gov/birth-adoption-death-marriage-and-divorce/deaths/coroners-service/inquest/2014/vega-jimenez-lucia-dominga-2013-0380-0004-verdict.pdf>.

¹¹²⁴ CISR, *Rapport de vérification – Contrôles*, *supra* note 1095. Les décisions qui font l'objet de la vérification sont mentionnées en annexe du rapport.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ *Chhina CSC*, *supra* note 381 au para 63.

¹¹²⁷ CISR, *Rapport de vérification – Contrôles*, *supra* note 1095.

¹¹²⁸ *RIPR*, *supra* note 365, art 248(d).

contrôle des motifs de détention », entre autres lorsqu'elle n'est pas représentée; absence de « processus décisionnel actif en matière de [SRD] »; « trop grande importance accordée aux décisions antérieures », ce qui contribue entre autres au « défaut de décider à nouveau » lors de chaque contrôle; manque « d'équité pour les personnes détenues ayant des problèmes de santé mentale » (ex. : des problèmes importants sont à peine reconnus dans les décisions); ainsi qu'une « interprétation rigide des facteurs législatifs et réglementaires » qui empêche une interprétation plus nuancée de la preuve¹¹²⁹.

Les défaillances relevées par cette vérification font écho aux problématiques identifiées ailleurs. Certains soulignent par exemple le manque d'indépendance des commissaires vis-à-vis des agentes et agents d'audience de l'ASFC ainsi que les règles de preuve et garanties procédurales lacunaires¹¹³⁰. D'autres dénoncent l'aspect souvent purement formel des contrôles des motifs de détention, qui ne font que reprendre les décisions antérieures. Lorsque la personne détenue n'est pas représentée, le contrôle ne dure parfois que quelques minutes¹¹³¹. Hanna Gros et Paloma Van Groll rapportent les propos d'un avocat qui présente les audiences comme « le moment, chaque mois, où les personnes détenues doivent s'asseoir en silence et écouter à quel point elles sont de mauvaises personnes » [ma traduction]¹¹³². Les audiences seraient ainsi source d'un grand sentiment d'impuissance chez les personnes détenues¹¹³³. D'ailleurs, ces problèmes (conjugués aux lacunes constatées à l'égard du recours en contrôle judiciaire devant la Cour fédérale¹¹³⁴) ont incité des personnes non citoyennes à présenter un certain nombre de demandes d'*habeas corpus* devant les cours supérieures des provinces¹¹³⁵. Un exemple particulièrement frappant à l'égard de la pratique de la SI est celui de l'affaire *Scotland*, dans laquelle le juge Morgan énonce une longue série de critiques envers une détention qu'il juge injustifiée et incompréhensible : « [a]s with Kafka's protagonist, Joseph K, no one knows why [Mr. Scotland] is detained »¹¹³⁶.

Dans un autre ordre d'idées, le rapport de vérification cite certains facteurs contextuels qui semblent avoir un impact sur la pratique de la SI, comme la culture décisionnelle des commissaires

¹¹²⁹ CISR, *Rapport de vérification – Contrôles*, supra note 1095.

¹¹³⁰ Arbel et Davis, supra note 1085 aux pp 327, 334.

¹¹³¹ Gros et Van Groll, supra note 15 à la p 27.

¹¹³² *Ibid.*

¹¹³³ *Ibid.*

¹¹³⁴ Voir la section 2.3.2.3, ci-dessus.

¹¹³⁵ Voir la section 2.3.2.4, ci-dessus.

¹¹³⁶ *Scotland*, supra note 380 au para 2. Pour une analyse de cette décision, voir Silverman, supra note 946.

(une culture plus indépendante par opposition à une culture davantage axée sur la collaboration entre les membres d'un même tribunal) ainsi que le profil des commissaires recrutés¹¹³⁷.

2.3.3.11. Des disparités régionales importantes

Enfin, les disparités régionales dans la mise en œuvre du régime, constatées à la fois dans les rapports gouvernementaux et par d'autres recherches¹¹³⁸, suscitent des inquiétudes. La documentation officielle souligne un manque d'uniformité dans les décisions de détention, qui est parfois causé par des contraintes organisationnelles. Un rapport du Bureau de la Vérificatrice générale mentionne en guise d'illustration que dans des régions ayant une capacité de détention plus restreinte, des personnes présentant un certain niveau de risque sont mises en liberté sous conditions alors que, dans d'autres régions, des personnes présentant un niveau de risque similaire sont détenues jusqu'au contrôle par la SI¹¹³⁹. Une évaluation du programme menée par l'ASFC fournit une explication similaire. Ainsi,

[d]ans la [Région du Grand Toronto], des agents ont affirmé que lorsqu'il y a une insuffisance budgétaire ou lorsque le CSI est presque à capacité, la haute direction leur demande d'opter pour la mise en liberté lorsque c'est possible pour réduire la pression sur les ressources de détention. »¹¹⁴⁰

Le même rapport fait état d'un traitement différencié selon le point d'entrée où arrive la personne. Par exemple, on souligne que des

différences notables existent à l'échelle du pays sur le plan des pratiques de détention au cours des 48 premières heures, lorsque l'agent de l'ASFC a le pouvoir discrétionnaire de détenir la personne ou de la relâcher. Par exemple, dans les régions de l'Atlantique, des Prairies et du Pacifique, la majorité des étrangers sont libérés sous conditions avant l'enquête [pour interdiction de territoire] de la CISR. Par contre, les agents des services frontaliers (ASF) à l'aéroport international Lester-B.-Pearson de Toronto détiennent généralement les personnes et laissent à la CISR le soin d'imposer les conditions de libération.¹¹⁴¹

¹¹³⁷ CISR, *Rapport de vérification – Contrôles*, supra note 1095.

¹¹³⁸ Notamment celle de Nakache, *Human and Financial Cost*, supra note 7.

¹¹³⁹ Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois*, supra note 707 à la p 14. Dans un rapport précédent datant de 2003, la vérificatrice générale indique également que, dans la région de Toronto au tournant des années 2000, des contraintes de capacité de détention et de coûts font en sorte qu'on se tourne vers le Programme de cautionnement de Toronto (une SRD) pour alléger la pression sur les installations : Bureau du vérificateur général, *CIC – L'application de la loi et le contrôle*, supra note 646 à la p 25.

¹¹⁴⁰ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, supra note 487.

¹¹⁴¹ *Ibid.*

Il existe également des différences dans les décisions relatives au lieu de détention de personnes présentant un niveau de risque similaire. Par exemple, on détient au CSI de Laval des personnes qui présentent un risque plus élevé que dans les CSI ailleurs au Canada. Selon Delphine Nakache, cela s'explique par le fait que la surpopulation carcérale aurait amenée les autorités correctionnelles québécoises à diminuer le nombre de places disponibles pour des personnes détenues en vertu de la LIPR. De plus, puisque le CSI de Laval fonctionne rarement au maximum de sa capacité, l'ASFC a ainsi pu garder des personnes considérées comme présentant plus de risques, plutôt que de les transférer dans une prison provinciale¹¹⁴². Selon l'ASFC, les différences entre les infrastructures expliqueraient en partie les disparités concernant le placement des personnes détenues¹¹⁴³. Un rapport d'audit de 2017 confirme de telles disparités et les explique par des facteurs « comme l'irrégularité des solutions de rechange à la détention et de la capacité de détention »¹¹⁴⁴.

On y remarque aussi des disparités régionales dans la prise de décisions concernant des groupes considérés comme vulnérables, notamment les personnes mineures, qui sont détenues en plus grande proportion dans les régions du Québec et du Grand Toronto. Il existe aussi des différences dans le traitement des personnes ayant des problèmes de santé mentale qui, dans les régions de l'Atlantique et des Prairies, sont confiées à des ressources communautaires plutôt que placées en détention. Personnes pour qui, par ailleurs, l'accès aux soins est inégal entre les différentes régions¹¹⁴⁵.

L'ASFC explique ces disparités par un manque de compréhension des directives et des solutions de rechange à la détention disponibles de la part des agentes et agents¹¹⁴⁶. En ce qui concerne la détention des personnes mineures, Hanna Gros et Yolanda Song suggèrent que les plus hauts taux de détention de ces personnes au Québec et dans la région de Toronto s'expliqueraient peut-être

¹¹⁴² Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 à la p 81. Le manque de places dans les établissements correctionnels québécois est encore mentionné pour expliquer que le CSI de Laval détient des personnes qui présentent un risque élevé : Agence des services frontaliers du Canada, « Le nouveau Cadre national en matière de détention liée à l'immigration de l'ASFC - Un rapport sommaire du Cadre et des discussions en table ronde avec les intervenants (août à décembre 2016) » (2017), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/consult/consultations/nidf-cnmidi/menu-fra.html> [ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants »].

¹¹⁴³ ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142

¹¹⁴⁴ Agence des services frontaliers du Canada, *Audit de l'exécution de la loi en matière d'immigration*, Agence des services frontaliers du Canada, 2017 au para 68, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2016/ie-emi-fra.html> [ASFC, *Audit de l'exécution de la loi*]. Des contraintes organisationnelles liées aux infrastructures ont aussi été constatées dans d'autres recherches sur les pratiques de l'ASFC : Côté-Boucher « Paradox of Discretion », *supra* note 223 à la p 63.

¹¹⁴⁵ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, *supra* note 487.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

par le fait qu'il y existe des installations dédiées, les CSI, qui permettent la détention à long terme des personnes migrantes ailleurs que dans des prisons provinciales¹¹⁴⁷. Le CCR indique que, pour la région du Québec, la plupart des enfants qui se retrouvent en détention le sont parce que l'identité de leurs parents n'a pas été prouvée¹¹⁴⁸. Le grand nombre d'enfants s'explique alors par le fait que plus de personnes sont détenues pour motif d'identité au Québec.

En effet, d'autres différences régionales se rapportent aux motifs de détention auxquels recourt l'ASFC. Dans un rapport de 2011 commandé par le HCR sur le thème précis de la détention des personnes qui demandent l'asile, Delphine Nakache constate qu'il y a, dans la région du Québec, une plus grande proportion de personnes détenues pour des raisons d'identité¹¹⁴⁹ alors que, dans la région du Grand Toronto, il y a une plus grande proportion de personnes détenues pour des raisons de risque de fuite¹¹⁵⁰. Pour Nakache, ces

disparités régionales sont inquiétantes, puisqu'il n'existe pas de raison particulière de croire que les personnes qui demandent l'asile arrivant au Québec posent davantage de problèmes d'identité que celles arrivant dans la région du Grand Toronto, ou que les personnes qui demandent l'asile arrivant dans la région du Grand Toronto présentent un plus grand risque de fuite que celles arrivant au Québec. En d'autres termes, il semble que la probabilité d'être détenu dépende en grande mesure du point d'entrée où arrive la personne qui demande l'asile » [ma traduction]¹¹⁵¹.

Ces disparités sont perçues comme l'indicateur d'un certain arbitraire dans la mise en œuvre du régime de détention¹¹⁵², ou du moins d'un manque de clarté du cadre juridique et administratif¹¹⁵³. L'ASFC indique elle-même craindre que ce manque d'uniformité puisse avoir un impact sur « l'équité réelle ou perçue du programme de détention »¹¹⁵⁴.

Dans le rapport sur les audiences de contrôle des motifs de détention cité plus haut, on relève également que « que l'ASFC a une culture régionale qui a une incidence sur la façon dont la SI effectue son travail »¹¹⁵⁵. Les différences concernent l'approbation des cautionnements, le niveau de collaboration avec la SI, les taux de recommandation de mise en liberté et d'approbation de plan de mise en liberté, l'aide fournie pour trouver des ressources communautaires qui pourraient être

¹¹⁴⁷ Gros et Song, *supra* note 379 aux pp 17–18.

¹¹⁴⁸ CCR, *Immigration, détention et enfants*, *supra* note 1099 à la p 5.

¹¹⁴⁹ Ce qui est corroboré par le Conseil canadien pour les réfugiés : *ibid.*

¹¹⁵⁰ Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 à la p 81.

¹¹⁵¹ *Ibid* à la p 52.

¹¹⁵² CCR, *Immigration, détention et enfants*, *supra* note 1099 à la p 5.

¹¹⁵³ Gros et Van Groll, *supra* note 15 à la p 17.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ CISR, *Rapport de vérification – Contrôles*, *supra* note 1095.

mobilisées dans le cadre de SRD, la collaboration avec les avocates et avocats ainsi qu'une approche plus accusatoire dans certaines régions :

Dans notre échantillon, certains agents d'audience au bureau régional du Centre et, dans une moindre mesure au bureau régional de l'Est, semblaient adopter une approche plus accusatoire dans la tenue du contrôle des motifs de détention qu'au bureau régional de l'Ouest; ils avaient davantage tendance à exagérer la preuve ou à tirer des conclusions fondées sur des hypothèses plutôt que sur des faits démontrés.¹¹⁵⁶

Le rapport indique aussi que l'accès inégal à des services juridiques (qui relève des gouvernements provinciaux) se répercute sur la pratique des commissaires de façon différente selon les régions. En ce qui concerne la SI, on y rapporte également des différences dans la façon dont la SI gère les dossiers et dans ses « pratiques décisionnelles », au sujet par exemple de l'écoute des témoignages et de la transcription des décisions¹¹⁵⁷.

Dans une évaluation de l'ASFC concernant le programme des audiences (évaluation qui porte sur les audiences devant les quatre sections de la CISR et non seulement sur la détention), on constate de grandes variations au chapitre de l'acceptation des positions défendues par l'ASFC dans les décisions de la CISR. On soutient que « ces disparités peuvent résulter de divers facteurs, notamment des différences dans la population d'arrivée, la complexité du cas, l'emplacement du bureau, les niveaux de dotation en personnel, l'expérience des [agents d'audience]; etc. »¹¹⁵⁸. On y mentionne également une variation entre le nombre de cas par agent entre les régions et une plus grande charge de travail dans la région de Toronto¹¹⁵⁹.

Parmi les publications gouvernementales consultées, j'ai repéré certaines explications de nature plus générale au sujet des variations régionales. Une première concerne la formation des agentes et agents de l'ASFC. On a par exemple constaté des différences dans les activités de formation au sujet de la détention et du renvoi. En effet,

[a]fin de combler le manque de formation et les limites de celle-ci à l'échelle nationale, les régions ont élaboré une formation interne sur les sujets propres aux activités liées à l'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs (p. ex. la rédaction de rapports et de recommandations pour les audiences de la CISR, une orientation sur les procédures et les protocoles pour les CSI, le traitement d'un renvoi).

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ Agence des services frontaliers du Canada, *Évaluation du Programme des audiences de l'ASFC*, 2018, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2018/imp-pa-fra.html> [ASFC, *Évaluation du Programme des audiences*].

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

Toutefois, il n'y a aucune norme nationale pour s'assurer que le contenu et la prestation sont uniformes dans l'ensemble des régions. [je souligne]¹¹⁶⁰

De même, dans une évaluation portant sur les enquêtes en matière d'interdiction de territoire (et non sur la détention toutefois), on constate que

l'acquisition de compétences dans le domaine des enquêtes en matière d'immigration repose toujours principalement sur le mentorat par les pairs. Cette façon de faire présente certaines limites, y compris l'absence de l'interprétation uniforme de la LIPR et le fait d'encourager des variations dans la façon de recueillir et de présenter l'information sur les cas. [je souligne]¹¹⁶¹

Ainsi, la formation basée sur le mentorat pourrait avoir pour effet de reproduire des variations régionales.

Une deuxième explication concerne la mise à jour des documents administratifs utilisés par les agentes et agents de l'ASFC. Dans un audit de l'exécution de la loi en matière d'immigration, on mentionne certaines lacunes dans la mise à jour de différents chapitres du manuel d'exécution de la loi, et ce, « malgré l'adoption de lois, processus et systèmes nouveaux »¹¹⁶². On y affirme que,

[à] défaut de réviser continuellement et régulièrement les politiques et procédures clés, les agents de l'ASFC doivent interpréter chacun de leur côté les lois, processus et systèmes nouveaux, ce qui donne lieu à diverses compréhensions, à des solutions de rechange et à une exécution décousue du programme d'une région à l'autre. [je souligne]¹¹⁶³

Dans un rapport d'évaluation du programme de détention de 2010, l'ASFC affirme cependant que « le manque d'uniformité dans la prestation des activités liées aux détentions échappe, en grande partie, au contrôle de l'ASFC »¹¹⁶⁴. On mentionne que les « pratiques et les procédures de la CISR régissent principalement la façon dont les audiences se déroulent, ainsi que le moment et les motifs pour lesquels une personne est détenue ou mise en liberté »¹¹⁶⁵. On cite ensuite en exemple des différences régionales, notamment quant aux lieux où se tiennent les audiences (qui à Montréal ont lieu aux bureaux de la CISR et nécessitent le transport des personnes, alors qu'à Toronto les salles d'audience sont attenantes au CSI) et au recours à la vidéoconférence (peu fréquent à Montréal). On souligne que ces différences ont un impact sur les coûts et que l'utilisation de la

¹¹⁶⁰ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, supra note 487.

¹¹⁶¹ ASFC, « Évaluation du sous-programme des enquêtes de l'immigration », supra note 693.

¹¹⁶² ASFC, *Audit de l'exécution de la loi*, supra note 1144 au para 62.

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, supra note 487.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

vidéoconférence à Montréal serait plus respectueuse des personnes détenues parce que n'ayant pas à les transporter, l'ASFC n'aurait pas à les menotter.

2.3.4. Récentes initiatives de l'ASFC et la CISR

Afin de répondre à ces différentes problématiques liées à la mise en œuvre de la détention, l'ASFC et la CISR ont toutes deux entamé certaines réformes. Du côté de la CISR, les différentes recommandations formulées dans le rapport de vérification externe ont mené, en avril 2019, à une mise à jour des directives qui guident les commissaires lors des audiences de contrôle des motifs de la détention¹¹⁶⁶. On a par exemple ajouté des directives concernant la présentation des éléments de preuve et la présentation exhaustive des motifs de la décision en fin d'audience¹¹⁶⁷. D'autres initiatives ont également été adoptées, telles que le recrutement de nouveaux et nouvelles commissaires ayant des profils et parcours variés¹¹⁶⁸. Dans un rapport sur la mise en œuvre de ces recommandations, la CISR indique ainsi avoir recruté ces commissaires parmi les avocates et avocats spécialisés en immigration, qui ont donc une expérience en défense des personnes détenues¹¹⁶⁹. Des procédures internes ont été adoptées pour une surveillance plus étroite des cas de détention de longue durée, pour que les commissaires soient en mesure de mieux se préparer en prévision des audiences, pour qu'ils et elles adoptent un langage plus clair, pour qu'ils et elles puissent échanger au sujet de pratiques exemplaires. Des formations leur ont également été données, par exemple sur des questions de santé mentale¹¹⁷⁰.

L'ASFC a pour sa part lancé, en août 2016, le Cadre national en matière de détention liée à l'immigration (CNDI), assorti d'un budget de mise en œuvre de 138 millions de dollars. On y reconnaît explicitement des besoins tels que

mettre sur pied des CSI adéquats, rentables et efficaces pour la détention liée à l'immigration et fournir de meilleurs programmes; réduire le recours aux établissements correctionnels provinciaux pour la détention liée à l'immigration; établir des normes de détention et des niveaux de soins

¹¹⁶⁶ CISR, *Directives numéro 2*, *supra* note 17.

¹¹⁶⁷ Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, « Rapport d'étape sur la mise en œuvre de la SI du plan d'action en réponse à la vérification des contrôles des motifs de détention de longue durée » (17 juillet 2018), en ligne : <irb-cisr.gc.ca:443/fr/enquetes-motifs/Pages/response-action-plan.aspx> [CISR, « Rapport d'étape en réponse à la vérification »].

¹¹⁶⁸ Roula Eatrides et Aviva Basman, « Reforms at the IRB », Conférence *De-Carceral Futures: Bridging Prison and Immigration Control*, présentée à l'Université Queen's, 10 mai 2019 [non publiée].

¹¹⁶⁹ CISR, « Rapport d'étape en réponse à la vérification », *supra* note 1167.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

uniformes partout au Canada; élargir les SRD actuelles pour établir un programme de SRD complet à l'échelle nationale; fournir davantage de soins médicaux et de santé mentale aux personnes dans les CSI de l'ASFC; réduire le plus possible le nombre de mineurs et de personnes vulnérables en détention ainsi que le nombre de cas de détention de longue durée; accroître la transparence du programme et renforcer la mobilisation des intervenants et des Canadiens.¹¹⁷¹

L'ASFC présente cette initiative comme « a[yant] permis d'établir un système de détention liée à l'immigration amélioré et plus équitable », et ce, « afin d'offrir aux personnes visées un traitement humain et décent tout en assurant la sécurité du public »¹¹⁷². Un objectif maintes fois répété est l'uniformisation des pratiques à l'échelle nationale, entre autres au sujet de la détention des personnes mineures et de celles vivant avec des problèmes de santé mentale, des détentions de longue durée et des normes de détention (concernant par exemple les conditions dans les CSI ou le recours aux établissements provinciaux)¹¹⁷³.

L'ASFC conçoit le CNDI comme reposant sur quatre piliers, soit les partenariats, les SRD, la santé mentale et la transparence, en plus de l'amélioration des infrastructures de détention, notamment les CSI¹¹⁷⁴. Je reprends ici ces catégories pour présenter différentes mesures qu'adopte graduellement l'ASFC depuis le lancement du cadre. Puisque ces mesures sont relativement récentes, les informations contenues dans cette section reposent principalement sur la documentation officielle. Mises à part ces sources et les statistiques rendues disponibles par l'ASFC, il existe encore peu d'informations sur l'évolution des pratiques.

Le pilier relatif aux partenariats doit se concrétiser par des consultations avec des partenaires de l'ASFC (qui sont les « intervenants principaux, les partenaires provinciaux et le public »¹¹⁷⁵) et vise l'amélioration du programme de détention. De telles consultations ont entre autres été menées auprès d'une cinquantaine d'organismes et du public en 2016-2017, à la suite du lancement du CNDI¹¹⁷⁶. Des ententes ont également été conclues avec des organismes communautaires pour la

¹¹⁷¹ ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142.

¹¹⁷² ASFC, « Cadre national », *supra* note 17.

¹¹⁷³ ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142.

¹¹⁷⁴ ASFC, « Cadre national », *supra* note 17.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

¹¹⁷⁶ ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142; Agence des services frontaliers du Canada, « Consultation sur le Cadre national en matière de détention liée à l'immigration de l'ASFC : Rapport sommaire des consultations auprès de Canadiens » (2017), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/consult/consultations/nidf-cnmdi/report-rapport-fra.html> [ASFC, « CND – Consultations auprès de Canadiens »].

mise sur pied de certaines SRD¹¹⁷⁷, ainsi qu'avec des autorités provinciales pour la prestation de soins médicaux¹¹⁷⁸.

Au chapitre de la santé mentale, l'ASFC désire améliorer l'accès à ce type de services, ainsi qu'aux services médicaux de façon plus générale. Les améliorations comprennent par exemple la présence permanente en CSI d'un ou une infirmière, la présence régulière de médecins et psychologues et, au besoin, la visite d'un ou une psychiatre¹¹⁷⁹. Le personnel de l'ASFC et les gardes qui travaillent dans les CSI ont également suivi différentes formations sur le sujet¹¹⁸⁰.

Pour ce qui est des SRD, le CNDI s'est notamment traduit par l'élargissement du programme de SRD afin que plus d'options soient disponibles à l'échelle nationale. De plus, un chapitre du manuel d'exécution de la loi leur est désormais consacré¹¹⁸¹. Les SRD se veulent des mesures alternatives à la détention, qui permettent à la fois la remise en liberté de la personne (assorties de conditions) et l'atteinte des objectifs de l'ASFC en matière d'immigration, comme le renvoi¹¹⁸². L'ASFC définit les SRD comme « toute condition qui peut être imposée à une personne pour atténuer un risque présenté par elle en ce qui a trait à l'exécution de la loi et à l'accomplissement du mandat de l'ASFC »¹¹⁸³. En d'autres termes, il s'agit « de stratégies qui garantissent l'engagement des personnes concernées dans les procédures d'immigration tout en les laissant vivre au sein de la collectivité »¹¹⁸⁴. Les SRD déjà utilisées avant la mise en œuvre du CNDI consistaient par exemple en le versement de dépôts ou de garanties par un ou une proche de la personne détenue ou l'obligation de se rapporter périodiquement à l'ASFC. Parmi les nouvelles SRD, on compte des « services de gestion des cas et de surveillance dans la communauté

¹¹⁷⁷ Agence des services frontaliers du Canada, « Gestion des cas et surveillance dans la collectivité » (24 juillet 2018), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/ccms-gccs-fra.html> [ASFC, « Gestion et surveillance dans la collectivité »].

¹¹⁷⁸ Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels de 2017-2018*, 20 novembre 2018, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2017-2018/report-rapport-fra.html> [ASFC, *Rapport sur les résultats 2017-2018*].

¹¹⁷⁹ ASFC, « CSI », *supra* note 834.

¹¹⁸⁰ ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142.

¹¹⁸¹ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339. Ce chapitre « décrit les éléments du programme de solutions de rechange à la détention (SRD) et fournit de l'information et des directives sur la façon dont les outils disponibles dans le programme de SRD devraient être utilisés » : *ibid* à la p 4.

¹¹⁸² La recherche active de SRD a été identifiée comme enjeu d'importance dès 2002, alors que le programme de détention relevait encore de la responsabilité de Citoyenneté et immigration Canada : Bureau du vérificateur général, *CIC – L'application de la loi et le contrôle*, *supra* note 646 à la p 23.

¹¹⁸³ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 5.

¹¹⁸⁴ Robyn Sampson, « Faire tomber ces barrières qui limitent la pensée » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 42 à la p 43.

(GCSC) »¹¹⁸⁵, la reconnaissance vocale et la surveillance à l'aide de bracelets électroniques aux chevilles (sous la forme d'un projet pilote). Sur le plan administratif, une plus grande attention est portée à l'évaluation de la possibilité de recourir à une SRD, efforts qui doivent être consignés au dossier¹¹⁸⁶. De plus, l'ASFC a créé le poste d'agent ou agente de liaison communautaire spécifiquement dans le but de « gérer l'administration et l'utilisation continues des programmes de [reconnaissance vocale], de [gestion des cas et surveillance dans la communauté] et de [surveillance électronique] dans les régions »¹¹⁸⁷. L'ASFC indique qu'un plus grand recours aux SRD doit entre autres permettre une diminution des détentions de longue durée (lorsque la personne coopère avec les autorités et ne présente pas un danger)¹¹⁸⁸.

En ce qui concerne la transparence, l'ASFC publie des statistiques plus détaillées sur les détentions¹¹⁸⁹. L'ASFC a aussi octroyé en juillet 2017 un contrat à la Croix-Rouge canadienne (CRC) pour la surveillance des conditions de détention et du traitement des individus détenus, ce que la CRC faisait par ailleurs depuis 1999 dans le cadre d'un programme de moins grande envergure (le contrat avec l'ASFC permettant désormais à la CRC d'y consacrer davantage de ressources). Depuis, trois (courts) rapports annuels du Programme de suivi des conditions de détention des immigrants ont été rendus publics¹¹⁹⁰. Sept grandes catégories de préoccupations y sont soulignées. Elles concernent la mixité des personnes détenues dans les établissements correctionnels, la détention de personnes vulnérables comme les enfants ou les personnes qui demandent l'asile, de longues périodes de détention, le manque d'informations sur leurs droits et

¹¹⁸⁵ ASFC, « Cadre national », *supra* note 17. Un tel programme existait déjà dans la région de Toronto. L'ASFC a octroyé des contrats à différents organismes pour offrir des services qui visent à permettre à la personne détenue de sortir de détention, tout en « gér[ant] efficacement les risques et [en] facilit[ant] la conformité avec le continuum de l'immigration jusqu'à la résolution du cas ou au renvoi ». Ces services peuvent comprendre l'hébergement, des services de santé (ex. : traitement de la toxicomanie) ou d'aide à l'emploi : ASFC, « Gestion et surveillance dans la collectivité », *supra* note 1177.

¹¹⁸⁶ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 26,.

¹¹⁸⁷ *Ibid* à la p 18.

¹¹⁸⁸ ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142.

¹¹⁸⁹ Portrait qui demeure toutefois incomplet. Voir par ex Brigitte Bureau, « Enfants séparés d'un parent à la frontière : l'ASFC s'engage à tenir des statistiques », *Radio-Canada* (19 janvier 2021), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1763964/enfants-separees-famille-frontiere-agence-statistiques>.

¹¹⁹⁰ Croix-Rouge canadienne, *Programme de suivi des conditions de détention des immigrants (PSCD). Rapport annuel des activités. Période de suivi : septembre 2017 à mars 2018*, sans date, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securete/detent/impd-pscd-fra.pdf> [CRC, *PSCD 2017-2018*]; Croix-Rouge canadienne, *Programme de suivi des conditions de détention des immigrants (PSCD). Rapport annuel. Période de suivi – Avril 2018 à mars 2019*, sans date, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securete/detent/impd-pscd-18-19-fra.pdf> [CRC, *PSCD 2018-2019*]; Croix-Rouge canadienne, *Programme de suivi des conditions de détention des immigrants (PSCD). Rapport annuel. Période de suivi – Avril 2019 à mars 2020*, sans date, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securete/detent/impd-pscd-19-20-fra.pdf> [CRC, *PSCD 2019-2020*].

obligations, l'accès difficile à des services médicaux, dont des services de santé mentale, le peu d'accès aux espaces extérieurs et à des activités religieuses, culturelles ou éducatives, ainsi que des entraves à la communication des personnes détenues avec leur famille¹¹⁹¹.

Ensuite, des améliorations aux infrastructures doivent permettre, selon l'ASFC, « de diminuer grandement le recours aux établissements correctionnels provinciaux, d'améliorer les normes nationales et d'accroître le bien-être des personnes détenues »¹¹⁹². En date de novembre 2021, des rénovations ont été faites au CSI de Toronto (ce qui devrait permettre la détention de personnes présentant un niveau de risque plus élevé qui auparavant étaient détenues dans des établissements provinciaux), alors qu'un nouveau CSI a été inauguré à Surrey (où des services médicaux sont maintenant disponibles) et qu'un autre est en cours de construction à Laval¹¹⁹³. Avec ces nouvelles installations, l'ASFC vise à rehausser les conditions de détention. L'ASFC s'est aussi dotée d'une nouvelle procédure concernant le choix du lieu de détention, qui se fait désormais à l'aide d'une grille de pointage¹¹⁹⁴.

Les statistiques officielles indiquent une diminution du recours aux établissements correctionnels provinciaux depuis l'année 2016-2017, sauf une légère augmentation en 2019-2020.

¹¹⁹¹ L'ASFC a publié deux réponses à ces rapports : Agence des services frontaliers du Canada, *Réponse de la direction et plan d'action de l'ASFC au rapport annuel 2017-2018 de la Croix-Rouge canadienne*, 2019, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/mrap-rdpa-fra.html> [ASFC, *Réponse au rapport 2017-2018 de la CRC*]; Agence des services frontaliers du Canada, « Réponse de la direction et plan d'action de l'ASFC aux rapports annuels 2018 à 2019 et 2019 à 2020 de la Croix-Rouge canadienne » (27 mai 2021), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/security-securite/arr-det/mrap-rdpa-fra.html> [ASFC, *Réponse aux rapports 2018-2019-2020 de la CRC*].

¹¹⁹² ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142.

¹¹⁹³ ASFC, « Cadre national », *supra* note 17.

¹¹⁹⁴ Il s'agit du formulaire d'*Évaluation nationale des risques en matière de détention*. Pour plus de détails sur ce type de décision, voir section 2.3.2.1, ci-dessus.

Tableau 2.7 – Détention selon le type d'établissement, par année (2012-2020)¹¹⁹⁵

Exercice financier	Nb de personnes détenues	Détention dans un CSI	Détention dans un établissement provincial	Détention dans d'autres établissements ¹¹⁹⁶
2012-2013	8 742	61%	31%	8%
2013-2014	7 720	61%	31%	8%
2014-2015	6 786	57%	32%	11%
2015-2016	6 602	57%	31%	12%
2016-2017	6 268	59%	28%	13%
2017-2018	8 355	71%	20%	9%
2018-2019	8 781	69%	16%	15%
2019-2020	8 825	68%	19%	13%

En matière d'uniformisation des pratiques, l'ASFC a également mis en place une procédure de « l'assurance de la qualité des cas de détention »¹¹⁹⁷. Il s'agit d'une procédure interne qui consiste en la révision de l'ensemble du dossier, ce qui comprend les formulaires, la saisie des informations dans les bases de données et les notes de détention. La personne qui fait cette révision, qui occupe un poste supérieur à l'agente ou l'agent qui prend la décision initiale et qui ne doit pas être la personne qui en a fait le premier examen¹¹⁹⁸, doit notamment s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant et les SRD ont été pris en considération¹¹⁹⁹.

Pour ce qui est de la détention des personnes mineures, le CNDI cherche surtout à diminuer le nombre d'enfants détenus ou hébergés dans les CSI¹²⁰⁰, de même qu'à ne pas séparer les familles¹²⁰¹. À cet effet, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile a émis, en

¹¹⁹⁵ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313; ASFC, « Statistiques sur les détentions 2012-2019 », *supra* note 799.

¹¹⁹⁶ L'ASFC indique que « [l]a détention dans d'autres établissements comprend celles des autres organisations d'exécution de la loi (p. ex., les détachements de la GRC, les cellules des services de police locaux et provinciaux), les bureaux d'entrée de l'ASFC (BE) et les cellules des bureaux intérieurs (BI) de l'ASFC » : *ibid.* Ces autres établissements ne sont utilisés que pour des détentions de courte durée.

¹¹⁹⁷ ASFC, *Rapport sur les résultats 2018-2019*, *supra* note 648.

¹¹⁹⁸ Voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

¹¹⁹⁹ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 45.

¹²⁰⁰ Alors que certains enfants sont détenus en vertu de la LIPR, d'autres enfants, qui ne sont pas détenus sur le plan juridique, accompagnent tout de même leurs parents, qui eux sont détenus, dans les CSI : *ibid* aux pp 27–28.

¹²⁰¹ Une pratique utilisée pour éviter le recours à la détention des enfants étant la détention d'un parent alors que l'autre parent et les enfants sont mis en liberté : ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, *supra*

novembre 2017, une instruction à l'intention de l'ASFC, qui rappelle les grands principes à suivre en cette matière¹²⁰². Conjointement à cette instruction, une directive nationale précise les modalités de la mise en œuvre de la détention que doit suivre le personnel de l'ASFC¹²⁰³. Par exemple, on y mentionne les circonstances dans lesquelles une personne mineure pourrait être détenue ou une famille séparée ainsi que la façon de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant. Le RIPR a aussi fait l'objet d'une modification en 2019 afin de mieux prendre en compte cet élément lors de la prise de décisions relatives à la détention¹²⁰⁴.

Les statistiques disponibles montrent que le nombre d'enfants détenus ou hébergés connaît une baisse constante entre les exercices 2014-2015 et 2018-2019, ainsi qu'une hausse en 2019-2020, alors que la durée moyenne de détention varie entre 13,1 et 18,6 jours, comme l'indique le tableau suivant¹²⁰⁵. Selon l'ASFC,

[c]ette augmentation est attribuable à un nombre accru de voyageurs, avec des familles de 3 enfants ou plus, qui sont entrés au Canada de façon irrégulière entre les points d'entrée. La plupart de ces mineurs (75 %) accompagnaient un parent / tuteur détenu pour des motifs d'identité.¹²⁰⁶

Tableau 2.8 – Détention des enfants, par année (2014-2020)

Exercice financier	Nombre d'enfants détenus ou hébergés	Durée moyenne (jours)
2014-2015	232	16
2015-2016	201	14,1
2016-2017	162	13,1
2017-2018	151	14,9
2018-2019	118	18,6
2019-2020	138	16,6

note 487. Selon le CCR, cette pratique serait de plus en plus courante : CCR, *Immigration, détention et enfants*, supra note 1099.

¹²⁰² Sécurité publique Canada, *Instruction du ministre à l'intention de l'Agence des services frontaliers du Canada : Les mineurs dans le système de détention liée à l'immigration du Canada*, 2017, en ligne : <www.securitepublique.gc.ca/cnt/trnsprnc/ns-trnsprnc/mnstrl-drctn-cbsa-fr.aspx> [Sécurité publique Canada, *Instruction – Les mineurs en détention*].

¹²⁰³ ASFC, *Directive sur la détention de mineurs*, supra note 820.

¹²⁰⁴ *Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2019-213.

¹²⁰⁵ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », supra note 313; ASFC, « Statistiques sur les détentions 2012-2019 », supra note 799.

¹²⁰⁶ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », supra note 313.

Comme le relève le Conseil canadien pour les réfugiés (CCR), 91% (107/118) des enfants hébergés ou détenus par l'ASFC pendant l'année 2018-2019 l'ont été dans la région du Québec¹²⁰⁷. Deux ans après son adoption, le CCR déplore d'ailleurs une mise en œuvre incohérente de la directive, entre autres en ce qui concerne ces disparités régionales ainsi que l'inégale prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions qui ont trait à la détention, autant par l'ASFC et que la CISR¹²⁰⁸. En 2019-2020, ce sont 130 enfants sur un total de 138, soit 94%, qui ont été détenus dans la région du Québec. L'ASFC indique que 78% de ces enfants sont arrivés de façon irrégulière (entre deux points d'entrée) dans la région du Québec, où se produisent 94% des arrivées irrégulières au pays¹²⁰⁹.

D'autres statistiques rendues disponibles par l'ASFC (et intégrées au tableau 7.9) indiquent certaines tendances. Depuis le lancement du CNDI, en 2016, la durée moyenne de la détention diminue (sauf une légère augmentation en 2019-2020) tandis que le nombre de personnes détenues a augmenté.

¹²⁰⁷ CCR, *Immigration, détention et enfants*, *supra* note 1099.

¹²⁰⁸ *Ibid.* Sur ce dernier point, voir aussi Gros, *supra* note 379 à la p 6.

¹²⁰⁹ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

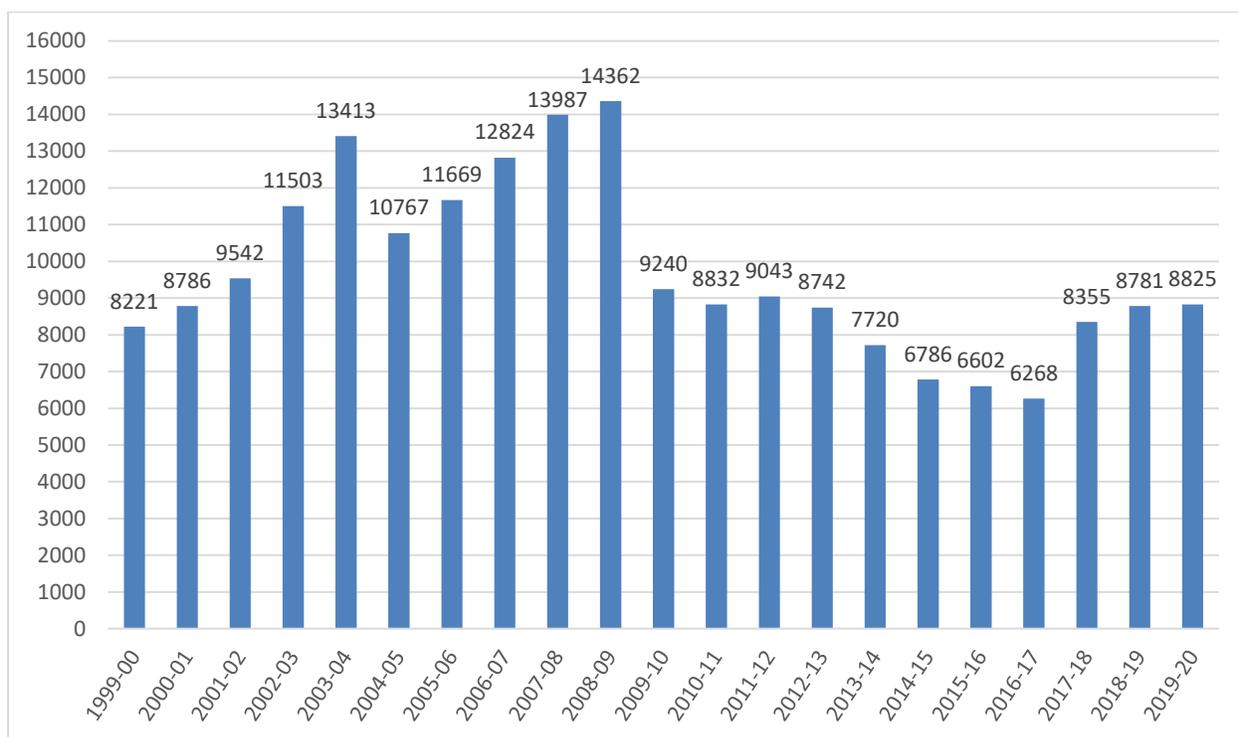
Tableau 2.9 – Nombre de personnes détenues, durées moyenne et médiane de la détention, proportion de détention en CSI, par année (1999-2020)¹²¹⁰

Exercice financier	Nombre de personnes détenues	Durée moyenne (jours)	Durée médiane (jours)	% en CSI
1999-2000	8 221	156	Non disponible	54,85%
2000-2001	8 786	15,2	Non disponible	52,85%
2001-2002	9 542	14,8	Non disponible	59,95%
2002-2003	11 503	14,4	Non disponible	Non disponible
2003-2004	13 413	Non disponible	Non disponible	Non disponible
2004-2005	10 767	22,1	Non disponible	70,15%
2005-2006	11 669	19,7	Non disponible	71,17%
2006-2007	12 824	17,5	Non disponible	72,22%
2007-2008	13 987	Non disponible	Non disponible	Non disponible
2008-2009	14 362	Non disponible	Non disponible	Non disponible
2009-2010	9 240 ¹²¹¹	Non disponible	Non disponible	Moins de 66,6%
2010-2011	8 832	Non disponible	Non disponible	Non disponible
2011-2012	9 043	19	Non disponible	71%
2012-2013	8 742	22,2	3	61%
2013-2014	7 720	25,1	3	61%
2014-2015	6 786	26,3	4	57%
2015-2016	6 602	24,9	3	57%
2016-2017	6 268	20,8	3	59%
2017-2018	8 355	14,3	2	71%
2018-2019	8 781	13,8	1	69%
2019-2020	8 825	13,9	1	68%

¹²¹⁰ J'ai choisi de rapporter ces données sur un plus long terme afin d'offrir un aperçu de différentes tendances depuis l'entrée en vigueur de la LIPR, en 2002. Les statistiques ne sont malheureusement pas complètes pour toutes les années. Pour les années 1999-2000 à 2001-2002 : Bureau du vérificateur général, *CIC – L'application de la loi et le contrôle supra* note 646 à la p 23. Pour les années 2002-2003 et 2003-2004 : Crépeau et Nakache, *supra* note 6 à la p 16. Pour les années 2004-2005 à 2006-2007 : Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois, supra* note 707 à la p 13. Pour les années 2007-2008 à 2009-2010 : ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010, supra* note 487. Pour l'année 2010-2011 : Dawson, *supra* note 493 à la p 828. Pour l'année 2011-2012 : ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142. Pour les années 2012-2013 à 2018-2019 : ASFC, « Statistiques sur les détentions 2012-2019 », *supra* note 799. Pour l'année 2019-2020 : ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

¹²¹¹ Cette baisse est attribuée par l'ASFC à l'imposition d'un visa pour les ressortissantes et ressortissants mexicains et tchèques : ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010, supra* note 487.

Figure 2.1 – Nombre de personnes détenues, par année (1999-2020)



Selon l'ASFC, l'augmentation du nombre de détentions en 2019-2020 « est largement attribuable à l'augmentation constante des voyageurs mexicains depuis la levée de l'obligation de visa pour ce pays en novembre 2016, ainsi qu'à l'augmentation de 1 % de l'afflux d'arrivées irrégulières par rapport à la dernière année » (c.-à-d. les arrivées entre deux points d'entrée officiels de la frontière terrestre, comme au chemin Roxham)¹²¹².

Pour cette même année, alors que la durée moyenne des détentions est de 13,9 jours, la durée médiane n'est que d'une seule journée, indiquant qu'au moins la moitié des détentions durent moins de 24 heures. L'écart entre les durées moyenne et médiane suggère un nombre important de personnes ayant été détenues sur une longue période. Le tableau suivant présente le nombre de personnes détenues en fonction de la durée de la détention. On constate qu'un peu plus de 42% des détentions ont duré 3 jours et plus, 28% 10 jours et plus et 10% 40 jours et plus. Enfin, 3% des personnes ont été détenues pendant plus de 99 jours.

¹²¹² ASFC, « Statistiques sur les détentions 2012-2019 », *supra* note 799.

Tableau 2.10 – Personnes détenues par durée de détention, par année (2012-2020)¹²¹³

Exercice financier	24 heures ou moins	de 25 à 48 heures	de 3 à 9 jours	de 10 à 39 jours	de 40 à 99 jours	Plus de 99 jours
2012-2013	2 631 (28 %)	1 159 (12,3 %)	2 081 (22,1 %)	2 138 (22,8 %)	767 (8,2 %)	620 (6,6 %)
2013-2014	2 425 (29,5 %)	918 (11,2 %)	1 711 (20,8 %)	1 759 (21,4 %)	769 (9,4 %)	631 (7,7 %)
2014-2015	1 994 (27,8 %)	685 (9,6 %)	1 632 (22,8 %)	1 543 (21,5 %)	688 (9,6 %)	629 (8,8 %)
2015-2016	1 825 (26,2 %)	844 (12,1 %)	1 587 (22,8 %)	1 498 (21,5 %)	674 (9,7 %)	547 (7,8 %)
2016-2017	2 042 (30,9 %)	891 (13,5 %)	1 376 (20,8 %)	1 278 (19,3 %)	594 (9 %)	427 (6,5 %)
2017-2018	4 085 (47,2 %)	1 138 (13,1 %)	1 239 (14,3 %)	1 233 (14,2 %)	637 (7,4 %)	326 (3,8 %)
2018-2019	4 279 (47 %)	1 128 (12 %)	1 421 (16 %)	1 379 (15 %)	621 (7 %)	286 (3 %)
2019-2020	4 050 (46%)	1 101 (12%)	1 562 (18%)	1600 (18%)	621 (7%)	241 (3%)

Enfin, quant aux provinces de détention, pour les années 2012-2013 à 2019-2020, on retrouve le plus grand nombre de personnes détenues en Ontario, puis en Colombie-Britannique, puis au Québec (sauf en 2018-2019 et en 2019-2020 où le Québec occupe le 2^e rang et la Colombie-Britannique le 3^e rang)¹²¹⁴.

En terminant, tant dans le cas du programme de détention de l'ASFC que des audiences de contrôle des motifs de détention menées par la SI, des évaluations ont soulevé nombre d'enjeux; plusieurs critiques ont été adressées aux autorités. Dans les deux cas, l'ASFC et la CISR ont entamé une révision de leurs façons de faire. Cependant, mis à part une modification réglementaire somme toute mineure, aucune de ces initiatives ne s'est traduite par un changement sur le plan juridique, les modifications ayant surtout été accomplies sur le plan des politiques et procédures

¹²¹³ *Ibid*; ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

¹²¹⁴ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2012-2019 », *supra* note 799; ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

administratives. La possibilité d'effectuer d'aussi importantes réformes sans passer par des modifications législatives ou même réglementaires signale la grande malléabilité du droit de l'immigration canadien et la large marge de manœuvre laissée à l'administration dans la mise en œuvre du programme.

* * *

Avant d'examiner plus avant la détention des personnes non citoyennes sous la loupe de l'appareillage conceptuel développé dans le premier chapitre, un bref résumé des sections précédentes de ce chapitre-ci s'avère opportun. Ainsi, nous avons vu que la détention des personnes non citoyennes jugées indésirables s'inscrit parmi plusieurs mesures de contrôle des frontières qui visent à permettre au gouvernement d'exercer ce que la CSC décrit comme un « pouvoir d'État fondamental », soit « le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos »¹²¹⁵. Pour ce faire, le Parlement octroie depuis longtemps de vastes pouvoirs à l'exécutif et à l'administration pour déterminer les critères d'admission et appliquer les règles qui régissent l'émission d'un statut à une personne non citoyenne. Cette flexibilité a historiquement été considérée comme nécessaire pour s'adapter au contexte socioéconomique, qui se caractérise aujourd'hui par la priorité accordée à l'immigration économique, surtout temporaire, ainsi que par des préoccupations sécuritaires axées notamment sur la criminalité et la fraude. Parmi les groupes jugés indésirables, les personnes non citoyennes en situation irrégulière et celles qui demandent l'asile se démarquent.

Pour soutenir ce droit de l'État de contrôler l'entrée et la présence sur son territoire des personnes non citoyennes, le Parlement délègue plusieurs pouvoirs aux agentes et agents de l'ASFC, dont le pouvoir discrétionnaire de détention, pour un ensemble de motifs. Ce pouvoir est balisé par tout un ensemble normatif, du RIPR aux directives internes de l'ASFC en passant par les principes généraux du droit administratif et la protection offerte aux personnes non citoyennes par la *Charte canadienne*.

Lorsque la détention se prolonge, le pouvoir de décider du maintien en détention revient aux commissaires de la SI, dont les décisions peuvent faire l'objet de divers recours devant les tribunaux. Néanmoins, l'administration quotidienne du programme de détention relève de l'ASFC, dont les fonctionnaires restent activement engagés tout au long du processus, surtout que la

¹²¹⁵ *Kindler, supra* note 727 à la p 834.

détention doit être justifiée par la poursuite d'un objectif lié à l'immigration, comme l'exécution du renvoi et la détermination de l'admissibilité, démarches qui concernent principalement les fonctionnaires de l'ASFC.

La mise en œuvre du régime de détention par l'ASFC et la CISR fait l'objet de nombreuses critiques auxquelles ces institutions tentent de répondre par une série de mesures avant tout administratives (à l'opposé de mesures réglementaires ou législatives qui auraient pu être prises par le gouvernement ou le Parlement).

2.4. Le pouvoir discrétionnaire de détention des fonctionnaires de l'ASFC au prisme du contrôle des indésirables

J'approfondis dans cette section deux aspects de la mise en œuvre du régime de détention des personnes non citoyenne en mobilisant les notions développées dans le premier chapitre. Le premier concerne les fonctions de la détention, que j'explore en gardant en tête les deux grandes fonctions des mécanismes de contrôle exposées au premier chapitre¹²¹⁶. Le deuxième se rapporte aux différentes dimensions de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les fonctionnaires de l'ASFC, dont les multiples décisions qu'il comprend et les contextes dans lesquels il se concrétise.

2.4.1. Les fonctions de la détention

Après un examen des fonctions telles qu'elles se donnent à voir dans les sources juridiques et la documentation gouvernementale (2.4.1.1), je procède à une revue de la littérature scientifique sur le sujet, qui s'inspire fréquemment, sur le plan théorique, d'une littérature plus vaste sur la détention et l'exclusion (2.4.2.2).

¹²¹⁶ Pour rappel, les mécanismes de contrôle des indésirables sont de deux types. Les premiers visent l'exclusion des indésirables d'un espace social donné, soit en leur en interdisant l'entrée, soit en les en expulsant. Les deuxièmes visent la réforme des indésirables, soit l'atténuation de leur indésirabilité, qui elle se décline en deux motifs, c'est-à-dire le danger et l'inutilité.

2.4.1.1. Fonctions « officielles »

Il m'apparaît dans un premier temps important de distinguer les motifs de détention prévus par la LIPR des fonctions ou buts que vise la détention, bien que les deux soient inextricablement liées. Le but de la détention est ce que l'on cherche à accomplir. Le motif de la détention est la raison pour laquelle on estime qu'elle est nécessaire pour atteindre l'objectif souhaité. Par exemple, dans un cas donné, le but de la détention pourrait être de procéder au renvoi, mais son motif serait le risque de fuite. Puisqu'on estime que la personne ne se présentera pas (le motif), on la détient pour s'assurer que son renvoi ait lieu (le but).

Au chapitre des sources juridiques formelles, outre le libellé des motifs de détention, la LIPR et le RIPR demeurent silencieux sur les fonctions de la détention. Du côté de la jurisprudence, les tribunaux affirment qu'elle sert à soutenir les processus d'admission et d'expulsion des personnes non citoyennes, souvent dans une perspective de sécurité. Pour ne citer que deux exemples, la CSC indique, dans l'affaire *Charkaoui*, que la détention en vertu des certificats de sécurité sert à assurer la sécurité des citoyens en attente de l'expulsion¹²¹⁷. Dans l'affaire *Brown*, la CAF rappelle plusieurs cas où la détention est possible : établir l'identité, déterminer l'admissibilité, exécuter le renvoi, assurer la sécurité publique pendant les procédures d'immigration¹²¹⁸.

La documentation administrative offre plus de détails sur cette question. Dans le manuel d'exécution de la loi, l'ASFC inscrit la détention dans le cadre plus large des mesures d'exécution de la loi et la présente comme permettant d'atteindre deux grands objectifs de la LIPR, c'est-à-dire

de protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne;

de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire pour les personnes qui sont des criminels ou qui constituent un danger pour la sécurité.¹²¹⁹

On précise ensuite quelques façons dont le pouvoir de détention permet de remplir ces fonctions, soit

en protégeant la société canadienne par la détention des individus qui constituent un danger pour le public ou pour la sécurité;

¹²¹⁷ *Charkaoui*, *supra* note 771 aux para 4, 89.

¹²¹⁸ *Brown* CAF, *supra* note 38 aux para 42–44, 113.

¹²¹⁹ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 9.

en soutenant le renvoi des personnes interdites de territoire au Canada parce qu'elles sont des criminels, qu'elles constituent un danger pour la sécurité ou parce qu'elles ont commis un crime contre l'humanité;

en appuyant les processus de contrôle et d'enquête, qui sont des éléments clés pour assurer l'exécution de la LIPR.¹²²⁰

On peut classer ces exemples en deux grandes catégories d'objectifs. La première catégorie se rapporte à la protection de la société canadienne. Dans ce sens, la détention vise à assurer la sécurité du public (c.-à-d. des personnes) ou la sécurité nationale (c.-à-d. du Canada en tant que tel). La deuxième catégorie concerne plutôt ce qui est parfois nommé l'intégrité du système d'immigration. La détention sert ainsi à s'assurer que les procédures prévues par la loi (ex. : le renvoi, le contrôle, l'enquête pour interdiction de territoire) puissent être menées à bien.

Trois priorités sont par ailleurs mentionnées dans le manuel d'exécution de la loi, soit protéger la sécurité du public, soutenir le renvoi lorsqu'il est imminent ou qu'un risque de fuite est constaté ainsi qu'établir l'identité d'une personne lorsqu'elle « pose problème »¹²²¹. La première priorité fait référence à l'objectif de protection de la société canadienne alors que les deux autres se rapportent à l'intégrité du système d'immigration (l'identité étant nécessaire pour appliquer correctement la loi). C'est d'ailleurs aux catégories de risques pour la sécurité publique et risques pour l'intégrité des programmes que recourt l'ASFC pour conceptualiser les risques que présentent les personnes détenues lorsqu'il est question d'évaluer la faisabilité d'une SRD¹²²².

Ces deux catégories d'objectifs ne sont pas étanches et se recoupent parfois, par exemple lorsqu'une personne doit être renvoyée (intégrité du système d'immigration) parce qu'elle est interdite de territoire pour raison de criminalité (sécurité).

Dans le CNDI, l'ASFC présente de la façon suivante le rôle que joue la détention dans la réalisation d'un mandat lié à la sécurité :

L'ASFC soutient les priorités liées à la sécurité nationale et à la sécurité publique et assure la sécurité de la frontière en procédant au contrôle des personnes et des biens. Plus précisément, les étrangers, les résidents permanents et les demandeurs d'asile font l'objet d'un contrôle pour veiller à ce que personne n'entre ou ne reste au Canada illégalement. Dans la réalisation de ce mandat, les agents peuvent arrêter, détenir et renvoyer des étrangers ou des résidents permanents qui n'ont pas le droit d'entrer au Canada. Il est essentiel de renvoyer les personnes qui n'ont pas le droit d'entrer ou de

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ *Ibid* à la p 16.

¹²²² ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 20.

demeurer au Canada afin de maintenir l'intégrité du programme d'immigration du pays et de faire preuve d'équité envers celles qui viennent ici dans le respect de la loi.¹²²³

On constate ainsi que la question de l'intégrité du système d'immigration est rattachée à la question de la sécurité (en plus d'être associée à une question de respect envers les personnes qui immigrent « dans le respect de la loi »). De même, on présente parfois la présence au Canada de personnes interdites de territoire comme étant menaçante pour l'intégrité du système d'immigration en tant que telle :

[L]es programmes de détention et de renvoi sont des éléments clés pour appuyer l'intégrité du programme d'immigration du Canada et de sa législation frontalière, y compris la LIPR. Ces programmes soutiennent et cadrent bien avec les directives du gouvernement fédéral et les résultats de [l'ASFC] liés à la promotion d'un Canada sécuritaire, afin que toutes les personnes qui constituent une menace envers l'intégrité des lois du Canada en matière d'immigration ou à la société canadienne soient détenues ou renvoyées le plus rapidement possible. [je souligne]¹²²⁴

Dans l'étude d'évaluation d'où est tirée cette citation, on indique que le Canada continuera d'avoir besoin de détenir des personnes, « compte tenu du nombre croissant de migrants illégaux ou de personnes interdites de territoire qui tentent d'entrer et de rester au Canada »¹²²⁵. La détention y est notamment présentée comme un « outil clé »¹²²⁶ pour assurer les renvois des personnes dont la demande d'asile est rejetée. Transparaissent ici les deux groupes de personnes non citoyennes jugées indésirables identifiées plus haut, soit les personnes en situation irrégulière et celles qui demandent l'asile.

D'autres organismes gouvernementaux reprennent ces deux grandes catégories d'objectifs. Par exemple, un rapport de la Vérificatrice générale sur le programme de détention et de renvoi affirme que ces mesures permettent d'assurer la « sécurité des Canadiens » et de « maintenir l'intégrité des programmes canadiens d'immigration et de protection des réfugiés »¹²²⁷. Elles permettent aussi « d'assurer un traitement équitable aux personnes qui viennent au Canada en toute légalité »¹²²⁸. À

¹²²³ ASFC, « CNDI – Table ronde avec les intervenants », *supra* note 1142.

¹²²⁴ ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, *supra* note 487.

¹²²⁵ *Ibid.* Ici, « migrants illégaux » et « personnes interdites de territoire » semblent désigner deux réalités différentes. Ailleurs dans ce document, « migrants illégaux » semblent correspondre aux personnes qui demandent l'asile, mais arrivent de façon irrégulière.

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ Bureau du vérificateur général, *ASFC – Détentions et renvois*, *supra* note 707.

¹²²⁸ *Ibid.*

l'objectif relatif à l'intégrité se greffe ici la question d'un traitement juste et respectueux des personnes qui immigreront de façon régulière.

La documentation gouvernementale repérée demeure somme toute assez laconique sur les objectifs de la détention. Si les deux grandes catégories se retrouvent de façon assez systématique dans tous les documents, peu de contenu concret leur est toutefois donné.

La détention liée à l'immigration paraît ainsi d'abord servir à exclure les personnes dangereuses (de qui l'on doit protéger le public ou l'État) ou inutiles (dont l'inutilité est déterminée par le biais du système d'immigration). Elle sert à appuyer le processus de renvoi, mais aussi le processus de détermination de l'admissibilité, qui repose en grande partie sur les notions d'utilité et de dangerosité. Elle sert donc à prévenir l'entrée des personnes indésirables (en appuyant l'exclusion qu'opèrent la sélection et la détermination de l'admissibilité) et à soutenir l'expulsion des personnes déjà présentes.

Néanmoins, dans certaines de ses modalités, la détention prend l'aspect d'un mécanisme de réforme. C'est le cas des SRD qui, si elles visent comme la détention à soutenir l'exclusion¹²²⁹, cherchent aussi à agir sur les motifs qui rendent la personne indésirable (et la détention nécessaire). Comme mentionné plus haut, les SRD sont comprises comme « toute condition qui peut être imposée à une personne pour atténuer un risque présenté par elle en ce qui a trait à l'exécution de la loi et à l'accomplissement du mandat de l'ASFC »¹²³⁰. Elles visent à permettre à une personne détenue de retourner vivre dans la communauté, tout en assurant aux autorités qu'elles garderont un contrôle suffisant sur ses allées et venues de manière à accomplir leurs objectifs en matière d'immigration, par exemple le renvoi. Une SRD peut être imposée (comme toute condition) par un ou une agente l'ASFC lors des 48 premières heures de détention¹²³¹. Après le premier contrôle des motifs de la détention, la mise en liberté et l'imposition de conditions sont du ressort de la SI¹²³² (bien que sur le plan administratif l'ASFC soit impliquée dans la mise sur pied de plusieurs SRD). Selon le manuel d'exécution de la loi, l'adéquation d'une SRD s'évalue notamment à l'aune de l'atténuation des risques qu'elle entraîne. On y précise que les SRD doivent entraîner une réduction

¹²²⁹ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 6.

¹²³⁰ *Ibid* à la p 5.

¹²³¹ *LIPR*, *supra* note 20, art 56(1).

¹²³² *Ibid*, art 58(1), 58(3).

des risques concernant l'exécution de la loi et la sécurité du public de même que « viser les comportements nuisibles de la personne »¹²³³.

L'objectif d'atténuation des risques peut se comprendre comme l'atténuation des motifs l'indésirabilité (soit ce que cherche à accomplir un mécanisme de réforme). L'ASFC présente ainsi les effets de différentes SRD sur les « risques » que présentent les personnes détenues :

La [Gestion de cas et surveillance dans la communauté] offre le plus haut niveau d'atténuation des risques puisque'elle encourage des changements comportementaux, alors que les autres programmes de SRD sont plutôt axés sur l'atténuation des risques en fonction des conséquences survenant à la suite du non-respect des conditions. [je souligne]¹²³⁴

Ainsi, parmi les SRD, le programme de Gestion des cas et de surveillance dans la communauté (GCSC) illustre bien la visée réformatrice de ce type de mécanismes, qui se réalise par la fourniture de services visant « surtout à réduire le risque de non-conformité associé à la santé physique, à la santé mentale et à la dépendance »¹²³⁵. On cherche à modifier le comportement des personnes de manière à réduire les risques qu'elles présentent, en s'attaquant « aux facteurs qui sont susceptibles d'influer sur la capacité de la personne à maintenir une vie stable dans la collectivité »¹²³⁶. Dans le cadre de ce programme, l'ASFC collabore avec des organismes (ex. : Société John Howard, Programme de cautionnements à Toronto, Armée du Salut¹²³⁷) qui sont chargés d'accompagner les personnes sous leur responsabilité en leur fournissant des services comme la liaison avec des services de santé, de l'aide en santé mentale, toxicomanie, emploi, logement, etc.¹²³⁸

En termes d'objectifs que la détention ne vise pas sur le plan officiel, le chapitre ENF 20 précise qu'elle constitue une mesure administrative qui ne doit pas servir à punir les personnes non citoyennes¹²³⁹.

Un autre objectif poursuivi par les autorités, mais de manière implicite et peu reconnue de manière officielle, consiste en l'utilisation de la détention à des fins dissuasives. Dès le tournant des années 1980-1990, certaines sources gouvernementales font référence à l'effet dissuasif de la détention

¹²³³ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 23.

¹²³⁴ Agence des services frontaliers du Canada, *Cadre national en matière de détention liée à l'immigration (CNDI) – Mise à jour. Séance d'information à l'intention des employés. Région du Québec*, présentation PowerPoint, septembre 2018 à la diapositive no 25 [document fourni à l'auteur par l'ASFC].

¹²³⁵ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 8.

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ ASFC, « Gestion et surveillance dans la collectivité », *supra* note 1177.

¹²³⁸ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 9.

¹²³⁹ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 15.

sur les personnes entrant de façon irrégulière et sur les individus qui demandent l'asile¹²⁴⁰. La connaissance de pratiques telles que la détention découragerait les personnes de migrer, puisque les conditions d'accueil seraient trop pénibles. Cependant, l'aspect dissuasif des mesures de contrôle des frontières est aussi parfois explicitement invoqué par les autorités pour justifier leur mise en place, par exemple lors de la réforme de 2012¹²⁴¹. À ce titre, il semble d'ailleurs que la détention n'ait pas d'effet dissuasif sur les personnes qui sollicitent l'asile, dans la mesure où elle ne les dissuade pas de recourir à des passeurs pour migrer de façon irrégulière¹²⁴².

2.4.1.2. Autres fonctions de la détention

Outre les objectifs officiels, il se dégage de la littérature scientifique certaines fonctions supplémentaires à la détention. On y reconnaît évidemment que la détention sert à l'appui de la déportation. Les CSI, de même que les prisons provinciales, peuvent être conçues comme un instrument d'exclusion¹²⁴³, de « mise à distance »¹²⁴⁴. Pour Ben Bowling, il ne fait pas de doute que l'objectif de cette forme de détention reste l'exclusion, qui se réalise à travers l'immobilisation des personnes, leur déportation, mais aussi par l'effet dissuasif qu'elle produirait¹²⁴⁵. L'effet dissuasif de la détention, comme des mesures de contrôle migratoire en général, demeure toutefois l'objet de débats¹²⁴⁶. Certains doutent cependant que la détention liée à l'immigration puisse avoir un objectif de réforme (à l'instar de l'emprisonnement criminel)¹²⁴⁷. Parmi les fonctions supplémentaires identifiées dans cette littérature, on retrouve le marquage des personnes détenues en tant que criminelles, qui entraîne leur exclusion sur le plan social. De plus, on souligne que si, juridiquement, la détention ne poursuit que des buts administratifs, certains de ses aspects font

¹²⁴⁰ Comme rapporté par Foster, *supra* note 762 à la p 140.

¹²⁴¹ Neylon, *supra* note 16 à la p 304.

¹²⁴² Nakache, « Logiques convergentes », *supra* note 7 aux pp 92-93.

¹²⁴³ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 25.

¹²⁴⁴ Nakache, « Logiques convergentes », *supra* note 7 à la p 95.

¹²⁴⁵ Bowling, *supra* note 1050 à la p 298. Devant le constat paradoxal dans certains pays selon lequel la détention est en augmentation, mais pas le nombre de renvois, certains se demandent quelles sont en dernier ressort les fonctions de la détention : voir par ex Dennis Broeders, « Return to sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands » (2010) 12:2 *Punishment & Society* 169.

¹²⁴⁶ Voir par ex Marc Helbling et David Leblang, « Controlling immigration? How regulations affect migration flows » (2019) 58:1 *European Journal of Political Research* 248; Arjen Leerkes et Mieke Kox, « Pressured into a Preference to Leave? A Study on the “Specific” Deterrent Effects and Perceived Legitimacy of Immigration Detention » (2017) 51:4 *Law & Society Review* 895; Emily Ryo, « Detention as Deterrence Essay » (2018) 71 *Stanford Law Review* 237.

¹²⁴⁷ Bowling, *supra* note 1050 à la p 298; Walters, « Police of Aliens », *supra* note 124 à la p 286.

qu'elle revêt toutefois un caractère punitif, même pour l'entourage des personnes détenues¹²⁴⁸. Dans d'autres contextes peut-être moins pertinents pour comprendre aujourd'hui la détention des personnes non citoyennes au Canada, la détention peut également servir à nourrir un discours de crise, crise qui justifie le recours à des mesures exceptionnelles¹²⁴⁹.

Comme mentionné précédemment, la mise en œuvre de mécanismes de contrôle se justifie par l'indésirabilité associée aux personnes qui sont visées par ces mécanismes. Par exemple, les menaces à la sécurité et à l'intégrité du système d'immigration qu'incarneraient les personnes migrantes justifient leur détention. Seulement, si la présentation de personnes migrantes en tant que menaces de diverses natures vient justifier qu'elles soient visées par des mécanismes de contrôle comme la détention, l'application du mécanisme est porteuse en elle-même d'un effet symbolique puissant, en ce qu'elle vient renforcer le marquage de la personne visée en tant que personne indésirable¹²⁵⁰. Comme le fait remarquer Nicholas de Genova, si la loi en elle-même produit « l'illégalité », sa mise en œuvre rend visible cette illégalité, qui est incarnée par les personnes non citoyennes qui y sont assujetties¹²⁵¹.

*Indeed, if there were no border patrols or inspections, no border policing or passport controls whatsoever, there would still be migrant 'illegality' – because 'illegality' is an effect of immigration law itself, promulgating that some migrations be illegalized while others are constituted as lawful. However, we can only be made to believe in that 'illegality' – can only be made to take it seriously – once it appears as a thing-in-itself, reified as the supposed effect of the deliberate acts of a spectacular mass of sundry violators of the law.*¹²⁵²

C'est le fait de rendre visible cette illégalité, par l'exécution de la loi, qui justifie de façon redondante sa nécessité.

Le recours à la détention aux fins du droit de l'immigration s'inscrit définitivement dans ce processus. Tout d'abord, l'emprisonnement reste très généralement associé à la criminalité dans la mesure où l'incarcération à l'extérieur du système de justice pénale constitue une mesure

¹²⁴⁸ Mirian G Martínez-Aranda, « Collective Liminality: The Spillover Effects of Indeterminate Detention on Immigrant Families » (2020) 54:4 Law & Society Review 755.

¹²⁴⁹ Cetta Mainwaring, « Constructing a Crisis: the Role of Immigration Detention in Malta » (2012) 18:6 Population, Space and Place 687. En ce qui concerne le Canada, je crois que l'on peut dire que l'adoption en 2012 de dispositions rendant obligatoire la détention de certaines catégories de personnes non citoyennes (les étrangers désignés) était de nature à renforcer une certaine impression de crise.

¹²⁵⁰ Michael Lipsky relève un impact semblable en ce qui concerne l'image que projette le travail des fonctionnaires au sujet des personnes avec qui ils interagissent : Lipsky, *supra* note 31 aux pp 68–69.

¹²⁵¹ De Genova, « Spectacles of migrant 'illegality' », *supra* note 457 à la p 1190.

¹²⁵² *Ibid.*

d'exception. De plus, les CSI ressemblent en plusieurs points à des établissements correctionnels : architecture des lieux, technologies et pratiques de surveillance, niveau de contraintes imposées aux personnes détenues (ex. : horaire précis et strict, utilisation de menottes)¹²⁵³. Des personnes ayant été détenues n'hésitent d'ailleurs pas à comparer ce CSI à une prison, et dénoncent l'utilisation de l'expression centre de détention comme un euphémisme¹²⁵⁴. Delphine Nakache parle ainsi d'une « convergence entre le mode de fonctionnement des centres de surveillance de l'immigration de l'ASFC et celui des prisons provinciales »¹²⁵⁵. Soumettre les personnes détenues à un tel niveau de surveillance et de contrainte n'est pas sans suggérer que ces personnes sont dangereuses, donc indésirables. Le cercle vicieux de la criminalisation des migrations est alors bouclé : « criminaliser les personnes migrantes fait appel à une logique circulaire : les personnes migrantes sont *possiblement* des criminels, d'où la nécessité de la détention; les personnes migrantes sont *sûrement* des criminels, puisqu'elles sont détenues » [ma traduction, italiques dans l'original]¹²⁵⁶. Ainsi, si la présentation de personnes non citoyennes en tant que menaces de diverses natures vient justifier qu'elles soient visées par des mécanismes de contrôle, comme la détention, l'application du mécanisme est en elle-même porteuse d'un effet symbolique notable, en ce qu'elle vient renforcer le marquage de la personne visée en tant que personne indésirable¹²⁵⁷.

De même, lorsqu'un ou une agente de l'ASFC décide de détenir la personne dans un établissement correctionnel provincial, la personne transférée vers un tel établissement « se voit dorénavant assigner une identité criminelle renforcée »¹²⁵⁸. Par exemple, le fait de devoir y porter les mêmes vêtements que la population carcérale (un uniforme orangé) a un effet stigmatisant¹²⁵⁹. Selon Nakache, le recours à de tels établissements marque les personnes qui demandent l'asile (j'ajouterais toutes les personnes qui y sont incarcérées aux fins du droit de l'immigration) de deux façons : « l'étranger qui est vu comme un délinquant en puissance » ainsi que « le criminel [...] considéré comme "étranger" à la société » [guillemets dans l'original]¹²⁶⁰. Ce type

¹²⁵³ Cleveland, Dionne-Boivin et Rousseau, *supra* note 15 à la p 109. Voir aussi Gauvreau et Williams, *supra* note 1028 à la p 69.

¹²⁵⁴ Goettl et Jeanes, *supra* note 366 aux pp 17, 18.

¹²⁵⁵ Nakache, « Logiques convergentes », *supra* note 7 à la p 94.

¹²⁵⁶ Mountz et al, *supra* note 372 2 à la p 527. Voir aussi Di Tomasso, *supra* note 406 à la p 336.

¹²⁵⁷ Atak et Simeon, *supra* note 484 à la p 10.

¹²⁵⁸ Bonenfant-Martin, *supra* note 436 à la p 123. Ce qui s'inscrit par ailleurs dans le processus de criminalisation de l'immigration : Dawson, *supra* note 493 à la p 833.

¹²⁵⁹ Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 à la p 76.

¹²⁶⁰ Nakache, « Logiques convergentes », *supra* note 7 à la p 100.

d'emprisonnement entraîne donc leur marginalisation sur le plan social¹²⁶¹. Autrement dit, leur stigmatisation et leur exclusion non seulement physique, mais aussi sociale.

Dans un même ordre d'idées, pour Carrie Dawson, des mesures comme l'emprisonnement automatique des « étrangers désignés » (le troisième régime de détention ajouté en 2012)¹²⁶² favorisent la perception des personnes visées en tant que criminelles¹²⁶³. L'exclusion que permet la détention ne se limiterait donc pas qu'à ses aspects administratifs, elle a également des répercussions sur le plan social, en marquant les personnes comme criminelles, dangereuses, indésirables, justifiant ainsi encore davantage les mesures de contrôle des frontières.

Sur le plan strictement juridique, la détention liée à l'immigration ne sert que des objectifs administratifs, en soutenant les processus d'immigration comme la détermination de l'admissibilité ou le renvoi. Le manuel d'exécution de la loi précise explicitement qu'elle « ne doit pas être punitive »¹²⁶⁴. Néanmoins, il s'agit d'un processus fréquemment vécu comme une forme de punition¹²⁶⁵, comme par ailleurs d'autres mesures de contrôle migratoire¹²⁶⁶. Même si la décision de détention n'est pas en elle-même une punition, Juliet Stumpf suggère que certains processus migratoires, dont la détention, sont vécus comme tels et constituent une « expérience punitive » [ma traduction] pour les personnes non citoyennes¹²⁶⁷. L'objectif officiel n'est pas de sanctionner un comportement ou une action, mais il en résulte tout de même une forme de sanction. La façon dont l'appareil administratif est mobilisé constitue alors une forme de punition, un peu comme lorsque le processus d'arrestation et de judiciarisation de populations marginalisées se transforme

¹²⁶¹ *Ibid.*

¹²⁶² Voir *LIPR*, *supra* note 20, art 55(3.1).

¹²⁶³ Dawson, *supra* note 493 à la p 831.

¹²⁶⁴ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 15. Par ailleurs, les personnes qui revendiquent le statut de réfugié ne peuvent être punis en raison d'un mode d'arrivée irrégulier : *Convention relative au statut des réfugiés*, *supra* note 310, art 31(1); *LIPR*, *supra* note 20, art 133.

¹²⁶⁵ Bhui, *supra* note 369 à la p 7. Voir aussi les témoignages rapportés dans David C Brotherton et Luis Barrios, « The Social Bulimia of Forced Repatriation: A Case Study of Dominican Deportees » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment*, Oxford University Press, 2013, 201, ainsi que dans Goettl et Jeanes, *supra* note 366.

¹²⁶⁶ Bowling, *supra* note 1050 à la p 300. Au sujet de la déportation considérée parfois comme une forme de violence, voir Salina Abji, « 'Because Deportation is Violence Against Women': On the Politics of State Responsibility and Women's Human Rights » (2016) 23:4 *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society* 483.

¹²⁶⁷ Juliet Stumpf, « The Process is the Punishment in Crimmigration Law » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 58 à la p 60 [Stumpf, « Process is the Punishment »]. Voir aussi Mary Bosworth, « Subjectivity and Identity in Detention: Punishment and Society in a Global Age » (2012) 16:2 *Theoretical Criminology* 123 [Bosworth, « Subjectivity and Identity in Detention »].

en punition, sans qu'il ne mène nécessairement au prononcé d'une peine¹²⁶⁸. Par exemple, Ben Bowling considère la détention comme punitive en raison des privations de droits qu'elle occasionne, comme le droit à la liberté, le droit d'association, le droit à la vie familiale et le droit à la vie privée¹²⁶⁹.

Pour Delphine Nakache, la détention dans les CSI se rapproche progressivement d'une détention à des fins punitives plutôt qu'administratives, en raison de la ressemblance de son fonctionnement avec celui des prisons provinciales¹²⁷⁰. Selon une étude menée auprès de personnes ayant été détenues au CSI de Laval, l'expérience est unanimement négative¹²⁷¹. La surveillance dont font l'objet les personnes détenues dans les CSI est vécue comme quelque chose d'épouvantable et de criminalisant, et ce, autant pour les adultes que les enfants¹²⁷². La détention entraîne également un « sentiment d'impuissance [...] et de perte d'agentivité »¹²⁷³. Sur la base d'entretiens de recherche effectués avec des personnes ayant été détenues au CSI de Laval, Camille Bonenfant-Martin affirme que

[c]es pratiques punitives relevant d'une logique de criminalisation altèrent même la perception que les personnes migrantes ont d'elles-mêmes. Leur expérience de détention s'avère perturbante et conflictuelle au regard de la vision qu'elles ont de leur propre parcours de vie; ces mesures contribuent à les criminaliser.¹²⁷⁴

Pour des personnes détenues dans des établissements correctionnels, l'expérience semble particulièrement troublante, marquée par un « incroyable désespoir »¹²⁷⁵. Certaines croient qu'on leur impose des « conditions insupportables » pour les inciter à quitter le Canada¹²⁷⁶.

D'ailleurs, une étude révèle aussi que la détention constitue une expérience hautement pénible pour les enfants. Par exemple, une recherche menée auprès d'enfants ayant vécu la détention rapporte

¹²⁶⁸ Fortin, *Taking the Law*, *supra* note 151. Cela rejoint les thèses de Malcom Feeley sur la nature punitive du processus criminel.

¹²⁶⁹ Bowling, *supra* note 1050 à la p 299.

¹²⁷⁰ Nakache, « Logiques convergentes », *supra* note 7 à la p 94. Au sujet des conditions de détention, voir la section 2.3.3.3, ci-dessus.

¹²⁷¹ Goettl et Jeanes, *supra* note 366 à la p 12.

¹²⁷² Kronick, Rousseau et Cleveland, « Asylum-Seeking Children's Experiences of Detention », *supra* note 1109 à la p 290. Voir aussi Bonenfant-Martin, *supra* note 436 à la p 115.

¹²⁷³ *Ibid* à la p 117.

¹²⁷⁴ *Ibid* aux pp 126–127.

¹²⁷⁵ Gros et Van Groll, *supra* note 15 aux pp 17, 28–29.

¹²⁷⁶ *Ibid* à la p 27. Ailleurs dans le monde, le fonctionnement des centres de détention ont aussi des impacts importants sur les personnes : stress, cauchemars, pensées incontrôlables, honte, solitude sont des effets de la détention racontés par des personnes détenues en Australie : Melissa Phillips, « Témoignages de l'intérieur des centres de détention australiens » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 10 à la p 11.

que les thèmes dominant chez les enfants qui racontent leur expérience sont le « confinement et la surveillance », la « perte de protection » ainsi que la « violence » [ma traduction], violence souvent liée à des événements antérieurs à la détention¹²⁷⁷.

Enfin, sur le plan symbolique, la détention de personnes migrantes permet aussi aux autorités de démontrer que les populations qu'elles présentent comme dangereuses ou indésirables ne restent pas impunies¹²⁷⁸. Elle est parfois présentée comme telle par les acteurs politiques, qui affirment que ces personnes doivent subir certaines conséquences pour leurs actes¹²⁷⁹. Par exemple, Alison Mountz affirme que lors de l'arrivée par bateaux de personnes revendiquant le statut de réfugié en provenance de la Chine en 1999, la détention a été utilisée par le gouvernement comme une façon de démontrer qu'il faisait quelque chose, qu'il ne restait pas les bras croisés¹²⁸⁰.

2.4.2. *Les décisions de détention*

C'est dans ce contexte que se prennent les décisions de détention, dont les ressorts demeurent au Canada largement méconnus¹²⁸¹, à l'instar de nombreuses mesures de sécurité frontalière. Comme le laissent entrevoir le cadre juridique et les mécanismes présentés plus haut, la mise en détention d'une personne non citoyenne implique plusieurs décisions qui s'inscrivent elles-mêmes dans un processus de contrôle des frontières plus large, qui repose également sur un certain nombre de décisions. Ces décisions exigent que les agentes et agents recherchent de nombreuses informations (2.4.2.1). De plus, elles se déroulent dans des contextes variés (2.4.2.2).

2.4.2.1. *De multiples informations et de multiples décisions*

L'agente ou l'agent qui procède au contrôle¹²⁸² recherche plusieurs informations. Le chapitre du manuel d'exécution de la loi qui porte sur les contrôles aux points d'entrée indique ainsi que, lors

¹²⁷⁷ Kronick, Rousseau et Cleveland, « Refugee Children's Sandplay Narratives », *supra* note 1109 à la p 428.

¹²⁷⁸ Nakache, « Logiques convergentes », *supra* note 7 à la p 92.

¹²⁷⁹ Bowling, *supra* note 1050 à la p 300.

¹²⁸⁰ Alison Mountz, « Embodying the Nation-State: Canada's Response to Human Smuggling » (2004) 23:3 *Political Geography* 323 à la p 332.

¹²⁸¹ Ailleurs dans le monde, voir par exemple ce rapport de recherche au sujet de la détention des personnes qui demandent l'asile en Grande-Bretagne, dans lequel les autrices présentent les facteurs et le processus de prise de décision : Leanne Weber et Loraine Gelsthorpe, *Deciding to Detain: How Decisions to Detain Asylum Seekers are Made at Ports of Entry*, Cambridge, Institute of Criminology, University of Cambridge, 2000.

¹²⁸² Au sujet du « contrôle », voir la section 2.2.1.2, ci-dessus.

de l'inspection primaire, on doit poser un certain nombre de questions afin d'établir quelle est la citoyenneté de la personne, son pays de résidence, ses intentions quant à son séjour au Canada, la durée de ce séjour et, en cas de doute, son identité¹²⁸³. Ces informations servent à établir deux éléments fondamentaux aux fins des contrôles frontaliers : l'identité de la personne et son admissibilité. Si l'agent ou l'agente de la ligne d'inspection primaire entretient des doutes à ces sujets, la personne non citoyenne doit être envoyée au contrôle secondaire où, après des vérifications concernant notamment les documents d'identité de la personne, l'agente ou l'agent procède à un interrogatoire. En plus des thèmes abordés au moment de l'inspection primaire, le manuel présente des suggestions de questions que l'agente ou l'agent peut poser, en lien avec les fonds disponibles, le « passé personnel » (ex. : travail, présence d'amis et de famille au Canada) ou les « antécédents » (ex. : problèmes de santé, criminalité, historique migratoire)¹²⁸⁴.

2.4.2.1.1. L'identité

L'identité revêt une importance capitale dans la mise en œuvre des politiques migratoires, ce qui peut se comprendre dans un contexte plus large que celui de l'immigration. Selon John Torpey, avec le développement des États contemporains, la question de l'identité gagne en importance puisqu'elle permet de distinguer les personnes membres d'une communauté de celles qui n'en font pas partie. Cette appartenance s'avère cruciale pour déterminer qui est éligible à un ensemble de bénéfices et de droits, économiques comme politiques¹²⁸⁵. Pour tous les domaines de l'activité étatique, « les États en sont définitivement venus à dépendre de l'identification unique et sans ambiguïté des individus afin de réaliser leurs fonctions les plus fondamentales » [ma traduction]¹²⁸⁶. En matière d'immigration, la distinction entre personnes citoyennes et non citoyennes est aujourd'hui cruciale. Par exemple, au Canada, le droit des premières d'entrer sur le territoire est protégé par la *Charte canadienne*¹²⁸⁷; il est de surcroît impossible d'y déroger¹²⁸⁸. Alors que les droits démocratiques (voter et être élu) sont réservés aux seules personnes qui

¹²⁸³ IRCC, *ENF 4*, *supra* note 795 aux pp 33–34.

¹²⁸⁴ *Ibid* aux pp 42 et s.

¹²⁸⁵ Torpey, *supra* note 404 aux pp 149–150.

¹²⁸⁶ *Ibid* à la p 20.

¹²⁸⁷ *Supra* note 173, art 6.

¹²⁸⁸ *Ibid*, art 33. Il est cependant possible de le restreindre « 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 » : *ibid*, art 1.

possèdent la citoyenneté¹²⁸⁹, les bénéficiaires économiques se déclinent selon la multiplicité de statuts qui existent entre l'individu citoyen et la personne sans statut.

Les tribunaux canadiens considèrent par ailleurs l'identité comme étant « pierre angulaire du régime canadien d'immigration »¹²⁹⁰ :

En droit de l'immigration, l'identité constitue un préalable indispensable. C'est sur l'identité que reposent les questions telles que l'admissibilité au Canada, les critères qui permettent de reconnaître la qualité de réfugié et l'évaluation du besoin de protection. C'est en outre un élément essentiel de toute appréciation d'un éventuel danger pour la sécurité publique, d'une menace à la sécurité ou des chances de voir l'intéressé se soustraire aux contrôles officiels pour ne citer que quelques-uns des points dont l'identité est un élément essentiel.¹²⁹¹

Sous la plume plus poétique du juge Shore, de la Cour fédérale, on pourrait dire que cette question prend même une tournure existentielle pour le droit de l'immigration.

Qui est la personne et d'où vient-elle?

Au préalable, sans aller plus loin, ces questions nécessitent des réponses claires, nettes et précises. Sans réponses claires, nettes et précises, les objectifs de la [LIPR] n'auraient aucune logique et cette loi, en elle-même, n'aurait aucun sens.¹²⁹²

Autre indicateur de l'importance de l'identité en matière migratoire, le défaut de pouvoir la prouver constitue en lui-même un motif de détention¹²⁹³. Les informations que doivent rechercher les agentes et agents de l'ASFC pour statuer sur l'identité comprennent le nom, la date et le lieu de naissance, la citoyenneté ou le(s) statut(s) dans d'autres pays ainsi que les noms des parents. Le manuel d'exécution de la loi indique différentes sources d'informations auprès desquelles les agentes et agents peuvent effectuer des recherches, comme la prise des empreintes digitales qui sont soumises à différentes bases de données, les membres de la famille, des organismes d'exécution de la loi nationaux (ex. : IRCC, GRC) et internationaux, les résultats d'une évaluation linguistique¹²⁹⁴. Parmi les gouvernements étrangers, l'ASFC échange des informations notamment avec les États-Unis¹²⁹⁵ et les autres pays partenaires de l'entente des cinq nations, soit la Grande-

¹²⁸⁹ *Ibid*, art 4.

¹²⁹⁰ *Konate supra* note 812 au para 23; *X, supra* note 861 au para 6.

¹²⁹¹ *X, supra* note 861 au para 23.

¹²⁹² *Igbinosa c Canada (Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 1372 au para 1, 345 FTR 24 [*Igbinosa*].

¹²⁹³ LIPR, *supra* note 20, art 55(2)(b).

¹²⁹⁴ ASFC, *ENF 20, supra* note 779 aux pp 22–23.

¹²⁹⁵ Anderson, « Out of Sight, Out of Mind », *supra* note 608 aux pp 395 et s

Bretagne, l’Australie et la Nouvelle-Zélande¹²⁹⁶. Les agentes et agents peuvent aussi procéder à la fouille des personnes non citoyennes, de leurs bagages et de leurs appareils numériques¹²⁹⁷.

2.4.2.1.2. L’admissibilité

L’admissibilité de la personne constitue le deuxième élément sur lequel l’agent ou l’agente doit statuer. Pour rappel, les motifs de détention relatifs au risque de fuite ou au danger pour la sécurité publique exigent que l’agent ait également des motifs raisonnables de croire que la personne est interdite de territoire¹²⁹⁸. C’est souvent à l’aide des renseignements relatifs à l’identité que l’on cherche les informations (par exemple dans des bases de données) qui permettront de déterminer si la personne est interdite de territoire, donc inadmissible. À ce stade, les informations recherchées sont aussi variées que la multitude de motifs d’interdiction de territoire que prévoit la LIPR¹²⁹⁹. Par exemple, la loi dispose que « l’étranger » sera interdit de territoire pour « tout fait — acte ou omission — commis directement ou indirectement en contravention »¹³⁰⁰ avec la LIPR, ce qui peut être très vaste.

À cette fin, en plus de récolter des renseignements au moment où sont rencontrées en entrevue les personnes non citoyennes, les agentes et agents recherchent des informations dans des documents aussi divers que des rapports de police, des publications dans les médias, une preuve de déclaration de culpabilité pour une infraction criminelle, un certificat médical ou des relevés bancaires¹³⁰¹. Elles et ils doivent donc communiquer avec différentes unités de l’ASFC ou d’autres organismes comme IRCC, la GRC, des corps de police ou des ministères provinciaux, le SCRS ou Interpol¹³⁰². Un rapport d’évaluation du programme des enquêtes de l’immigration de l’ASFC (qui concernent

¹²⁹⁶ Bowling, *supra* note 1050 à la p 296.

¹²⁹⁷ IRCC, *ENF 4*, *supra* note 795 à la p 25; Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « L’examen des appareils numériques à la frontière par l’ASFC – Dépasse-t-on les limites? », (10 décembre 2019), en ligne : <www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-institutions-federales/2018-19/pa_20191021_asfc/>.

¹²⁹⁸ LIPR, *supra* note 20, art 55(2)(a).

¹²⁹⁹ *Ibid*, arts 34–42. Voir aussi la section 2.1.2, ci-dessus.

¹³⁰⁰ *Ibid*, art 41.

¹³⁰¹ Pour le fin détail de ces informations permettant d’établir les diverses interdictions de territoire, voir Canada, *ENF 1*, *Interdictions de territoire*, 2013 aux pp 36–50, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf01-fra.pdf> [Canada, *ENF 1*].

¹³⁰² ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 25; ASFC, « Évaluation du sous-programme des enquêtes de l’immigration », *supra* note 693.

les interdictions de territoire) souligne l'importance des partenariats pour la recherche d'informations, mais aussi pour d'autres aspects de ce programme :

Dans leur travail, les [agents d'exécution de la loi dans les bureaux intérieurs] dépendent beaucoup des partenariats internes et externes. Les organismes locaux, provinciaux, nationaux et internationaux d'exécution de la loi appuient les enquêtes de l'ASFC, c'est-à-dire qu'ils fournissent des informations, du soutien tactique et des ressources supplémentaires, comme des flottes, et servent de renfort pour assurer la sécurité d'agents de l'ASFC lors d'arrestations dangereuses. Plusieurs régions ont intégré des AELBI dans leurs services de police (ou vice-versa) et participent à l'occasion à des opérations conjointes. [références omises]¹³⁰³

Ce même rapport souligne par ailleurs la collaboration essentielle entre les agentes et agents d'exécution de la loi des bureaux intérieurs avec les agentes et agents d'audience pour la préparation des dossiers qui sont présentés devant la CISR dans le cadre de ces enquêtes pour interdiction de territoire, de même que le manque de connaissances des premiers quant à la préparation de ces dossiers¹³⁰⁴.

2.4.2.1.3. Le niveau de risque et le recours à la détention

Après l'identité et l'admissibilité, le prochain élément qui doit faire l'objet d'une évaluation est le niveau de risque que présente la personne. C'est à cette étape que l'agente ou l'agent statue sur l'existence d'un motif de détention et que se concrétise la décision de détenir ou non. Le chapitre ENF 20 présente l'approche générale que doivent adopter les agentes et agents au moment de cette décision¹³⁰⁵. Il indique également que les agentes et agents qui procèdent à la détention doivent faire des vérifications dans des bases de données contenant des informations relatives à la criminalité, comme le *National Crime Information Centre* des États-Unis et le Centre d'information de la police canadienne¹³⁰⁶. Des sources comme les médias sociaux ou des rapports d'évaluation de la police ou des services correctionnels peuvent aussi être utilisées, notamment pour l'appréciation du motif de danger pour la sécurité publique¹³⁰⁷. Toutefois, dans la documentation officielle, c'est dans le chapitre qui porte sur les solutions de rechange à la détention

¹³⁰³ ASFC, « Évaluation du sous-programme des enquêtes de l'immigration », *supra* note 693.

¹³⁰⁴ *Ibid.* Voir aussi, au sujet de la collaboration avec les agentes et agents d'audience, ASFC, *Évaluation du Programme des audiences*, *supra* note 1158.

¹³⁰⁵ Voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

¹³⁰⁶ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 34.

¹³⁰⁷ *Ibid* à la p 18.

que se trouve la description la plus détaillée de ce que comprend cette évaluation faite par le personnel de l'ASFC¹³⁰⁸. Elle se divise en quatre étapes. La première est la « détermination des risques »¹³⁰⁹, qui peuvent être de deux types et qui recourent les fonctions officielles de la détention présentées plus haut, soit les risques pour la sécurité publique (« la priorité absolue de l'ASFC »¹³¹⁰) et les risques pour l'intégrité des programmes d'immigration.

La deuxième étape est l'analyse de risque. À cette étape, « [u]ne fois que tous les renseignements disponibles sur les risques ont été rassemblés, les agents doivent analyser l'information pour déterminer l'importance qu'ils doivent y accorder »¹³¹¹. Les renseignements utilisés pour évaluer le niveau de risque que présente la personne non citoyenne pour la sécurité publique (ex. : antécédents criminels) ou pour l'intégrité du système d'immigration (ex. : intentions contraires aux règles d'immigration) recourent souvent ceux qui servent à statuer sur l'interdiction de territoire. Les liens entre les motifs d'interdiction de territoire et de détention ressortent ici clairement, dans la mesure où les éléments qui justifient la détention sont souvent ceux qui motivent l'interdiction de territoire. Ce serait le cas d'une personne détenue pour motif de danger pour la sécurité publique en raison d'antécédents de criminalité récente et violente, antécédents qui motiveraient une interdiction de territoire pour grande criminalité.

À cette étape, donc, les agentes et agents doivent statuer sur la fiabilité de l'information ainsi que déterminer si le risque pourrait avoir une « incidence sur le mandat d'exécution de la loi de l'ASFC ou la réalisation d'un objectif de la LIPR »¹³¹². Pour se prononcer sur ce dernier point, les agentes et agents doivent prendre en considération les critères réglementaires¹³¹³ ainsi que les critères supplémentaires listés dans le manuel, qui se rapportent aux motifs de risque de fuite, d'identité, de danger de même qu'à des « préoccupations liées à la santé mentale »¹³¹⁴.

L'étape suivante consiste à déterminer si l'imposition de conditions (soit des SRD) est susceptible de « diminuer le risque posé »¹³¹⁵. Pour ce faire, le manuel présente de façon assez détaillée l'impact de chaque type de conditions sur le niveau de risque.

¹³⁰⁸ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 aux pp 20–26.

¹³⁰⁹ *Ibid* à la p 20.

¹³¹⁰ *Ibid.*

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ Voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

¹³¹⁴ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 aux pp 22–23.

¹³¹⁵ *Ibid* aux pp 23–25.

La dernière étape est « l'analyse du risque résiduel ». Le manuel décrit de la manière suivante l'évaluation qui doit être menée.

Le risque résiduel est le niveau de risque restant si on décide d'imposer des conditions à la personne. Le risque résiduel est soit acceptable (le risque a été atténué suffisamment) soit inacceptable (le risque n'a pas été atténué suffisamment). Lorsqu'un agent envisage une mise en liberté ou lorsqu'un agent d'audience présente ses observations à la CISR en vue d'une mise en liberté, le risque résiduel que représente la personne après l'imposition de conditions est la principale considération.

Ce qui est acceptable ou inacceptable dans tous les cas dépend des faits particuliers du cas. Par conséquent, une analyse au cas par cas est nécessaire. Il est important que les agents se souviennent que l'élimination des risques n'est pas possible.¹³¹⁶

Le manuel précise ensuite des balises pour guider la décision de l'agente ou l'agent, qui doit trancher la question différemment en fonction des différents motifs de détention. C'est lorsque le risque résiduel est considéré comme inacceptable que l'agente ou l'agent devrait recommander la détention.

2.4.2.1.4. Les modalités de la détention

Comme vu précédemment, la décision de détenir une personne non citoyenne exige aussi de décider dans quel type d'établissement elle sera détenue¹³¹⁷. Afin d'uniformiser les pratiques et de réduire le recours à ce type d'établissements, l'ASFC s'est dotée d'un formulaire, l'*Évaluation nationale des risques en matière de détention*¹³¹⁸ (ENRD). Celui-ci sert de guide aux agentes et agents dans le choix du lieu de détention. L'ENRD prend en compte les critères suivants : la nature de l'interdiction de territoire, le temps écoulé depuis que certains types d'infractions ont été commis ou depuis une condamnation, le nombre d'actes criminels commis impliquant des menaces ou un crime violent, le fait d'avoir commis un acte criminel « de violence grave », des incidents graves au cours de l'arrestation ou pendant la détention, une tentative d'évasion, faire l'objet d'un mandat d'arrestation non exécuté ainsi que l'appartenance à un groupe considéré comme vulnérable¹³¹⁹. Chacun des éléments du formulaire vaut un certain nombre de points. L'agent ou

¹³¹⁶ *Ibid* à la p 25.

¹³¹⁷ Voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

¹³¹⁸ Agence des services frontaliers du Canada, *Évaluation nationale des risques en matière de détention*, formulaire BSF754 [document fourni à l'auteur par l'ASFC].

¹³¹⁹ Soit « les femmes enceintes et les mères allaitantes; les mineurs (âgés de moins de 18 ans); les personnes ayant un trouble médical ou une déficience grave; les personnes à mobilité réduite; les personnes atteintes d'une maladie mentale soupçonnée ou connue; et les victimes de la traite de personne » : *ibid*.

l'agente se sert ensuite du pointage total pour décider du lieu de détention¹³²⁰. La détention dans des établissements correctionnels provinciaux fait alors inévitablement intervenir les autorités provinciales dans la gestion de ces dossiers¹³²¹. Quant à la détention dans les CSI, Camille Bonenfant-Martin souligne la contribution que les gardes de sécurité peuvent apporter aux décisions relatives aux modalités de la détention, par le biais de rapports quotidiens qui sont joints au dossier des personnes détenues¹³²².

Parmi les SRD, le fonctionnement de la Gestion de cas et surveillance dans la communauté (GCSC) présenté dans le manuel d'exécution de la loi illustre bien la façon dont d'autres acteurs et actrices peuvent contribuer à la mise en œuvre des mécanismes de contrôle. Après avoir considéré des éléments comme le calendrier de renvoi prévu, la « stabilité » de la personne et le niveau de risque qu'elle présente, l'ASFC transmet le dossier à l'organisme partenaire qui entreprend sa propre évaluation du dossier, à la suite d'une entrevue avec la personne détenue, pour déterminer s'il est approprié qu'elle participe à ce programme. L'organisme partenaire transmet le résultat de son évaluation, une évaluation négative entraînant l'impossibilité de recourir à cette SRD. Une évaluation positive peut être soumise à la CISR lors du contrôle des motifs de détention suivant. Si la CISR accepte cette proposition, la personne détenue participe au programme, qui comprend une surveillance étroite de la personne non citoyenne par le fournisseur de services, qui transmet des informations sur une base régulière à l'ASFC¹³²³.

Cette succession d'évaluations et de déterminations (c.-à-d. l'identité, l'admissibilité, le niveau de risque, les modalités de la détention) montre non seulement de quelle manière une décision concernant la détention s'inscrit dans un processus plus large de contrôle des frontières, mais aussi la multiplicité des éléments sur lesquels le personnel de l'ASFC doit se prononcer pour être en mesure de prendre cette décision. Autrement dit, « ce qui à première vue peut apparaître comme une simple décision discrétionnaire [ici la décision initiale de détention] implique assez souvent une série un peu plus complexe de décisions » [ma traduction]¹³²⁴. De plus, on voit également qu'un grand nombre d'acteurs et actrices contribuent directement ou indirectement aux décisions,

¹³²⁰ Un pointage de 0 à 4 points dicte un placement dans un CSI, alors que 10 points et plus dictent un placement dans un établissement correctionnel. Il revient à l'agente ou l'agent de choisir le lieu de détention lorsque le nombre de points se situe entre 5 et 9 points inclusivement.

¹³²¹ Nakache, *Human and Financial Cost*, *supra* note 7 aux pp 89-90.

¹³²² Bonenfant-Martin, *supra* note 436 aux pp 103-104.

¹³²³ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 aux pp 7-12.

¹³²⁴ Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 27.

au premier chef par le partage d'informations. On peut ainsi schématiser ou déconstruire, dans un objectif analytique, la décision de détention prise en vertu du pouvoir discrétionnaire délégué aux agentes et agents par la LIPR, bien que ces déterminations se fassent de façon fluide. Ainsi, si je m'intéresse d'abord à la détention, celle-ci ne peut être isolée d'autres mesures de contrôle des frontières.

2.4.2.2. Des contextes variés

Les décisions décrites dans la section précédente correspondent aux décisions initiales de détention, c'est-à-dire au moment où la détention est initiée. À ces décisions s'ajoutent d'autres décisions qui vont ponctuer le processus de détention : l'examen de la décision initiale par un ou une supérieure hiérarchique, la recommandation présentée par un ou une agente d'audience au moment du contrôle des motifs de détention (de même que la décision de la SI à l'issue de ce contrôle) ou encore l'évaluation des SRD effectuée par l'agente ou l'agent de liaison communautaire. Si l'on considère ces décisions à travers le prisme des « horizons décisionnels »¹³²⁵ dont parlent Robert Emerson et Blair Paley, ces décisions ultérieures font partie du contexte de la décision initiale. Par exemple, on retrouve, parmi les indicateurs permettant de mesurer le rendement du sous-programme des audiences de l'ASFC, le « pourcentage de décisions rendues par les membres de la CISR dont les résultats correspondent aux priorités du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou du ministre de CIC »¹³²⁶. Le « devenir » des décisions de l'ASFC, ici les décisions de la SI, joue vraisemblablement un rôle dans la façon dont elles sont prises et transmises¹³²⁷.

Qui plus est, les agentes et agents de l'ASFC qui prennent ces décisions travaillent dans des contextes très variés. Dans un premier temps, bien que les politiques soient élaborées au niveau national, leur application est le fait de sept directions régionales : Atlantique, Québec, Nord de l'Ontario, Grande région de Toronto, Sud de l'Ontario, Prairies et Pacifique. Nous avons vu plus haut que la mise en œuvre du régime de détention a été critiquée en raison de disparités régionales,

¹³²⁵ Emerson et Paley, *supra* note 251 à la p 233.

¹³²⁶ ASFC, *Rapport sur le rendement 2014-2015*, *supra* note 693 à la p 54.

¹³²⁷ Un rapport d'évaluation du programme de détention indique en effet se soucier de la qualité de la préparation des dossiers déposés devant la CISR afin de ne pas « atténuer la force d'un cas » : ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, *supra* note 487.

entre autres causées par des contraintes organisationnelles. Ces disparités laissent deviner des façons de faire différentes, par exemple dans le cas de la détention des personnes mineures.

Dans un deuxième temps, les agentes et agents de l'ASFC travaillent dans une multitude de bureaux aux configurations très diverses, qui vont de petits postes frontaliers disséminés le long de la frontière terrestre aux aéroports les plus achalandés du pays¹³²⁸. Anna Pratt et Sara Thompson soulignent plusieurs différences entre les aéroports et la frontière terrestre :

*In Canada, land ports of entry are very different from airports. In addition to the different kinds of border risks that are dominant (drug smuggling, for example, is much more common by air than by land), another important difference [...] is that border authorities at land ports of entry receive very little advance information on travelers seeking to cross the border.*¹³²⁹

D'autres encore ne travaillent pas aux frontières, mais dans ce qui est appelé les bureaux intérieurs, comme les agentes et agents d'audience ou d'exécution de la loi. Au regard des considérations exposées dans le chapitre précédent, on peut supposer que ces différents contextes de travail peuvent avoir une incidence sur la façon dont s'exercent les pouvoirs discrétionnaires.

Enfin, des chercheurs et chercheuses ont souligné l'impact important du contexte technologique sur la nature et la portée de la discrétion. Puisqu'elles portent précisément sur le travail quotidien des fonctionnaires de l'ASFC, les recherches de Karine Côté-Boucher s'avèrent pertinentes à cet égard, même si elles portent davantage sur le volet douanier du mandat de l'ASFC plutôt que sur le volet immigration¹³³⁰. Les conséquences documentées par Côté-Boucher sont nombreuses. Elle note d'abord les impacts des changements technologiques (ex. : préautorisation, déclaration et traitement électroniques des tarifs douaniers, évaluation automatisée des risques, ciblage basé sur le renseignement) sur l'étendue de la discrétion des agentes et agents qui travaillent aux frontières, qui voient leurs responsabilités (ex. : repérer les camionneurs qui devraient faire l'objet d'une inspection plus poussée) transférées à d'autres unités de l'ASFC, parfois loin des postes

¹³²⁸ Voir par ex Agence des services frontaliers du Canada, « Répertoire des bureaux et services de l'ASFC » (7 septembre 2021), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/do-rb/menu-fra.html> [ASFC, « Répertoire des bureaux »].

¹³²⁹ Anna Pratt et Sara K Thompson, « Chivalry, 'Race' and Discretion at the Canadian Border » (2008) 48:5 *British Journal of Criminology* 620 à la p 624. Voir aussi Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 à la p 470.

¹³³⁰ Voir entre autres Côté-Boucher, « Paradox of discretion », *supra* note 223, Côté-Boucher, *Border Frictions*, *supra* note 237. Voir aussi Ian Kalman, « Don't Blame Me, It's Just the Computer Telling Me To Do This »: *Computer Attribution and the Discretionary Authority of Canada Border Services Agency officers*, Working Papers no 166, Max Planck Institute Max Planck Institute for Social Anthropology, 2015.

frontaliers¹³³¹. Ces changements ont ainsi pour effet de rendre plus opaque la prise de décision, « non seulement pour les voyageurs, mais également, dans une moindre mesure, pour les décideurs de terrain »¹³³². Ensuite, elle souligne que l'utilisation requise des bases de données fait en sorte qu'un renseignement entré à la suite d'une interaction avec un transporteur peut avoir comme effet d'étendre dans le temps les impacts du pouvoir discrétionnaire d'un ou une agente. Par exemple, une information concernant un doute relatif à un transporteur, même si aucune infraction n'est constatée lorsque cette information est consignée, peut donner lieu à une enquête plus poussée des collègues des équipes de renseignement et faire en sorte que ce même transporteur soit ciblé pour une inspection lors d'un passage subséquent¹³³³. Autrement dit,

les gardes-frontières repoussent les limites de leur pouvoir discrétionnaire en étendant sa portée temporelle et géographique à d'autres points d'entrée, et ce, aussi longtemps que l'information liée à ce soupçon demeure consignée dans le dossier électronique d'un voyageur.¹³³⁴

Enfin, les changements technologiques répondent en partie à une plus grande complexité du travail douanier. Si les tâches les plus simples peuvent être automatisées, il n'en reste pas moins que les cas plus complexes doivent être tranchés sur le vif par un ou une agente, faisant de la discrétion une « stratégie de réduction de la complexité » [ma traduction]¹³³⁵.

De façon similaire, des études provenant de domaines autres que celui de l'immigration concluent à une transformation du pouvoir discrétionnaire. Par exemple, au lieu d'un remplacement du pouvoir discrétionnaire par la standardisation, Vincent Dubois y voit plutôt une accumulation de dispositifs de contrôle.

Fruit d'une évolution où les modalités du contrôle se cumulent plus qu'elles ne se succèdent, ce couplage le rend d'autant plus efficace. La technique et la standardisation se combinent au pouvoir discrétionnaire d'appréciation au cas par cas, permettant de conjuguer l'efficacité « industrielle » des procédures bien normées à la connaissance individualisée d'un traitement « sur mesure », et réduisant d'autant les interstices dans lesquels les illégalismes et les tolérances à leur égard peuvent se glisser.¹³³⁶

¹³³¹ Côté-Boucher, « Paradox of discretion », *supra* note 223 à la p 53.

¹³³² Karine Côté-Boucher et Ariane Marie Galy, « La zone grise : les mutations du secret aux frontières canadiennes et américaines » (2020) 118 *Cultures & Conflits* 89 à la p 96.

¹³³³ Côté-Boucher, « Paradox of discretion », *supra* note 223 à la p 58.

¹³³⁴ Côté-Boucher et Galy, *supra* note 1332 à la p 99.

¹³³⁵ Côté-Boucher, « Paradox of discretion », *supra* note 223 à la p 59.

¹³³⁶ Dubois, *Contrôler*, *supra* note 87 à la p 403.

La transformation du pouvoir discrétionnaire des fonctionnaires par l'utilisation des technologies de l'information semble ainsi se manifester dans plusieurs domaines d'intervention étatique¹³³⁷, notamment dans le domaine migratoire.

2.5. Questions et objectifs de recherche spécifiques

L'objectif général de cette recherche est de mettre en lumière et comprendre les pratiques relatives à la mise en œuvre du droit par les fonctionnaires de première ligne qu'implique le contrôle des indésirables. Il s'agit de comprendre comment ces fonctionnaires exercent leurs pouvoirs discrétionnaires lorsqu'ils appliquent un mécanisme de contrôle. Cet objectif comprend deux éléments. Le premier élément vise à mettre en lumière les pratiques qu'exige l'exercice des tels pouvoirs, entre autres les pratiques relatives à la recherche et au partage d'informations au sujet des personnes indésirables ainsi que celles relatives à la collaboration. Le deuxième cherche à dévoiler les facteurs que les fonctionnaires prennent en compte au moment d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires et de comprendre comment ces facteurs surdéterminent l'exercice de ces pouvoirs.

Afin de documenter ces questions et répondre à ces objectifs, j'ai retenu le cas des pratiques des fonctionnaires de l'ASFC (les fonctionnaires de première ligne) relatives à la détention (le mécanisme de contrôle qui comprend l'exercice de pouvoirs discrétionnaires) des personnes non citoyennes (les personnes indésirables). La question de recherche spécifique est donc :

- Dans le cadre de la détention des personnes non citoyennes, comment les fonctionnaires de première ligne de l'ASFC exercent-ils leurs pouvoirs discrétionnaires?

Plus spécifiquement, donc, cette recherche vise d'une part, à mettre en lumière les pratiques qu'implique la détention des personnes non citoyennes, par ailleurs méconnues, dans l'objectif d'en faire une description plus précise que ce qu'en laissent voir les sources formelles du droit, la documentation gouvernementale et la littérature scientifique. Cela se fera en portant une attention particulière aux pratiques de recherche et de partage d'informations ainsi qu'à la collaboration et aux partenariats qu'exige la mise en œuvre de régime juridique. D'autre part, cette recherche vise à dévoiler les facteurs dont les fonctionnaires de l'ASFC tiennent compte lorsqu'ils appliquent le régime juridique relatif à la détention au quotidien, de manière à comprendre comment ces facteurs

¹³³⁷ Foucher, *supra* note 297 au n° 45.

surdéterminent l'exercice de ces pouvoirs. Ainsi, il ne s'agit pas tant de comprendre les interprétations précises qu'elles et ils font du régime juridique au moment de sa mise en œuvre, mais de comprendre le processus décisionnel qu'il nécessite et de cartographier les éléments qui l'orientent et le contraignent, en tenant compte notamment des contextes dans lesquels se prennent ces décisions.

Deux questions guideront ainsi la suite de cette recherche. Dans le cadre de la mise en œuvre du régime de détention des personnes non citoyennes au Canada :

- quels types de pratiques l'exercice des pouvoirs discrétionnaires nécessite-t-il?
- Quels sont les facteurs dont les fonctionnaires de l'ASFC tiennent compte au moment d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires et comment ces facteurs surdéterminent-ils l'exercice de ces pouvoirs?

CHAPITRE 3 – CADRE THÉORIQUE

LA SURDÉTERMINATION DES PRATIQUES DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT PAR LES FONCTIONNAIRES DE PREMIÈRE LIGNE

Introduction

Dans cette recherche, je poursuis donc deux objectifs. Le premier vise à documenter les pratiques relatives à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de détention des fonctionnaires de l'ASFC, dans une perspective avant tout descriptive, de manière à dévoiler ces pratiques, qui demeurent méconnues. Le deuxième cherche à cartographier les éléments qui composent le champ de la surdétermination de l'exercice de ces pouvoirs par les fonctionnaires de première ligne chargés de la mise en œuvre de mécanismes de contrôle des indésirables. Afin d'atteindre ces objectifs, je mobiliserai un cadre théorique inspiré de la sociologie de l'action publique.

Comme exposé précédemment, Gérard Timsit et Andrée Lajoie proposent certains concepts pour comprendre de quelle façon une norme juridique acquiert sa signification, en insistant sur l'articulation entre trois éléments, la prédétermination, la codétermination et la surdétermination. Partant des postulats que tout texte est porteur d'indétermination et que l'avènement du sens final de ce texte résulte non seulement du texte lui-même, mais aussi de l'interprétation qui en est faite par un lecteur qui est entre autres contraint, dans ce travail d'interprétation, par le contexte dans lequel il se trouve, ces concepts offrent des pistes de réponses pertinentes pour comprendre l'exercice des pouvoirs discrétionnaires.

Au regard de la conceptualisation du pouvoir discrétionnaire présentée dans le premier chapitre, le concept de surdétermination capture l'ensemble des facteurs – soit « les principes, valeurs, croyances, idées, pratiques ou usages »¹³³⁸ dont parle Timsit – qui sont susceptibles d'influencer, d'orienter et de contraindre les multiples décisions que doivent prendre les fonctionnaires au moment de la mise en œuvre des règles encadrant les mécanismes de contrôle des indésirables.

Cette conceptualisation m'apparaît d'autant plus pertinente que certains concepts juridiques liés au contrôle des indésirables, notamment ceux qui renvoient aux notions de sécurité ou de danger, se caractérisent par un degré élevé d'indétermination, ce qui, combiné au pouvoir discrétionnaire

¹³³⁸ Timsit, *Archipel*, *supra* note 35 à la p 29.

concomitant à la mise en œuvre des politiques publiques, accentue encore la marge d'interprétation des fonctionnaires.

Elle propose donc une explication des manières dont les fonctionnaires prennent leurs décisions, en rendant visible l'« influence considérable » des « forces politiques, économiques, sociales et organisationnelles extérieures à la structure juridique » [ma traduction]¹³³⁹ et qui se fait sentir au moment de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Elle permet également de prendre en compte une grande variété d'éléments susceptible d'orienter ou de contraindre l'interprétation des règles juridiques, sans toutefois que ces éléments soient considérés comme ayant, à l'instar des valeurs dont parle Lajoie, un « caractère intrinsèquement normatif »¹³⁴⁰. Cela rejoint l'idée de Robert Emerson et Blair Paley selon laquelle le contexte d'une décision n'émerge qu'au moment de la prise de décision et que certains éléments de ce contexte puissent s'avérer contraignants pour une décision particulière, mais pas pour une autre¹³⁴¹. Elle paraît de surcroît appropriée pour l'étude de la mise en œuvre du droit de l'immigration, étant donné sa grande malléabilité et sa porosité ou son ouverture « aux humeurs politiques changeantes » [ma traduction]¹³⁴², selon les mots de Catherine Dauvergne.

Timsit et Lajoie ont élaboré leurs théories à partir de l'étude de l'interprétation du droit par les juges de tribunaux judiciaires¹³⁴³. Pour l'analyse des pratiques de mise en œuvre du droit par les fonctionnaires de première ligne, je greffe à cette théorie de l'interprétation du droit un cadre conceptuel inspiré d'études qui s'intéressent à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, dans une perspective notamment sociologique. Plus précisément, il s'agit ici de proposer des outils qui permettent de cartographier les éléments qui composent le champ de la surdétermination des décisions des agentes et agents de l'ASFC relatives à la détention des personnes non citoyennes.

De manière à systématiser cette cartographie, je m'inspire de la grille que propose Vic Satzewich dans son étude du travail des agentes et agents de visa canadiens pour analyser les facteurs qui

¹³³⁹ Hawkins, « Perspectives » *supra* note 25 à la p 38.

¹³⁴⁰ Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35 à la p 164.

¹³⁴¹ Emerson et Paley, *supra* note 251.

¹³⁴² Dauvergne, « Less Brave New World », *supra* note 349 à la p 541. Sur ce point, voir l'introduction du chapitre deux, ci-dessus.

¹³⁴³ Andrée Lajoie présente par exemple les facteurs qui surdéterminent les interprétations de la Cour suprême du Canada en matière de droit constitutionnel (partage des compétences et droits et libertés de la personne) : voir Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35.

influencent l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires¹³⁴⁴. Cette grille se divise en trois niveaux : micro, méso et macro. En gros, le premier de ces niveaux concerne le ou la fonctionnaire (ses expériences antérieures, ses identités personnelle, professionnelle et nationale), le cas qui se présente et les interactions qu'il implique. Le niveau méso se rattache plutôt au contexte institutionnel ou organisationnel et comprend des éléments comme la culture organisationnelle ou les attentes de la hiérarchie (Satzewich cite en exemple des exigences en matière de productivité et du nombre de cas à traiter¹³⁴⁵). Le dernier niveau se rapporte à des éléments du contexte social plus large, comme les idéologies qui façonnent les politiques d'immigration ou encore les « variables reliées aux processus organisationnels plus larges de mise en œuvre des politiques d'immigration »¹³⁴⁶. Il peut ainsi s'agir des attentes de la haute direction d'une organisation ou bien des tribunaux devant lesquels serait contestée une décision¹³⁴⁷.

Établir une séparation entre ces niveaux et y répartir les éléments qui composent le champ de la surdétermination des décisions des fonctionnaires de première ligne comprend une certaine part d'arbitraire, surtout que ces niveaux ne sauraient être parfaitement imperméables les uns aux autres. Satzewich souligne par exemple que la compréhension qu'un agent peut avoir du contexte social se construit à partir de ses études, de sa formation, de ses expériences de travail et de ses interactions avec les personnes qui demandent un visa. On peut en retour penser que cette compréhension du contexte social peut avoir un impact sur la prise en compte ou l'appréciation des facteurs de niveaux micro ou méso dans la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire dans un cas particulier. Néanmoins, cette séparation m'apparaît utile sur le plan analytique. Je reprends la structure en trois niveaux de la grille proposée par Satzewich tout en relevant les éléments pertinents pour l'étude de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires que les études de sociologie de l'action publique et de mise en œuvre des politiques publiques ont permis d'identifier, en matière d'immigration, mais aussi dans d'autres contextes, notamment policier ou pénal. Lorsqu'opportun, j'établis certains parallèles avec les facteurs de la surdétermination identifiés par Andrée Lajoie et Gérard Timsit.

¹³⁴⁴ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 54 et s.

¹³⁴⁵ *Ibid* à la p 57.

¹³⁴⁶ *Ibid*.

¹³⁴⁷ Ce qui rappelle entre autres les attentes des auditoires dont parle Andrée Lajoie. Voir la section 3.2, ci-dessous, où je reviens sur cette notion.

3.1. Le niveau micro : le contexte normatif, le « cas », les interactions et le fonctionnaire

Comme mentionné dans le premier chapitre, plusieurs estiment que les fonctionnaires de première ligne disposent de pouvoirs discrétionnaires assez vastes¹³⁴⁸. Cependant, Patrick Hassenteufel remarque que ces fonctionnaires ne peuvent faire « totalement abstraction »¹³⁴⁹ des règles qui balisent l'exercice de ces pouvoirs. Cela rappelle ce qu'Andrée Lajoie désigne comme le contexte factuel et normatif, qui joue un rôle certain dans l'interprétation du droit¹³⁵⁰. On peut ainsi supposer que le domaine de droit et les dispositions en jeu, bien sûr, mais aussi les objectifs visés par la législation¹³⁵¹ pourraient influencer l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, ainsi que d'autres balises provenant du droit administratif ou du droit constitutionnel¹³⁵². En outre, quelques études révèlent que l'exercice de pouvoirs discrétionnaires fait partie intégrante de l'identité professionnelle des agentes et agents de l'ASFC, et ce, autant en matière de douanes¹³⁵³ que d'immigration¹³⁵⁴. Il pourrait donc être intéressant d'explorer de quelles manières ces fonctionnaires conçoivent les pouvoirs qui leur sont délégués.

À ce contexte normatif s'ajoutent des éléments qui se rapportent aux faits du cas en question (ex. : gravité de l'infraction, antécédents)¹³⁵⁵, mais aussi aux caractéristiques sociales de la personne (ex. : son origine, son âge, son emploi)¹³⁵⁶. À cet égard, dans le cadre précis des contrôles frontaliers, Anna Pratt relève des éléments comme le style de vêtements, le statut économique, la profession, l'itinéraire emprunté, le type de voiture utilisé ou le pays de citoyenneté¹³⁵⁷. En matière

¹³⁴⁸ Voir la section 1.2.2, ci-dessus.

¹³⁴⁹ Hassenteufel, *supra* note 56 à la p 107. Voir aussi Bell, *supra* note 216 à la p 92.

¹³⁵⁰ Par exemple, pendant une certaine période, la Cour suprême du Canada sera plus ou moins interventionniste selon qu'il s'agisse d'une affaire criminelle ou de politiques sociales (elle ferait par exemple davantage preuve de déférence envers le législateur dans ce dernier domaine). En matière criminelle, Lajoie souligne que la dangerosité des crimes faisant l'objet de recours exerce aussi une influence sur les interprétations de la Cour (des recours se rapportant à des crimes plus violents étant plus souvent rejetés) : Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35 aux pp 71–72; Andrée Lajoie et al, « Les représentations de société libre et démocratique à la cour Dickson: la rhétorique dans le discours judiciaire canadien » (1994) 32 *Osgoode Hall LJ* 295 à la p 352.

¹³⁵¹ Voir Timsit, *Noms de la loi*, *supra* note 268 aux pp 168–169.

¹³⁵² Voir les sections 2.3.2.5 et 2.3.2.6, ci-dessus.

¹³⁵³ Côté-Boucher, « Paradox of discretion », *supra* note 223.

¹³⁵⁴ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 62. Anna Pratt précise que les perceptions qu'ont ces fonctionnaires de leurs pouvoirs discrétionnaires varient en fonction d'autres éléments de leur identité professionnelle, du lieu et des préoccupations du moment : *ibid* à la p 64.

¹³⁵⁵ Étienne Blais et al, « Pouvoir discrétionnaire, infractions routières et interventions policières » (2017) 50:2 *Criminologie* 257; Didier Fassin, « Pouvoir discrétionnaire et politiques sécuritaires » (2014) 201-202:1 *Actes de la recherche en sciences sociales* 72 [Fassin, « Pouvoir discrétionnaire »]; Linteau, Leclerc et Lafortune, *supra* note 242.

¹³⁵⁶ Blais et al, *supra* note 1355; Blankenburg, *supra* note 242; Zauberman, *supra* note 244.

¹³⁵⁷ Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 à la p 469.

de détention plus précisément, la présence d'une vulnérabilité particulière (ex. : âge mineur, grossesse, maladie) oriente vraisemblablement l'exercice du pouvoir de détention¹³⁵⁸.

De l'avis de plusieurs, les interactions entre le fonctionnaire et la personne soumise au contrôle jouent également un rôle certain dans la mise en œuvre des dispositions juridiques¹³⁵⁹. Satzewich et Pratt mentionnent des éléments comme les réponses verbales (ex. : la façon de répondre aux questions, les incohérences), le non-verbal (ex. : les hésitations, l'attitude, le comportement)¹³⁶⁰. Ces interactions, notamment dans leur aspect non verbal, font en sorte que l'agente ou l'agent doit tenir compte de son « *gut feeling* »¹³⁶¹ ou de son intuition¹³⁶² au moment de prendre une décision.

Ensuite, l'appréciation des faits, des caractéristiques sociales et des interactions est influencée par nombre d'éléments qui se rapportent au profil des fonctionnaires : les études, la formation, la socialisation professionnelle, les expériences professionnelles antérieures¹³⁶³. Dans le contexte des contrôles routiers, on mentionne aussi l'humeur du moment des policiers et policières¹³⁶⁴. De plus, l'expérience acquise au sein d'un poste en particulier permet à un ou une fonctionnaire de jauger le cas à trancher. En effet, avec cette expérience se développent des typologies, des façons de trier les cas¹³⁶⁵. Dans le contexte criminel et pénal, certains soulignent ainsi que les fonctionnaires entretiennent des perceptions personnelles au sujet des infractions en question¹³⁶⁶. Se greffent à ces perceptions les idées et préjugés qui se rapportent aux personnes soumises au contrôle, notamment en ce qui concerne la « race », l'origine ethnique ou nationale ou la qualité morale¹³⁶⁷. Ce qui par ailleurs fait dire à Martha Baumgartner que le pouvoir discrétionnaire constitue une porte d'entrée

¹³⁵⁸ Voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

¹³⁵⁹ Blais et al, *supra* note 1355; Dubois, *Contrôler*, *supra* note 87 aux pp 336 et s; Fassin, « Pouvoir discrétionnaire », *supra* note 1355; Pratt et Thompson, *supra* note 1329; Sallée, « Accompanyer », *supra* note 146; Zauberman, *supra* note 244.

¹³⁶⁰ Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 aux pp 467–469; Vic Satzewich, *Points of Entry: How Canada's Immigration Officers Decide Who Gets In*, Vancouver, UBC Press, 2016 à la p 226.

¹³⁶¹ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 226.

¹³⁶² Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 à la p 471.

¹³⁶³ Badrudin, *supra* note 243; Sallée, « Accompanyer », *supra* note 146.

¹³⁶⁴ Blais et al, *supra* note 1355. Bien sûr, sans aller jusqu'à dire, pour paraphraser certains réalistes juridiques, que le « droit est ce que les fonctionnaires ont mangé pour déjeuner » : Dan Priel, « Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea » (2020) 68:3 *Buffalo Law Review* 899.

¹³⁶⁵ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 55–56. Voir aussi Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 40.

¹³⁶⁶ Badrudin, *supra* note 243; Blais et al, *supra* note 1355.

¹³⁶⁷ Baumgartner, *supra* note 242 à la p 155; Fassin, *Force de l'ordre*, *supra* note 244; Fassin, « Pouvoir discrétionnaire », *supra* note 1355 à la p 78; Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 43; Lipsky, *supra* note 31 aux pp 108–109; Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 aux pp 472 et s; Pratt et Thompson, *supra* note 1329.

pour des pratiques discriminatoires, basées sur ce type de préférences personnelles : « *[l]eft to their own device, agents of the law routinely favor some sorts of people over others. Discretion, in practice, amounts to what is commonly known as discrimination* »¹³⁶⁸.

Entre autres éléments qui concernent les fonctionnaires, Satzewich mentionne les multiples identités (personnelle, professionnelle, nationale) de ces personnes¹³⁶⁹. Plusieurs insistent en effet l'impact que la conception qu'un individu se fait de son rôle peut avoir sur ses décisions. Emmanuelle Bernheim affirme ainsi que le « rôle projeté des individus dans le lien social [...] constitue le facteur déterminant du choix normatif »¹³⁷⁰. Pour André Hoekema, la représentation qu'un fonctionnaire entretient au sujet de son rôle comprend entre autres des idées à propos des comportements à adopter ou du type de raisonnement à appliquer dans la prise de décision¹³⁷¹. Satzewich offre deux exemples de manières dont ces identités peuvent influencer l'exercice de la discrétion que font les agentes et agents de visa. D'une part, il situe ces fonctionnaires sur un continuum entre une extrémité où prévalent des considérations relatives au respect et à l'application stricte de la loi (le pôle « *enforcement-minded* ») et une autre extrémité où l'on cherche à comprendre le contexte des personnes qui font une demande de visa afin d'expliquer certains écarts (le pôle « *facilitative* »). D'autre part, certains de ces fonctionnaires voient leur rôle comme celui de gardien des frontières alors que d'autres conçoivent leur emploi comme visant à faire fonctionner le système d'immigration pour ses différentes clientèles¹³⁷². Dans le cas du personnel de l'ASFC en particulier, Karine Côté-Boucher relève que des agentes et agents de différentes générations (les fonctionnaires qui ont plus d'ancienneté versus les recrues) ne justifient pas leurs décisions de la même façon, qu'elles et ils conçoivent différemment ce que constitue un travail bien fait¹³⁷³, ce qui peut donc influencer leur prise de décisions.

¹³⁶⁸ Baumgartner, *supra* note 242 à la p 157. Voir aussi, en ce qui concerne les contrôles frontaliers au Canada : Pratt, « Dunking », *supra* note 27 à la p 215.

¹³⁶⁹ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 55–56.

¹³⁷⁰ Emmanuelle Bernheim, « Le pluralisme normatif appliqué. Une étude de la mobilisation des normes par les acteurs sociaux dans le champ psychiatrique » (2013) 85 *Droit et Société* 669 à la p 671 [Bernheim, « Pluralisme normatif appliqué »].

¹³⁷¹ Hoekema, *supra* note 216 à la p 314.

¹³⁷² Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 56.

¹³⁷³ Karine Côté-Boucher, « Of “Old” and “New” Ways: Generations, Border Control and the Temporality of Security » (2018) 22:2 *Theoretical Criminology* 149 à la p 161 [Côté-Boucher, « Of “Old” and “New” Ways »].

3.2. Le niveau méso : le contexte institutionnel¹³⁷⁴

Plusieurs spécialistes qui s'intéressent à la mise en œuvre des politiques publiques par les fonctionnaires de première ligne soulignent le caractère incontournable du contexte institutionnel pour comprendre leurs pratiques, contexte institutionnel qui est désigné par des expressions comme « cadre institutionnel » [ma traduction]¹³⁷⁵, « contexte d'action »¹³⁷⁶, « processus structurels plus larges » [ma traduction]¹³⁷⁷ ou leur « environnement de travail » [ma traduction]¹³⁷⁸.

Slon John Bell, il s'agit du « bon endroit » [ma traduction]¹³⁷⁹ pour l'étude de la mise en œuvre du droit, notamment des pouvoirs discrétionnaires, le contexte institutionnel donnant à l'information « son sens et sa pertinence » [ma traduction]¹³⁸⁰. De manière générale, comme l'affirme Erhard Friedberg, le « contexte d'action » impose des contraintes et offre des possibilités qui se révèlent centrales pour comprendre le comportement des individus¹³⁸¹. Dans le cas des fonctionnaires de première ligne, les conditions imposées par le contexte de travail influencent les pratiques, par exemple en orientant la manière de concevoir les problèmes et leurs solutions¹³⁸².

La culture organisationnelle constitue un premier élément de ce contexte institutionnel. Elle peut se concevoir comme un ensemble partagé « de normes, de valeurs et de présuppositions » [ma traduction] qui donne un sens aux pratiques quotidiennes¹³⁸³. En ce sens, elle est intimement liée aux représentations qu'ont les individus de leur rôle et de leur identité professionnelle. Comme vu plus haut¹³⁸⁴, si plusieurs indiquent que la culture organisationnelle de l'ASFC se transforme de plus en plus en une culture typique d'une organisation policière, Karine Côté-Boucher fait

¹³⁷⁴ À ce sujet, l'organisation du travail de la Cour suprême du Canada, bien que difficile à documenter, semble considérée par Andrée Lajoie et ses collègues comme étant l'un des facteurs qui puissent orienter le travail d'interprétation des juges : Lajoie et al, *supra* note 1350 à la p 363. Ailleurs dans le monde, Leanne Weber et Todd Waldman décrivent dans un rapport de 2002 l'impact du contexte organisationnel sur les décisions de détention des personnes qui demandent l'asile en Grande-Bretagne : Leanne Weber et Todd Landman, *Deciding to Detain: The Organisational Context for Decisions to Detain Asylum Seekers at UK Ports*, Essex, Human Rights Centre, University of Essex, 2002.

¹³⁷⁵ Bell, *supra* note 216 à la p 92.

¹³⁷⁶ Erhard Friedberg, *Le pouvoir et la règle. Dynamiques de l'action organisée*, Paris, Éditions du Seuil, 1993 à la p 52.

¹³⁷⁷ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 216.

¹³⁷⁸ Lipsky, *supra* note 31 à la p 27; Hassenteufel, *supra* note 56 à la p 107.

¹³⁷⁹ Bell, *supra* note 216 à la p 92.

¹³⁸⁰ *Ibid.*

¹³⁸¹ Friedberg, *supra* note 1376 à la p 52.

¹³⁸² Lipsky, *supra* note 31 à la p 27.

¹³⁸³ Bill Jordan, Bo Stråth et Anna Triandafyllidou, « Contextualising Immigration Policy Implementation in Europe » (2003) 29:2 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 195 aux pp 214 et s.

¹³⁸⁴ Voir la section 2.3.3.1, ci-dessus.

néanmoins le constat que cette culture n'est pas monolithique. « *[Canadian] border officers do not make up a single, cohesive "culture", but offer competing perspectives about border policing, its practices and its goals.* »¹³⁸⁵ Elle constate l'existence d'une variété de normes et de valeurs qui influencent les perceptions de ce que constitue un travail bien fait, perceptions qui se déclinent notamment en fonction de l'ancienneté des agentes et agents¹³⁸⁶. Le fait que la culture organisationnelle varie d'un fonctionnaire à l'autre illustre bien la perméabilité ou la continuité entre les différents niveaux d'analyse. Ici, les représentations partagées de l'identité professionnelle ou ce qui semble être des « sous-cultures » organisationnelles se trouvent en quelque sorte à cheval entre les niveaux micro et méso. Certains traits de la culture d'une organisation sont toutefois plus largement partagés. Dans divers contextes, des auteurs et autrices mentionnent en exemple des exigences de productivité, comme le nombre de dossiers à traiter¹³⁸⁷ ou de contraventions à émettre¹³⁸⁸. En ce sens, les directives internes (ex. : manuel d'exécution de la loi, bulletins opérationnels) constituent un reflet de la culture institutionnelle (ou à tout le moins de la culture institutionnelle souhaitée par les instances qui élaborent ces directives).

Les contraintes opérationnelles constituent un deuxième élément du contexte institutionnel qui oriente les décisions des agentes et agents de première ligne. Nous avons vu plus haut l'impact que peut avoir le recours aux technologies de l'information sur l'exercice de la discrétion, notamment en matière de contrôles frontaliers¹³⁸⁹. Il peut aussi s'agir de la façon dont le travail d'une unité particulière est organisé (ex. : le partage des responsabilités, les priorités déterminées par la hiérarchie)¹³⁹⁰. La question de la disponibilité de ressources financières, techniques ou humaines revient également dans de nombreuses études¹³⁹¹. Dans le contexte des contrôles frontaliers au Canada, Karine Côté-Boucher donne en exemple le fait que la taille et le nombre de quais disponibles et fonctionnels pour inspecter des camions de marchandises limitent la capacité des agentes et agents à ordonner des inspections¹³⁹². Dans le contexte de la détention, Anna Pratt

¹³⁸⁵ Côté-Boucher, « Of "Old" and "New" Ways », *supra* note 1373 à la p 161.

¹³⁸⁶ À cet égard, voir aussi Jordan, Strâth et Triandafyllidou, *supra* note 1383 à la p 215.

¹³⁸⁷ Badrudin, *supra* note 243 au para 29 et s; Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 56 et s.

¹³⁸⁸ Blais et al, *supra* note 1355 à la p 271; Fassin, « Pouvoir discrétionnaire », *supra* note 1355 à la p 83.

¹³⁸⁹ Voir la section 2.4.2.2, ci-dessus.

¹³⁹⁰ Badrudin, *supra* note 243 au para 40; Blais et al, *supra* note 1355 à la p 259; Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 38; Zauberman, *supra* note 244 aux pp 51–52.

¹³⁹¹ Badrudin, *supra* note 243 au para 24; Hassenteufel, *supra* note 56 aux pp 102–103; Stenning, *supra* note 242; Zauberman, *supra* note 244 aux pp 51–52.

¹³⁹² Côté-Boucher, « Paradox of Discretion », *supra* note 223 à la p 63.

rapportait en 1999 que, selon le syndicat des douaniers, le coût de la détention et le nombre de places disponibles influençaient les décisions des agentes et agents des services frontaliers¹³⁹³.

Le troisième élément du contexte institutionnel se rapporte aux attentes des auditoires, un concept mobilisé par Andrée Lajoie (détailé plus bas) qui fait écho à la notion d'horizons décisionnels mise de l'avant par Robert Emerson et Blair Paley¹³⁹⁴. Pour mémoire, on postule qu'au moment de la prise de décision, les fonctionnaires qui exercent leur discrétion tiennent compte de ce qui adviendra de la décision et des acteurs et actrices qui seront impliquées dans les suites de cette décision, par exemple les tribunaux ou autres instances devant lesquels elle pourrait être contestée¹³⁹⁵. Je modifie donc ici la grille proposée par Satzewich, qui place ces attentes au niveau macro : je les considère pour ma part comme liées au contexte institutionnel. D'autres chercheurs et chercheuses qui s'intéressent aux pratiques des fonctionnaires de première ligne font par exemple état de la prise en compte des attentes d'autres personnes concernées dans la décision (ex. : collègues, supérieurs)¹³⁹⁶ ou du « résultat anticipé » d'une enquête dans le contexte des illégalismes boursiers¹³⁹⁷. Dans le cadre de son étude sur les agentes et agents de visa, Satzewich identifie les différents groupes qui nourrissent des attentes à l'égard de leurs décisions, comme les clientes et clients, la haute direction, les gestionnaires de programme, les consultantes et consultants en immigration, les avocates et avocats ou les employeurs¹³⁹⁸. Michael Lipsky semble toutefois douter que les attentes des clientes et clients puissent avoir un quelconque impact sur la pratique des fonctionnaires de première ligne.

*The fact that many street-level bureaucrats provide client services or are required to interact with clients in a helpful manner in no way implies that they think that clients should have a say in the nature of street-level practice.*¹³⁹⁹

¹³⁹³ Pratt, « Dunking », *supra* note 27 à la p 210.

¹³⁹⁴ Voir la section 1.2.2.3 ci-dessus.

¹³⁹⁵ Cette notion est par ailleurs reprise par Vic Satzewich, qui écrit que les agentes et agents de visa tiennent compte du fait qu'une décision négative sera probablement contestée devant les tribunaux : Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 58.

¹³⁹⁶ Sallée, « Accompagner », *supra* note 146.

¹³⁹⁷ Badrudin, *supra* note 243 au para 25.

¹³⁹⁸ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 57–58.

¹³⁹⁹ Lipsky, *supra* note 31 à la p 27; Hassenteufel, *supra* note 56 à la p 48.

Lorsqu'elle conceptualise les attentes des auditoires, Lajoie s'inspire de l'analyse rhétorique mise de l'avant par Chaïm Perelman¹⁴⁰⁰. L'analyse rhétorique « a pour objet l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment »¹⁴⁰¹. Transposée dans le domaine juridique, cette approche fait de la décision un discours dont l'objectif est de persuader les personnes à qui elle s'adresse et qui constituent les auditoires de cette décision¹⁴⁰². Les auditoires donc sont les personnes qu'un individu qui rend une décision cherche à convaincre du bien-fondé de sa décision. Pour ce faire, il doit anticiper les attentes de ces personnes, de manière à y répondre. À la différence des juges de la Cour suprême du Canada qu'étudie Lajoie et dont les décisions ne peuvent être contestées sur le plan judiciaire, les fonctionnaires de première ligne doivent tenir compte des attentes des auditoires qui sont fournis par le régime juridique dans lequel elles et ils opèrent et devant qui leur décision peut être contestée. Par exemple, on pourrait supposer que les agentes et agents de l'ASFC qui prennent des décisions initiales de détention tiennent compte des attentes de leurs supérieures et supérieurs hiérarchiques qui révisent leur décision, de leurs collègues des audiences qui présentent leur décision devant la SI¹⁴⁰³, ainsi que des commissaires de la SI¹⁴⁰⁴, qui contrôlent les motifs de la détention ou encore les juges des cours fédérales¹⁴⁰⁵. À cet effet, le manuel d'exécution de la loi indique qu'une

décision étayée permettra aux intervenants, particulièrement l'agent de liaison communautaire, l'agent d'audience et le commissaire de la CISR, de comprendre le raisonnement ayant mené à la décision de détenir une personne en plus de comprendre quels sont les éléments ayant contribué à maintenir cette décision pour une période prolongée. Une approche rigoureuse dans la présentation des notes de détention soutiendra les actions entreprises et permettra de comprendre l'évolution du dossier en cours de processus, soit à partir du contrôle initial jusqu'à la révision de détention devant

¹⁴⁰⁰ Voir Lajoie, *Jugements de valeurs*, supra note 35 aux pp 119 et s. Perelman expose son approche entre autres dans l'ouvrage suivant : Chaïm Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 1979 [Perelman, *Logique juridique*].

¹⁴⁰¹ Perelman, *Logique juridique*, supra note 1400 à la p 105.

¹⁴⁰² Andrée Lajoie utilisera aussi l'expression « communautés interprétatives d'appartenance ». Voir par ex Andrée Lajoie, Cécile Bergada et Katherine Gauthier, « Claire L'Heureux-Dubé, la Cour suprême et les minorités » (2003) 15:1 CJWL 28 à la p 41.

¹⁴⁰³ Un rapport d'évaluation du programme de détention souligne le manque de connaissances des agentes et agents qui prennent les décisions initiales de détention à l'égard de la préparation des dossiers : ASFC, *Évaluation du programme de détention et de renvoi de 2010*, supra note 487.

¹⁴⁰⁴ Dans certains rapports sur le rendement soumis annuellement par l'ASFC, un des indicateurs concernant le sous-programme d'audiences est le « pourcentage de décisions rendues par les membres de la CISR dont les résultats correspondent aux priorités du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ou du ministre de CIC » : ASFC, *Rapport sur le rendement 2014-2015*, supra note 693 à la p 54.

¹⁴⁰⁵ Anna Pratt souligne par exemple que les « agents des services frontaliers savent très bien que la « race » ne constitue pas un indicateur de risque acceptable et que la perspective de voir leurs décisions contrôlées par les tribunaux influence [...] les façons de présenter et écrire leurs décisions » [ma traduction] : Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », supra note 1035 à la p 473.

la Section de l'immigration. De plus, la prise de notes adéquates et complètes est essentielle aux contrôles judiciaires à la Cour fédérale, devant les tribunaux provinciaux, aux contrôles des motifs de détention à la CISR et à tout contrôle ultérieur du dossier.¹⁴⁰⁶

Ainsi, parmi les critiques qu'a adressées Lajoie à la conceptualisation perelmanienne des auditoires¹⁴⁰⁷, la question du « morcellement »¹⁴⁰⁸ de ces auditoires m'apparaît particulièrement apte à saisir les attentes de divers auditoires dont les fonctionnaires de première ligne doivent tenir compte au moment d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires.

* * *

Aux fins de la présente recherche, il me semble important de mentionner que le contexte institutionnel dans lequel les agentes et agents travaillent peut grandement varier. Dans le chapitre précédent, je souligne par exemple les différences régionales dans la détention des personnes mineures¹⁴⁰⁹. L'ASFC est une grande organisation dont les activités sur le terrain relèvent de sept bureaux régionaux (Atlantique, Québec, Nord de l'Ontario, Région du Grand Toronto, Sud de l'Ontario, Prairies et Pacifique) qui comprennent eux-mêmes une multitude d'unités aux configurations différentes.

3.3. Le niveau macro : le contexte sociohistorique

La question de l'influence du contexte sociohistorique sur l'interprétation du droit en général et sur la mise en œuvre des politiques publiques en particulier pose un défi singulier. D'un côté, plusieurs auteurs et autrices soulignent l'importance du contexte pour comprendre ces pratiques, sous différents vocables : Lajoie parle des « facteurs politiques et économiques [...] que véhicule la conjoncture »¹⁴¹⁰, Lipsky du contexte social et sociétal plus large¹⁴¹¹, Hassenteufel du contexte

¹⁴⁰⁶ ASFC, *ENF* 20, *supra* note 779 à la p 38.

¹⁴⁰⁷ Perelman identifie deux auditoires dont un juge qui rend une décision doit tenir compte. Il y a d'un côté l'auditoire universel composé des parties, de leurs avocats, des médias et du public général, qui se préoccupe de l'équité de la décision. De l'autre, l'auditoire particulier, qui est constitué par la communauté juridique (tribunaux, association professionnelle (ex : le Barreau), juristes universitaires, législateur, autorités gouvernementales) qui se préoccupe de la cohérence du droit. Lorsqu'il rend sa décision, le juge tente alors de « réconcilier » les attentes de ces auditoires. Ainsi, il doit non seulement démontrer que sa décision est légale, mais il doit aussi convaincre ses auditoires qu'elle est juste, équitable. Voir Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35 aux pp 54, 134; Perelman, *Logique juridique*, *supra* note 1400 à la p 158.

¹⁴⁰⁸ Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35 à la p 138.

¹⁴⁰⁹ Voir la section 2.3.2.2, ci-dessus.

¹⁴¹⁰ Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35 à la p 65

¹⁴¹¹ Lipsky, *supra* note 31 à la p 80.

politique (ex.: changement de parti au pouvoir) et économique (ex. : période de croissance ou de récession)¹⁴¹², Pratt de contexte historique particulier¹⁴¹³. Par exemple, Leanne Weber et Benjamin Bowling affirment que si les « stratégies » de contrôle migratoires dépendent de « conditions matérielles et politiques spécifiques », elles ne peuvent être « totalement comprises que dans le contexte d'un milieu historique particulier » [ma traduction]¹⁴¹⁴. Anna Pratt souligne ainsi la pertinence d'éléments comme les idéologies, des impératifs économiques et électoraux ou les dynamiques changeantes des migrations internationales pour l'étude de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires dans la mise en œuvre du droit de l'immigration¹⁴¹⁵. Le contexte sociohistorique apparaît donc comme un facteur incontournable du champ de leur surdétermination.

D'un autre côté, toutefois, se pose la question de savoir de quoi se compose précisément ce contexte¹⁴¹⁶, de façon à tenir compte des éléments pertinents pour l'étude d'un phénomène, sans toutefois s'y perdre. Aux fins de ma recherche, je recours aux notions relatives au contrôle des indésirables développées dans le premier chapitre. L'indésirabilité se concrétise toujours dans un contexte sociohistorique particulier et les mécanismes de contrôle auxquels on recourt cherchent à répondre à cette indésirabilité, de façon à protéger la sécurité ou l'ordre social dominant, qui se construisent réciproquement avec ce qui les menace. Les notions d'indésirabilité et de sécurité constituent un reflet du contexte sociohistorique dans lequel les mécanismes de contrôle sont mis en œuvre, ils s'avèrent conséquemment incontournables pour comprendre cette mise en œuvre. Je vais donc m'intéresser aux idées qui président aux conceptions de l'indésirabilité des personnes non citoyennes, de la sécurité ainsi que des fonctions des mécanismes de contrôle, au premier chef la détention, en tant que « forces politiques, économiques, sociales » qui exercent une « influence considérable » [ma traduction] sur la manière dont les fonctionnaires de première ligne mettent en œuvre leurs pouvoirs discrétionnaires¹⁴¹⁷.

¹⁴¹² Hassenteufel, *supra* note 56 à la p 104.

¹⁴¹³ Pratt, « Dunking », *supra* note 27 à la p 217.

¹⁴¹⁴ Weber et Bowling, *supra* note 67 à la p 359.

¹⁴¹⁵ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 aux pp 148–149.

¹⁴¹⁶ Marcos Ancelovici souligne que le concept de contexte renvoie généralement « au cadre, à l'environnement ou au milieu dans lequel se déroule un événement ou un phénomène » : Marcos Ancelovici, « Conceptualizing the Context of Collective Action: An Introduction » (2021) 20:2 *Social Movement Studies* 125 aux pp 126 et s.

¹⁴¹⁷ Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 38.

Conclusion

Pour Anna Pratt, le pouvoir discrétionnaire a toujours constitué un aspect central du droit de l'immigration canadien, tant sur le plan de l'élaboration des politiques que celui de la bureaucratie, et il se présente comme « technologie centrale » pour tracer une ligne de démarcation entre les personnes non citoyennes désirables et indésirables, celles dont les demandes sont légitimes ou illégitimes¹⁴¹⁸. Comprendre son fonctionnement s'avère toutefois, de l'avis de Keith Hawkins, une entreprise complexe puisqu'il constitue un phénomène hétéroclite et changeant¹⁴¹⁹.

J'ai présenté dans ce chapitre un cadre théorique qui permet d'appréhender la mise en œuvre des pouvoirs discrétionnaires par les fonctionnaires de première ligne de l'ASFC en matière de détention des personnes non citoyennes, de façon à cartographier les éléments qui composent le champ de leur surdétermination.

Ces éléments ne sont pas dotés d'une « force normative »¹⁴²⁰ intrinsèque, comme le souligne Andrée Lajoie¹⁴²¹. Celle-ci émergerait plutôt dans le cadre du processus décisionnel¹⁴²². Ce serait donc au moment de la décision que certains éléments du contexte viendraient l'orienter et la contraindre. Martha Feldman rappelle ainsi de quelle façon ces éléments peuvent varier d'un individu à l'autre :

*[T]he exercise of discretion has organizational or social context limits that supplement formal authority. The limits are not absolute or determinate. They do not prescribe specific behaviors. Limits are interpreted differently by different people. People do not always agree about whether the limits have been transgressed. Thus, the limits cannot be enforced through sanctions, and they cannot be expressed in formal rules.*¹⁴²³

Ce cadre théorique me permet donc de proposer une compréhension de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de détention par les fonctionnaires de première ligne de l'ASFC, sous la forme d'une cartographie des éléments qu'ils sont susceptibles de prendre, ou non, en considération.

¹⁴¹⁸ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 aux pp 58, 214.

¹⁴¹⁹ Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 45.

¹⁴²⁰ Catherine Guelfucci-Thibierge, *La force normative: naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.

¹⁴²¹ Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35 à la p 164.

¹⁴²² Emerson et Paley, *supra* note 251 à la p 245.

¹⁴²³ Martha Feldman, « Social Limits to Discretion: An Organizational Perspective » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 163 à la p 182.

CHAPITRE 4 - MÉTHODOLOGIE

J'insiste sur le fait, bien connu, que l'existence réelle des « lois formelles » nous ramène au domaine des interactions sociales. On ne saurait connaître la vie réelle, les obligations réelles sans étudier plus en détail ce que font chaque jour les fonctionnaires chargés d'« appliquer » la loi.¹⁴²⁴

Introduction : de la nécessité d'une approche de sciences sociales empirique et qualitative

Afin de parvenir à une compréhension approfondie des modalités de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des fonctionnaires de première ligne chargés de la mise en œuvre de mécanismes de contrôle des indésirables, il importe, pour reprendre les mots de Pierre Lascoumes et Patrick Le Galès, de « saisir l'action publique par le bas »¹⁴²⁵. Selon Renée Zauberman, en effet, « l'étude de la mise en œuvre des politiques publiques ne se fait valablement que selon une approche *bottom-up* »¹⁴²⁶. Dans ce chapitre, j'explique de quelle manière j'ai « saisi par le bas » les pratiques des agentes et agents de l'ASFC relatives à la mise en œuvre du régime de détention des personnes non citoyennes.

L'approche méthodologique retenue pour ce faire comporte quatre grandes facettes, qui se sont en partie imposées par la nature de mon objet de recherche ainsi que de l'accès aux matériaux qu'il m'a été possible d'obtenir¹⁴²⁷. La première de ces facettes concerne la **posture épistémique** avec laquelle j'appréhende les pratiques de détention de l'ASFC. Je m'intéresse avant tout aux règles juridiques encadrant la détention des personnes non citoyennes non pas en tant que prescriptions de ce qui devrait idéalement être, mais dans leur « existence factuelle », qui se déroule dans des « cadres concrets » [ma traduction]¹⁴²⁸. Selon la typologie de Max Weber, c'est donc dans une perspective externe par rapport au droit que je dois me situer pour étudier les pratiques quotidiennes et concrètes de détention de l'ASFC¹⁴²⁹, autrement dit étudier le « droit en action » et son

¹⁴²⁴ Hoekema, *supra* note 216 à la p 311.

¹⁴²⁵ Lascoumes et Le Galès, *supra* note 32 à la p 34.

¹⁴²⁶ Zauberman, *supra* note 244 à la p 62.

¹⁴²⁷ Comme l'indique Lisa Webley, le choix des méthodes dépend entre autres des questions et objectifs de recherche et de la disponibilité des données : Lisa Webley, « Qualitative Approaches to Empirical Legal Research » dans Peter Cane et Herbert Kritzer, dir, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 927 à la p 936.

¹⁴²⁸ Mathieu Deflem, *Sociology of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 à la p 6.

¹⁴²⁹ Les autres perspectives sont la perspective interne, qui s'intéresse à la cohérence interne du droit, ainsi que la perspective philosophique ou morale, qui s'intéresse au droit avec une approche normative ou évaluative : *ibid* aux pp 4–5. Cette perspective externe correspond en quelque sorte au « regard oblique du sociologue sur le droit » dont parle Guy Rocher (Rocher, *Études*, *supra* note 23 aux pp 3–17) ou au point de vue externe dont parle François Ost et

application « dans la réalité »¹⁴³⁰. Cette posture correspond d'ailleurs à l'approche privilégiée par plusieurs pour l'étude de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, qui doit prendre en compte son contexte concret et ne pas se limiter à ses dimensions proprement juridiques¹⁴³¹.

De plus, les processus décisionnels des membres du personnel de l'ASFC ne laissent que des traces bien partielles dans les sources officielles du droit – les décisions de la CISR, par exemple – qui sont les matériaux de la recherche juridique conventionnelle. Les décisions de l'ASFC s'apparentent à des décisions judiciaires (elles concernent après tout l'application de règles de droit à des cas particuliers), mais les dossiers dans lesquels elles sont consignées ne sont pas accessibles au public. En outre, les démarches que j'ai effectuées pour obtenir certaines de ces décisions sont demeurées infructueuses. Il n'est donc pas certain qu'une étude exégétique des sources du droit disponibles puisse être concluante au regard de mes objectifs de recherche, si ce n'est que pour dévoiler la « ceinture de contraintes »¹⁴³² qui entoure l'espace discrétionnaire des agentes et agents de l'ASFC.

Ainsi, pour aller voir ce qui « se passe dans les faits » [ma traduction]¹⁴³³, la deuxième facette de mon approche se veut **empirique et qualitative**. La recherche qualitative se caractérise par une « visée compréhensive », qui « cherche à comprendre comment les acteurs pensent, parlent et agissent » dans un contexte donné¹⁴³⁴. Visant une compréhension approfondie des pratiques et de l'expérience des personnes concernées¹⁴³⁵, de même qu'une « compréhension riche de contextes sociaux complexes »¹⁴³⁶, l'approche qualitative s'avère particulièrement pertinente pour l'étude de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires qui, comme vu précédemment, constitue un phénomène complexe et sur lequel le contexte institutionnel et social a un impact certain. Il apparaît donc

Michel van de Kerchove (François Ost et Michel van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? » dans François Chazel et Jacques Commaille, dir, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, 67 [Ost et de Kerchove, « De la scène au balcon »]).

¹⁴³⁰ Rocher, *Études*, *supra* note 23 à la p 29.

¹⁴³¹ Bell, *supra* note 216; Pratt et Sossin, *supra* note 26; Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206.

¹⁴³² Je fais ici référence à la « *surrounding belt of restriction* » de Ronald Dworkin. Voir la section 1.2.1, ci-dessus.

¹⁴³³ Pratt et Sossin, *supra* note 26 à la p 301.

¹⁴³⁴ Hervé Dumez, « Qu'est-ce que la recherche qualitative? » (2011) 7:4 *Le Libellio d'Aegis* 47 à la p 48.

¹⁴³⁵ Pierre Paillé et Alex Mucchielli, *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*, 3^e éd, Paris, Armand Colin, 2012.

¹⁴³⁶ Stéphanie Gaudet et Dominique Robert, *L'aventure de la recherche qualitative. Du questionnement à la rédaction scientifique*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2018 à la p 3, citant Céline-Marie Pascale, *Cartographies of Knowledge : Exploring Qualitative Epistemologies*, Thousand Oaks, Sage, 2011 à la p 40.

nécessaire de l'étudier avec le détail que permet une approche qualitative afin de pouvoir en proposer une compréhension riche et approfondie.

On dispose en outre de peu de données sur la mise en œuvre des politiques publiques en matière de sécurité frontalière, notamment au Canada. Dans ce contexte, la recherche empirique et qualitative permet de produire de nouvelles données et de commencer à documenter les pratiques de détention de l'ASFC. Comme le soulignent Camille Hamidi et Mireille Paquet :

[d]'un point de vue pratique, les données sur les migrations et les politiques migratoires demeurent souvent insuffisantes et partielles. Cette réalité est autant le fait du désir des États de ne pas publiciser leurs actions que de capacités limitées en matière de collecte et d'analyse de données. En réaction à cela, l'analyse qualitative permet de générer des données sur des terrains souvent difficiles d'accès et, pour reprendre l'expression maintenant consacrée, d'ouvrir la boîte noire de l'État afin de découvrir son action dans le domaine migratoire.¹⁴³⁷

La troisième facette de mon approche se rapporte à la **stratégie de preuve retenue**, qui est celle de l'étude de cas (le cas étant les pratiques des fonctionnaires de l'ASFC relatives à la détention des personnes non citoyennes) et que Simon Roy définit comme « une approche de recherche empirique qui consiste à enquêter sur un phénomène, un événement, un groupe ou un ensemble d'individus, sélectionné de façon non aléatoire, afin d'en tirer une description précise et une interprétation qui dépasse ses bornes »¹⁴³⁸. Elle s'avère pertinente dans des situations où l'état des connaissances ne permet pas au chercheur de dresser un portrait du thème. Elle est donc appropriée pour « explorer des phénomènes nouveaux ou négligés »¹⁴³⁹, lorsque la prise en compte du contexte dans lequel se déroule le cas étudié est nécessaire à sa compréhension¹⁴⁴⁰ ainsi que lorsque « l'expérience des acteurs est importante et le contexte de cette expérience essentiel à connaître »¹⁴⁴¹. Elle constitue donc une approche pertinente pour l'étude de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires par des fonctionnaires de première ligne, étant donné sa complexité et l'importance d'une approche qui prenne au sérieux le contexte d'exercice de ces pouvoirs. En outre, les pratiques de détention de l'ASFC étant peu connues, l'étude de cas en permet une exploration en profondeur.

¹⁴³⁷ Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 10.

¹⁴³⁸ Simon N Roy, « L'étude de cas » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale : de la problématique à la collecte des données*, Québec, Presse de l'Université du Québec, 2009, 199 à la p 207.

¹⁴³⁹ *Ibid* à la p 208.

¹⁴⁴⁰ Robert K Yin, *Case Study Research. Design and Methods*, 5^e éd, Thousand Oaks, Sage Publications, 2014 à la p 16.

¹⁴⁴¹ Yves-Chantal Gagnon, *L'étude de cas comme méthode de recherche*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005 à la p 15.

L'approche qualitative et l'étude de cas font l'objet de critiques auxquelles il me semble important de répondre. D'une part, on reproche à l'approche qualitative de ne pas produire de résultats qui seraient généralisables sur le plan statistique, donc représentatifs de l'ensemble d'une population¹⁴⁴². Néanmoins, cela ne correspond pas à l'objectif de la présente recherche. Sans entrer dans le débat entre objectivisme et subjectivisme¹⁴⁴³, il serait réducteur de ne concevoir la science que comme une entreprise visant à générer des données représentatives sur le plan statistique. Par ailleurs, il faut souligner la distinction entre « généralisation statistique » et « généralisation analytique » [ma traduction]¹⁴⁴⁴. En inscrivant le cas dans un cadre théorique plus étendu qui repose sur « des éléments de théories reconnues et acceptées »¹⁴⁴⁵, il est possible d'en tirer des conclusions qui dépassent le cas lui-même, permettant ainsi de tirer des conclusions qui concernent un phénomène plus large et non le seul cas à l'étude.

Une deuxième critique se rapporte à la validité interne de l'étude de cas, qui est « la certitude plus ou moins grande que la conclusion d'une expérience reflète bien ce qui s'est effectivement passé dans cette expérience »¹⁴⁴⁶. En bref, on reproche aux études de cas d'être biaisées parce qu'elles reposeraient « sur des informations partielles *qui ne représentent pas toute la réalité du cas* »¹⁴⁴⁷. La récolte et l'analyse des informations laisseraient trop de place à la subjectivité du chercheur, dont les travaux renverraient une image déformée de la réalité. Une telle critique suppose d'une part qu'il est possible de restituer toute la complexité de la réalité d'un cas, ce à quoi je ne prétends pas. S'engager dans une démarche qualitative exige de ne y pas plaquer les critères de scientificité issus du positivisme scientifique¹⁴⁴⁸. D'ailleurs, dans la mesure où je recours également aux entretiens de recherche, je reprendrais les mots d'Emmanuelle Bernheim qui souligne que « le sens attribué par les participants à la recherche aux situations étudiées demeure un construit et non un

¹⁴⁴² Roy, *supra* note 1438 à la p 207.

¹⁴⁴³ À ce sujet, voir Alvaro P Pires, « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique » dans Jean Poupard et al, dir, *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin Éditeur, 1997, 113 [Pires, « Échantillonnage et recherche qualitative »]; Alvaro P Pires, « Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres » (1987) 5:2 Cahiers de recherche sociologique 85 [Pires, « Deux thèses erronées »].

¹⁴⁴⁴ Yin, *supra* note 1440 à la p 21.

¹⁴⁴⁵ Roy, *supra* note 1438 à la p 214.

¹⁴⁴⁶ Gordon Mace et François Pétry, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche en sciences sociales*, 2^e éd, Québec, Presses de l'Université Laval, 2000 à la p 83.

¹⁴⁴⁷ Roy, *supra* note 1438 à la p 207 [italiques dans l'original]. Voir aussi Yin, *supra* note 1440 à la p 20.

¹⁴⁴⁸ Que Marie Santiago présente comme la « [v]alidité interne (isomorphisme entre résultats et réalités), validité externe (généralisation), fiabilité (stabilité des résultats reproductibles), objectivité (neutralité de l'observateur) » : Marie Santiago, « La tension entre théorie et terrain » dans Pierre Paillé, dir, *La méthode qualitative. Postures de recherche et travail de terrain*, Paris, Armand Colin, 2006, 201 à la p 213.

accès direct à la pensée des sujets de recherche. Il faut cependant accepter cette limite du travail intellectuel qui, sous cet aspect, influe sur tous les champs de la connaissance » [références omises]¹⁴⁴⁹.

S'il est impossible d'être parfaitement neutre ou objectif, il existe cependant des stratégies qui permettent au chercheur de mitiger ses biais et, sans parvenir à restituer toute la complexité du réel, s'en rapprocher. Simon Roy en identifie deux¹⁴⁵⁰. La première consiste en la tenue d'un journal de bord, outil avec lequel le chercheur peut réfléchir de façon critique à sa démarche de recherche¹⁴⁵¹ et qui a servi à la rédaction de ce chapitre. La triangulation des données constitue la deuxième stratégie, recommandée d'ailleurs par plusieurs¹⁴⁵², à un point tel que Pierre Paillé dénonce une « obsession » de la triangulation¹⁴⁵³. Cette stratégie consiste à diversifier les sources et les méthodes de collecte de données. Comme expliqué plus bas, il ne m'a pas été possible de varier les sources et les méthodes, dans la mesure où je n'ai pu mener que des entretiens auprès d'agentes et agents de l'ASFC, bien qu'à l'intérieur de mon échantillon une certaine diversification a été possible. Toutefois, au moment de l'analyse des données, j'ai effectué un retour vers les écrits théoriques, la littérature scientifique et la documentation gouvernementale pertinente.

Enfin, la quatrième facette de mon approche se rapporte au choix de **la méthode de collecte de données retenue**, soit des entretiens de recherche. Au regard de mes objectifs, les entretiens s'avèrent appropriés parce qu'en plus d'« informations factuelles [...]», les entretiens donnent accès à des pratiques individuelles et collectives, à des habitudes, à des trajectoires, à des processus et dynamiques, à des raisonnements, à des valeurs, à des opinions et à des représentations »¹⁴⁵⁴. Ils se caractérisent aussi par le fait qu'ils produisent des données « riches en détail et en

¹⁴⁴⁹ Emmanuelle Bernheim, « De l'existence d'une norme de l'anormal. Portée et valeur de la recherche empirique au regard du droit vivant : une contribution à la sociologie du droit » (2011) 52:3-4 Les Cahiers de droit 461 à la p 480 [Bernheim, « De l'existence d'une norme de l'anormal »].

¹⁴⁵⁰ Roy, *supra* note 1438 à la p 218.

¹⁴⁵¹ Kathleen Eisenhardt, « Building Theories From Case Study Research » dans Michael A Huberman et Matthew B Miles, dir, *The Qualitative Researcher's Companion*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2002, 3 à la p 15.

¹⁴⁵² Kathy Charmaz, « Grounded Theory in the 21st Century : Applications for Advancing Social Justice Studies » dans Norman K Denzin et Yvonna S Lincoln, dir, *The Sage Handbook of Qualitative Research*, 4^e éd, Thousand Oaks, Sage Publications, 2011, 359 à la p 366; Dumez, *supra* note 1434 à la p 58; Eisenhardt, *supra* note 1451 à la p 14; Paillé et Mucchielli, *supra* note 1435 à la p 152; Webley, *supra* note 1427 à la p 940.

¹⁴⁵³ Pierre Paillé, « La recherche qualitative : une méthodologie de la proximité » dans Henri Dorvil, dir, *Problèmes sociaux. Théories et méthodologies de recherche*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007, 409 à la p 430 [Paillé, « Méthodologie de la proximité »].

¹⁴⁵⁴ Gaudet et Robert, *supra* note 1436 à la p 95.

descriptions »¹⁴⁵⁵. Ils constituent donc un moyen qui permet non seulement documenter des pratiques (avec certaines limites explicitées plus bas), mais aussi appréhender la complexité des processus de mise en œuvre du droit et des éléments qui surdéterminent les décisions discrétionnaires des agentes et agents de l'ASFC, complexité qui ne se laisserait peut-être pas voir par l'observation ou l'étude de décisions.

Le choix de mener des entretiens, par opposition à d'autres méthodes de recherche comme l'observation, s'explique également par l'accès au terrain qu'il m'a été possible d'obtenir, qui se limitait à des entretiens¹⁴⁵⁶. De plus, le recours à l'observation soulevait une question importante sur le plan éthique, soit la possibilité d'obtenir le consentement libre et éclairé des personnes non citoyennes qu'auraient rencontré les agentes et agents de l'ASFC dans le cadre de leur travail. Certaines de ces rencontres constituent un moment souvent vécu négativement par les personnes détenues¹⁴⁵⁷, moment qui aurait donc été inapproprié pour tenter d'expliquer mon rôle de chercheur externe à l'ASFC et mon projet de recherche ainsi que d'obtenir le consentement de la personne, parfois par l'intermédiaire d'un ou une traductrice.

Les entretiens étaient structurés autour de trois thèmes. Le premier thème concernait le profil des personnes (ex. : scolarité, formation, expériences de travail antérieures) et leur travail actuel (ex. : tâches principales, organisation de l'unité de travail). Le deuxième thème portait sur le travail de la personne en lien avec la détention plus spécifiquement (ex. : types de cas, tâches à réaliser, défis, relations avec collègues et partenaires, impacts du CNDI). Le dernier thème abordait la question des fonctions de la détention et des menaces posées par les personnes détenues.

Selon la typologie présentée par Stéphanie Gaudet et Dominique Robert¹⁴⁵⁸, on pourrait dire que les entretiens menés se situaient quelque part entre des entretiens dirigés et semi-dirigés. D'une

¹⁴⁵⁵ Lorraine Savoie-Zajc, « L'entrevue semie-dirigée » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale: De la problématique à la collecte des données*, 5e édition éd, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, 337 à la p 356.

¹⁴⁵⁶ Voir la section 4.1, ci-dessous.

¹⁴⁵⁷ Goettl et Jeanes, *supra* note 366 à la p 18.

¹⁴⁵⁸ Ces autrices caractérisent l'entretien dirigé comme se basant sur un « guide d'entretien qui prend la forme d'une série de questions ouvertes » et résultant en un « haut degré d'homogénéité de la structure des entretiens et des sujets abordés », alors que l'entretien semi-dirigé se fait avec un guide d'entretien qui « prend la forme d'une consigne de départ et d'une courte liste de sujets prédéterminés » et résulte en une « certaine homogénéité dans la structure des entretiens (au début de l'entretien), mais peu dans le reste de l'entretien et dans les sujets abordés » : Gaudet et Robert, *supra* note 1436 aux pp 98 et s. Lorraine Savoie-Zajc définit l'entretien semi-dirigé comme une « interaction verbale animée de façon souple par le chercheur. Celui-ci se laissera guider par le rythme et le contenu unique de l'échange dans le but d'aborder, sur un mode qui ressemble à celui de la conversation, les thèmes généraux qu'il souhaite explorer avec le participant » : Savoie-Zajc, *supra* note 1455 à la p 340.

part, comme expliqué plus loin¹⁴⁵⁹, l'ordre des thèmes abordés, du plus descriptif au plus réflexif, m'a permis d'établir dans certains cas une relation de confiance avec les participantes et participants. Il y avait donc un certain ordre dans lequel je voulais aborder ces thèmes. Toutefois, et bien que chaque thème ait eu sa liste de sujets que je voulais traiter, je laissais les réponses des participantes et participants guider l'ordre de ces sujets. Il en a donc résulté une certaine homogénéité entre les entretiens. De plus, puisque je voulais documenter l'aspect plus concret ou factuel du travail qu'implique la détention des personnes non citoyennes, certaines questions précises étaient un peu inévitables, par exemple au sujet du type de cas ou des tâches à effectuer. Néanmoins, étant donné qu'il s'agit de pratiques peu connues, je devais tout de même laisser une certaine marge de manœuvre aux personnes rencontrées pour permettre l'émergence d'aspects insoupçonnés de leur travail.

En tant que méthode de recherche, l'entretien comporte certaines limites. Lorraine Savoie-Zajc souligne que l'entrevue se déroule dans un lieu et à un moment précis. Pour cette raison, les propos de la personne sont « une manifestation unique et irrévocable [...] l'expérience de la personne dépasse largement son discours sur celle-ci »¹⁴⁶⁰. Quant à l'impact du fait de documenter des pratiques par le biais d'entretiens de recherche, il faut parfois faire montre de prudence à l'égard de certaines informations données en entrevue¹⁴⁶¹. Comme l'illustre Erhard Blankenburg, « les entrevues sont très bien si on veut savoir quelque chose au sujet des attitudes ou des opinions, mais il est toujours dangereux de faire des inférences à propos des comportements réels à partir de ces données » [ma traduction]¹⁴⁶².

* * *

Pierre Paillé affirme que « le chercheur qualitatif est pour sa part redevable des opérations de collecte, d'analyse et d'interprétation de sa recherche. Il est redevable, donc il est et doit être responsable. Il y a là un engagement de la personne, intellectuel et éthique, et une dimension humaine forte »¹⁴⁶³. Il poursuit plus loin en affirmant que la rigueur de l'enquête de terrain repose

¹⁴⁵⁹ Voir la section 4.2.2, ci-dessous.

¹⁴⁶⁰ Savoie-Zajc, *supra* note 1455 à la p 356.

¹⁴⁶¹ Marjorie L DeVault et Glenda Gross, « Feminist Interviewing : Experience, Talk and Knowledge » dans Sharlene Nagy Hesse-Biber, dir, *Handbook of Feminist Research: Theory and Praxis*, Thousand Oaks, Sage, 2007, 173 à la p 179.

¹⁴⁶² Blankenburg, *supra* note 242 à la p 113. Voir aussi Bigo, « (in)securitization Practices », *supra* note 125.

¹⁴⁶³ Pierre Paillé, « Qui suis-je pour interpréter ? » dans Pierre Paillé, dir, *La méthode qualitative. Postures de recherche et travail de terrain*, Paris, Armand Colin, 2006, 99 à la p 119 [Paillé, « Qui suis-je »].

sur la « transparence de l'analyste qui a l'honnêteté de donner à voir sa posture, ses repères, ses méthodes, les contextes de son travail, de ses observations et de ses interprétations »¹⁴⁶⁴. Cela permet à la fois de comprendre comment la recherche s'est déroulée et, du coup, de mettre ses limites en évidence. Dans cette optique, le présent chapitre vise à décrire les étapes de ma recherche, soit les démarches d'accès au terrain (4.1), la collecte des données (4.2), leur analyse (4.3) et leur compte-rendu (4.4). J'explique en conclusion les limites de ma recherche.

4.1. L'accès au terrain

« *There is a crack in everything, that's how the light gets in* »¹⁴⁶⁵. Pendant la préparation de ma proposition de thèse, j'ai visité une exposition sur l'œuvre de Leonard Cohen au Musée d'art contemporain de Montréal, où j'ai lu cette citation, qui m'a tout de suite fait penser à ce qui m'apparaissait comme le principal défi de ma recherche de terrain : ouvrir la « boîte noire »¹⁴⁶⁶ que représente l'État en matière migratoire¹⁴⁶⁷, en particulier à l'égard de ses pratiques relatives à la détention. Bien que l'ASFC fasse preuve de plus de transparence depuis l'adoption du CNDI en 2016 – la transparence étant l'un des « piliers » de ce cadre¹⁴⁶⁸, ses pratiques demeurent largement méconnues, mis à part quelques rapports de la Croix-Rouge sur les conditions de détention et quelques statistiques. L'accès à ces pratiques et aux personnes qui en sont les auteurs est difficile. En témoignent les rares recherches empiriques sur cette organisation¹⁴⁶⁹.

Dans cette optique, si le plan A présenté dans ma proposition de thèse, qui comportait des entretiens avec des membres du personnel de l'ASFC, a d'une part suscité l'intérêt des évaluatrices, il a d'autre part été accueilli avec scepticisme. À vrai dire, je doutais aussi de la possibilité d'obtenir

¹⁴⁶⁴ *Ibid* à la p 121.

¹⁴⁶⁵ Leonard Cohen, « Anthem », *The future*, Columbia, 1992.

¹⁴⁶⁶ Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 10; Sule Tomkinson, « Who Are You Afraid of and Why? Inside the Black Box of Refugee Tribunals » (2018) 61:2 Canadian Public Administration 184 [Tomkinson, « Inside the Black Box »].

¹⁴⁶⁷ Voir par ex la description de fait Vic Satzewich de ses démarches d'accès au terrain pour l'étude de la pratique des agentes et agents de visa canadiens : Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 8 et s. Voir aussi Mountz, *supra* note 1280 aux pp 337–338. C'est également vrai dans le domaine policier (ex : Fassin, *Force de l'ordre*, *supra* note 244 à la p 52) ou dans le cas des institutions chargées de la surveillance des marchés financiers (ex : Badrudin, *supra* note 243 au para 2).

¹⁴⁶⁸ Voir la section 2.3.4, ci-dessus.

¹⁴⁶⁹ À cet égard, les recherches de Karine Côté-Boucher font figure d'exceptions. Voir aussi; Géraldine Jourdain, *Entre répression et protection : l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et la traite de personnes migrantes au Québec : points de vue des agents de l'ASFC et d'intervenants auprès de victimes migrantes* (mémoire de maîtrise en criminologie), Université de Montréal, 2015; Kalman, *supra* note 1330.

l'autorisation de faire de telles entrevues, et j'avais prévu un plan B. L'avis des évaluatrices était qu'il me fallait tenter d'obtenir un tel accès, mais de me préparer à essayer un refus plus que probable et de prévoir d'autres options.

À l'automne 2018, j'ai donc présenté ma demande de certificat d'approbation éthique au Comité d'éthique de la recherche pour les projets étudiants impliquant des êtres humains (CERPE) de l'UQAM, certificat qui m'a été accordé. J'ai simultanément entrepris quelques démarches qui m'ont permis d'obtenir des recommandations de personnes à contacter au sein de l'ASFC. Après avoir discuté de différents scénarios de prise de contact avec des professeures et professeurs qui avaient une certaine expérience de recherche auprès d'instances gouvernementales en matière d'immigration, j'ai écrit à la personne qui allait m'ouvrir les « portes » de l'ASFC. À mon grand étonnement, j'ai obtenu en l'espace de quelques jours un rendez-vous avec cette personne, qui occupe un poste dans la haute direction de l'ASFC au niveau national, pour discuter de mon projet de recherche. À mon étonnement plus grand encore, j'ai obtenu l'autorisation de mener des entretiens individuels auprès d'agentes et agents de l'ASFC lors de cette rencontre¹⁴⁷⁰. Nous avons à ce moment convenu des régions de provenance des agentes et agents que j'allais pouvoir rencontrer de même que des types de postes occupés par ces personnes.

L'ASFC s'est engagée à me fournir les coordonnées d'employées et employés que j'étais autorisé à contacter. Ces agentes et agents, qui travaillent dans trois régions différentes (région du Québec, du Grand Toronto et du Pacifique), ont été désignés à l'aide des directions régionales. J'ai reçu les coordonnées de 25 personnes.

La contrepartie de cet accès est restée plus ou moins floue pendant plusieurs mois, malgré des demandes répétées pour des clarifications. Au départ, on m'a demandé, en bref, de transmettre des versions anonymisées des transcriptions des entretiens et de pouvoir relire le manuscrit de la thèse avant son dépôt. Une demande de modification à mon certificat d'approbation éthique a été soumise en ce sens au CERPE et m'a été accordée. À ce stade, les objectifs derrière ces exigences demeuraient toutefois incertains, bien qu'on m'ait dit qu'on n'exigerait pas de modifications à mes conclusions. On m'a surtout affirmé vouloir vérifier l'exactitude des informations données au sujet du programme de détention. Ce n'est toutefois que presque deux ans plus tard que l'on s'est

¹⁴⁷⁰ Sur le thème de la chance dans l'accès aux « terrains difficiles » [ma traduction], en particulier en matière migratoire, voir Barak Kalir, « The Uncomfortable Truth About Luck: Reflections on Getting Access to the Spanish State Deportation Field » (2019) 27:S1 Social Anthropology 84.

entendu sur les modalités finales de relecture des transcriptions (l'exigence de lecture du manuscrit ayant été abandonnée en cours de route). On ne m'a finalement fait parvenir que quelques commentaires au sujet des transcriptions, qui ne paraissaient pas toutes avoir été lues, en me demandant de ne pas inclure dans ma thèse certaines informations données par les participantes et participants, informations qui sont considérées comme trop délicates pour être divulguées¹⁴⁷¹.

À cet égard, mes études et expériences professionnelles antérieures ont influencé non seulement le choix de mon sujet de recherche, mais elles me semblent également avoir joué un rôle dans l'accès au terrain que j'ai réussi à obtenir. Avant d'entamer mon doctorat, j'ai travaillé quelque temps pour le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR). Le HCR est une organisation internationale intergouvernementale qui, au Canada, joue entre autres le rôle d'un observateur du système d'immigration et de protection des réfugiés et qui conseille les agences gouvernementales dans l'objectif d'améliorer leurs pratiques¹⁴⁷². Dans les échanges ayant mené à l'obtention de l'autorisation à mener des entretiens avec le personnel de l'ASFC¹⁴⁷³, j'ai senti que le fait d'avoir travaillé pour une organisation partenaire de l'ASFC, qui par ailleurs fait rarement état de ses désaccords avec les politiques canadiennes sur la place publique, a joué en ma faveur, en me donnant une certaine crédibilité aux yeux de mes interlocuteurs¹⁴⁷⁴.

4.2. La collecte des données¹⁴⁷⁵

La question de l'accès ne se limite toutefois pas aux négociations entourant l'obtention d'une autorisation; elle prend forme de mille et une façons selon les personnes rencontrées, les institutions observées et les particularités de chaque recherche. En ce sens, la collecte de données est parsemée de micronégociations d'accès au terrain, tant en ce qui concerne le recrutement (4.3.1) que le déroulement des entretiens (4.3.2).

¹⁴⁷¹ Ce qui évidemment n'est pas unique à ma recherche, mais une pratique qui néanmoins s'étend dans le domaine des études frontalières. Voir par ex Côté-Boucher et Galy, *supra* note 1332 à la p 104.

¹⁴⁷² Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés Canada, « À propos du HCR au Canada », (2021), en ligne : <www.unhcr.ca/fr/a-propos-de-nous/a-propos-du-hcr/a-propos-du-hcr-canada/>.

¹⁴⁷³ Voir à ce sujet la section 4.2, ci-dessous.

¹⁴⁷⁴ Comme le remarque Barak Kalir, de multiples facteurs entrent en ligne de compte au moment d'obtenir l'accès à un terrain difficile : la personne qui prend la décision, la nature et le moment où est faite la demande, le profil du ou de la chercheuse, etc. : Kalir, *supra* note 1470 à la p 86.

¹⁴⁷⁵ Les autrices Stéphanie Gaudet et Dominique Robert parlent plutôt de production des données, étant donné « le rôle actif que joue le chercheur dans la production même du matériel empirique » : Gaudet et Robert, *supra* note 1436 à la p 81.

4.2.1. Le recrutement des participantes et participants

La prise de contact initiale avec les participantes et participants est l'une de ces occasions. Dans mon cas, le taux de réponse a été assez élevé. Puisque l'on m'avait fourni somme toute les coordonnées de peu de personnes, j'ai décidé de toutes les contacter. Ainsi, j'ai donc eu peu de contrôle sur la constitution de mon échantillon, mis à part le choix des régions et des postes occupés par les personnes rencontrées. Sur les 25 demandes envoyées par courriel dans lesquelles j'expliquais les grandes lignes de ma recherche et de mon entente avec l'ASFC, j'ai reçu vingt réponses, dont dix-neuf positives et une négative, les autres étant restées sans réponse. Une personne avait initialement accepté de participer, pour finalement se désister en invoquant des raisons personnelles. D'après les informations éparses que j'ai pu obtenir sur la façon dont les participantes et participants ont été choisis, certaines personnes savaient avoir été désignées, d'autres non. Parmi les personnes qui ne le savaient pas, une m'a indiqué avoir fait des démarches auprès de ses supérieurs pour s'assurer que ma recherche était bel et bien autorisée par la haute direction de l'ASFC. À cet égard, une personne m'a dit, à la suite de l'entretien, avoir été très surprise d'apprendre qu'une telle recherche ait été approuvée. Il est donc possible que le fait de ne pas avoir eu connaissance à l'avance du fait d'avoir été désigné ait découragé des personnes de répondre, puisque, de manière générale, les membres du personnel de l'ASFC ne sont pas autorisés à discuter de leur travail avec des personnes externes à l'organisation.

La plupart des échanges pour discuter des modalités de l'entrevue se sont faits par courriel, sinon par téléphone. Parmi ces modalités, l'enregistrement audio et la transcription des entretiens ont suscité des inquiétudes chez quelques personnes, qui se disaient pas exemple être mal à l'aise avec ces procédures ou craindre des représailles de la part de la haute direction à la suite des entretiens. Cependant, après des explications supplémentaires où je rappelais la possibilité de ne pas répondre à certaines questions ou simplement de ne pas participer à l'entretien, toutes ont accepté de participer et que l'entretien soit enregistré. En outre, je trouve important de noter que lorsque j'ai dit à une de ces personnes qu'elle demeurait libre de ne pas participer, elle m'a répondu « pas vraiment », avec un rire de malaise, ce qui indique que certaines personnes ont peut-être reçu ce qui s'apparente à un « ordre » de participer. De plus, pour expliquer ses hésitations, elle me disait se soucier du fait que la détention constitue un « enjeu chaud » et que la direction de l'ASFC est généralement très soucieuse de ce que disent les membres de son personnel. Elle a finalement accepté de participer et que l'entretien soit enregistré, en me demandant de pouvoir relire la

transcription avant que je ne la soumette à l'ASFC. Cependant, ces échanges laissent tout de même supposer certaines limites aux informations qu'il m'a été possible d'obtenir. À quel point les personnes rencontrées se sont-elles senties libres de livrer le fond de leur pensée, par exemple d'exprimer un désaccord avec les politiques en place ou le discours officiel de l'organisation?

Une seule personne m'a fait part de ses motivations pour participer à ma recherche. En bref, elle tenait à faire savoir que personne, parmi ses collègues, ne se rend au travail avec l'envie de détenir quiconque et que ce type de décisions est pris avec beaucoup de sérieux. Elle m'a également dit qu'en comparaison avec d'autres pays, l'approche de l'ASFC se distingue par de meilleures pratiques. Elle voulait ainsi contribuer à défaire l'image selon laquelle l'ASFC est une organisation qui cherche ardemment à renvoyer ou détenir les personnes non citoyennes¹⁴⁷⁶.

Finalement, j'ai rencontré sept personnes dans la région du Québec, sept personnes dans la région du Grand Toronto et cinq dans la région du Pacifique. J'ai eu l'occasion d'organiser un court séjour de recherche à Toronto, où j'ai pu faire six entretiens en personne. Le septième s'est fait par téléphone, de même que les entretiens avec les agentes et agents de la région Pacifique. En tout, treize entretiens ont eu lieu en personne sur les lieux de travail des participantes et participants, six se sont faits par téléphone. De plus, six entretiens se sont déroulés en français, treize en anglais. Parmi les personnes qui ont accepté de participer, certaines travaillaient dans des postes frontaliers (terrestres ou aériens), dans des Centres de surveillance de l'immigration ainsi que dans des bureaux intérieurs : agentes et agents de liaison communautaire, d'audience ou chargés des investigations et renvois. Huit étaient des hommes, onze étaient des femmes.

Ainsi, mon échantillon comprend des membres du personnel de l'ASFC provenant de trois régions et occupant divers postes. Bien que je n'aie eu somme toute que peu de contrôle sur la constitution de cet échantillon, des profils des personnes rencontrées se dégagent certains critères de comparaisons pertinents. D'une part, la comparaison sur une base régionale se justifie en raison des disparités constatées dans certaines pratiques (ex. : davantage de détention pour motif d'identité dans la région du Québec)¹⁴⁷⁷. Une telle diversification paraît donc pertinente pour mieux comprendre cette pluralité de pratiques. En outre, cette pluralité laisse supposer que d'autres

¹⁴⁷⁶ À ce sujet, Didier Fassin rapporte dans son étude ethnographique sur la police des quartiers en France que parmi les motivations des policiers à participer à sa recherche, certains veulent défaire les images négatives véhiculées plus largement au sujet des forces policières : Fassin, *Force de l'ordre*, supra note 244 à la p 52.

¹⁴⁷⁷ Voir la section 2.3.3.11, ci-dessus.

aspects des pratiques sont susceptibles de suivre pareilles lignes de fracture. D'autre part, les personnes rencontrées occupent des postes qui les amènent à intervenir à différentes étapes du processus de détention (ex. : décision initiale, décision de placement, détermination de l'adéquation d'une SRD, recommandation présentée devant la CISR). Interroger des personnes qui travaillent dans des contextes diversifiés, dont on a vu qu'ils pouvaient orienter et contraindre l'exercice du pouvoir discrétionnaire¹⁴⁷⁸, est donc susceptible de laisser voir une plus grande diversité de facteurs qui peuvent surdéterminer ces décisions.

À une exception près, toutes les personnes rencontrées cumulaient dix ans ou plus d'expérience au sein de l'ASFC ou de Citoyenneté et Immigration Canada (l'agence responsable du volet « exécution de la loi » avant la création de l'ASFC en 2003), pour une moyenne de 15 ans. Alors que quelques personnes travaillaient dans la même unité depuis leur début avec l'ASFC, d'autres ont occupé des fonctions différentes, parfois dans des régions différentes. En ce qui concerne les expériences de travail antérieures, les domaines d'emploi étaient aussi variés que les transports, l'industrie touristique, la sécurité privée, la presse écrite, l'ingénierie ou les forces policières. Quant aux études, les participantes et participants m'ont dit avoir étudié en sciences sociales (ex. : archéologie, anthropologie, science politique, histoire, sociologie, criminologie), en droit, en ingénierie, en journalisme ainsi qu'en communications.

Préalablement aux entretiens, les participantes et participants et moi avons revu et signé le formulaire de consentement, que plusieurs avaient reçu et lu d'avance, et nous avons pris le temps nécessaire pour que je réponde à leurs questions, qui étaient généralement peu nombreuses.

4.2.2. Le déroulement des entretiens

Il m'est apparu qu'une dimension supplémentaire de l'accès au terrain se joue pendant les entrevues elles-mêmes¹⁴⁷⁹. Connaissant la sensibilité de la question de la détention, je m'attendais à ce que plusieurs personnes rencontrées en entrevue se montrent hésitantes à l'égard de certaines questions. Ces occasions ont somme toute été rares. À une seule occasion, une personne m'a clairement indiqué ne pas vouloir répondre à une question, qui portait sur les échanges de renseignements avec

¹⁴⁷⁸ Voir la section 1.2.2.3, ci-dessus.

¹⁴⁷⁹ Sur la nature changeante du secret en contexte frontalier et des informations qui sont parfois révélées, parfois tues, voir Côté-Boucher et Galy, *supra* note 1332.

certaines organisations partenaires de l'ASFC (alors que d'autres m'en ont dit beaucoup à ce sujet). De façon générale, les échanges avec les participantes et participants ont été cordiaux; la plupart m'ont semblé francs et ouverts à partager leurs expériences et leurs réflexions.

Autrement, la dernière thématique abordée lors des entretiens, relative aux fonctions de la détention, a suscité plus d'hésitations. Les réponses aux questions posées sur ce sujet ont été assez brèves en comparaison avec les questions traitant d'autres thèmes, et ce, en dépit de relances et de sous-questions visant à préciser ou détailler les premiers éléments de réponses des participantes et participants.

Quelques hypothèses permettent de proposer des explications à ce constat. Dans un premier temps, comme l'indique Pierre Paillé, en recherche qualitative, c'est le chercheur qui constitue « l'instrument principal de la recherche » et sur qui reposent à la fois la collecte et l'analyse des données¹⁴⁸⁰. Il est ainsi impossible d'écarter le fait qu'une partie de l'explication derrière ce constat repose vraisemblablement sur mon (in)expérience en recherche qualitative. Avec plus d'expérience, j'aurais éventuellement pu formuler des questions de relance plus « inspirantes » ou susciter des réponses plus détaillées de la part de mes interlocuteurs et interlocutrices.

Toutefois, certaines personnes interrogées ont offert des réponses assez longues aux questions portant sur ce thème. Il est possible que certaines aient peu de réflexions à ce sujet. Les fonctionnaires sont souvent accaparés par leur travail quotidien, qu'ils peuvent décrire en détail, ce qui laisse cependant peu de place pour prendre un certain recul et réfléchir aux significations plus larges de ce travail¹⁴⁸¹. Il est possible également que certaines réponses soient brèves parce que les fonctions de la détention se conçoivent simplement.

Une autre explication réside peut-être aussi dans le fait que, de l'avis même de certains individus rencontrés, la détention constitue un « sujet chaud » [ma traduction] (Billie, GTPf¹⁴⁸²). Comme rapporté plus haut¹⁴⁸³, certaines personnes ayant répondu à ma demande d'entretien se sont montrées hésitantes à participer. Ces hésitations s'expliquent possiblement par le fait que le programme de détention ait été le sujet de critiques et de débats publics dans les dernières années,

¹⁴⁸⁰ Paillé, « Méthodologie de la proximité », *supra* note 1453 aux pp 418–419.

¹⁴⁸¹ Mireille Paquet, intervention, Atelier « Les entretiens dans la recherche en immigration », Équipe de recherche sur l'immigration au Québec et ailleurs, présentée à l'Université du Québec à Montréal, 30 janvier 2020 [non publiée].

¹⁴⁸² Au sujet de la désignation des participantes et participants, voir la section 4.4, ci-dessous.

¹⁴⁸³ Voir, à ce sujet, la section 4.2.1, ci-dessus.

par exemple à la suite du décès de Lucia Vega Jimenez lorsqu'elle était détenue au CSI de l'aéroport de Vancouver. De même, le programme a fait l'objet d'une importante réforme administrative et donc l'objet d'une attention plus soutenue de la part de l'administration centrale. Les personnes rencontrées, conscientes du caractère épineux de la question, se sont peut-être pour cette raison montrées peu loquaces. La conversation suivante illustre cette hésitation.

Q : [...] Bien, je vais enchaîner avec une question un peu plus large, et là c'est votre avis que je sollicite, à quoi sert la détention?

R : Hmmm. Voilà, voilà ce qui est dangereux.

Q : [Rires exprimant un malaise].

R : Hum...

Q : Puis, bien, je vous le rappelle, si vous voulez pas répondre, il y a, vous êtes pas obligée de répondre.

R : Oui, oui. Je vous en donnerai pas beaucoup, mais je vais vous donner quand même une impression qui... je vais vous donner des faits, hum, que moi je vois. (Candide, Qbi)

Une autre personne exprime clairement ses réticences à se prononcer sur l'aspect « politique » de la question relative aux fonctions de la détention. Après avoir expliqué que l'objectif de la détention consiste à s'assurer que les dispositions de la LIPR sont respectées, l'échange suivant a eu lieu :

Q: [...] Any other goal?

A: Goal with detention?

Q: Hmm, hmm.

A: Honestly, I can't tell. Part of it, it's political. And I dare not speak within that realm because it's not my place.

Q: Ok.

A: My place is to enact the Act, and to enact... the program as dictated by the government, and by my Ministers, and at the end of the day, if they want something done differently, they will go through appropriate legal processes to make sure that it is correct and legal, and they will direct me the way they want done. (Billie, GTpf)

Il y a ici une réticence évidente à s'écarter de la position officielle de l'ASFC, qui n'est pas remise en question et à partir de laquelle on ne veut pas extrapoler. Enfin, une troisième personne se montre hésitante lorsqu'elle répond à ma question sur les fonctions de la détention, elle donne l'impression de marcher sur des œufs, en invoquant explicitement les sources juridiques formelles (ex. : loi, jurisprudence) pour appuyer sa réponse.

Q: Good. I'd like to follow with a [broader] question, if you could tell me about, [...] in your opinion, what's the role of detention in the immigration system. Why is it there, what's its purpose?

A: [Sighs.] My, my understanding of it, and this is just based on case law, and IRPA, and... Hum, so in the objectives, the objectives are... there's extensive objectives, right?

Q: Hmm, hmm.

A: There's objectives of family reunification and things like that. But how... the objectives, and many justices have said, the objective of ensuring that noncitizens are protected, um, and that they... that's expanded, right? So... Noncitizens don't have the unqualified right to enter and remain. And, so, detention, in my, in my understanding of, of the jurisprudence, is meant to be used in places where, as set out in section 57, hum, where it is believed that the detention is necessary to ensure either the integrity of the system, because somebody's not going to appear for something, right? Or, to ensure the safety, because of that danger to the public element. Or both, right? Hum, you know, identity grounds, detention on identity grounds, oh and I didn't talk about 58(1)(c), so, there's also the section where, hum... there's the suspect, uh, the suspicion that somebody is criminally inadmissible, that's another reason to detain someone. Hum, so that I do with organized crime quite a bit, hum, upon entry, but, hum, yeah. Detention should be used in those, in those cases.

Q: Ok.

A: Um, and that's just my reading of, of case law, right? I mean, the objectives builds it in, the sections of IRPA relating to arrest and detention and release. Hum, and then the guiding regulations all indicate that that's what it's for. But on a broader view of it, in case law, like the justices have over and over and over again said: "the detention scheme is constitutional, if applied correctly, for the purpose of ensuring that, essentially, noncitizens don't just enter and remain without accountability, I guess, right? (Nikita, GTbi)

Ces hésitations montrent que tout n'est pas joué lorsque les participantes et participants acceptent d'être interviewés. Dans le cas d'une recherche comme la mienne qui n'implique que des entretiens, on ne dispose que du moment de la rencontre pour établir un lien de confiance avec la personne interviewée (ainsi que des échanges préalables, mais qui ont en fin de compte été beaucoup accaparés par les explications relatives à l'éthique de la recherche que l'on doit donner). Le moyen qui m'est apparu le plus apte pour ce faire est l'ordre des thèmes abordés. Celui-ci s'est imposé de lui-même lors du deuxième entretien pendant lequel les échanges n'ont pas suivi l'enchaînement initialement prévu, mais pendant lequel j'ai senti une réelle ouverture de la personne vers la fin de l'entrevue. J'ai donc opté, à partir de ce moment, pour aborder les différents thèmes de l'entretien dans un ordre similaire à celui de cette entrevue, soit de commencer par des questions plus factuelles sur le travail quotidien de la personne et son expérience pour ensuite aborder des réflexions plus générales sur ce travail et cette expérience. De plus, le premier entretien, que j'avais commencé par des questions plus générales sur le système d'immigration et le rôle de

la détention, ne m'avait pas paru satisfaisant au chapitre des informations obtenues sur ces thèmes. Par la suite, les entretiens subséquents m'ont permis de confirmer l'adéquation de la grille d'entrevue élaborée après le deuxième entretien¹⁴⁸⁴. La stratégie adoptée au départ, qui consistait à mener deux premières entrevues pour tester la grille d'entretien, s'est donc avérée fructueuse. À ce chapitre, tout en conservant les trois principaux thèmes, j'ai ajusté certaines questions pour tenir compte de la diversité des postes occupés par les participantes et participants. Par exemple, il me semblait essentiel de questionner les agentes et agents d'audience au sujet de leur expérience relative au déroulement des contrôles des motifs de détention devant la SI.

Le nouvel enchaînement des thèmes semble avoir fonctionné à quelques reprises, mais pas à tout coup, comme illustré plus haut au sujet des échanges relatifs aux fonctions de la détention. Outre la sensibilité de la question, d'autres éléments ont sans doute pu avoir un impact, comme le fait d'avoir conduit certaines entrevues par téléphone et mon niveau d'aisance en anglais, qui parfois m'empêchait de formuler rapidement des questions de relance. Certaines personnes rencontrées occupaient aussi des postes où l'on recourt moins souvent à la détention. Elles avaient donc un peu moins d'expériences à partager sur ce sujet.

Les entretiens se sont déroulés entre février et juin 2019. Ils ont duré entre 40 minutes et une heure 40 minutes. Ils ont tous été enregistrés sur support audio en vue de leur retranscription.

Comme évoqué plus haut, les données produites par les entretiens de recherche sont le résultat d'interactions uniques entre le chercheur et la personne interviewée. Elles portent ainsi « la marque des relations d'âge, de sexe, de niveau d'instruction, des origines sociales et ethniques, des trajectoires »¹⁴⁸⁵. Tel que le soutiennent Marjorie DeVault et Glenda Gross, les personnes qui participent à une recherche font toujours des suppositions à propos du chercheur¹⁴⁸⁶, qui ainsi se voit assigner une certaine place¹⁴⁸⁷. Il y a donc lieu de revenir sur le déroulement des entretiens pour se questionner sur ce que les participantes et participants pensaient que je voulais entendre et sur les impacts que leur conception de mes objectifs de recherche a pu avoir sur les informations

¹⁴⁸⁴ Jean-Claude Combessie, *La méthode en sociologie*, Paris, La Découverte, 1996 à la p 25.

¹⁴⁸⁵ *Ibid* à la p 29. Voir aussi DeVault et Gross, *supra* note 1461 aux pp 179 et s.

¹⁴⁸⁶ DeVault et Gross, *supra* note 1461 à la p 180.

¹⁴⁸⁷ Stéphane Beaud et Florence Weber, *Guide de l'enquête de terrain. Produire et analyser des données ethnographiques*, 4^e éd, Paris, la Découverte, 2010 aux pp 219–221.

qu'ils et elles ont décidé de me livrer, même si cela reste toujours un exercice en partie spéculatif¹⁴⁸⁸.

En tant qu'homme blanc¹⁴⁸⁹, il m'apparaît évident que je profite de certains privilèges, notamment quant à la crédibilité que l'on m'attribue. Cette crédibilité est de surcroît renforcée par mon statut d'étudiant au doctorat en droit¹⁴⁹⁰, donc détenteur d'un certain capital juridique¹⁴⁹¹. Mon entretien avec Billie (GTpf) s'est par exemple terminé par l'interrogation suivante, de sa part :

As someone that has taught the course, at least taught at the university level in immigration law and such, I would ask you, is there anything that I said that has stood out, to have been something that would be of concern to you? Because I am more than interested to find out if I've covered something where I have to look at it again, and the only way I find that is by speaking with peers and persons who work within the law.

Plus tard pendant l'entrevue, Billie m'explique les raisons de cette question :

And that's yet another reason why I ask the question, [it] is because I want to make sure that I'm not necessarily talking out of context. I want to make sure that we're speaking to the correct level with each other. And that's why I appreciate that you mentioned earlier on: « No, no, I know the act inside out ». Good, good. That's a benefit. Because it means that we can have a conversation that I suppose to some people is very much in code, but is one that is relevant to both of us.

On m'a peut-être donné des explications plus poussées puisqu'on a supposé que j'étais en mesure de comprendre les subtilités juridiques. De plus, ce qui transparaît en partie dans cet échange est un souci pour décrire des pratiques de détention conformes au droit en vigueur. On peut ainsi supposer que des pratiques non conformes au droit n'auraient pas été dévoilées, qu'elles auraient constitué un « sujet tabou »¹⁴⁹².

Je pense également avoir été aussi parfois perçu comme entretenant un regard critique sur les pratiques de l'ASFC. Ainsi, Robin (GTpf) terminait souvent ses explications concernant ses décisions par la question « est-ce que ça a du sens? » [ma traduction], comme pour justifier ses

¹⁴⁸⁸ Notamment étant donné la nature de ma recherche, au cours de laquelle je n'ai pas eu l'occasion de discuter ouvertement de ces éléments avec les participantes et participants.

¹⁴⁸⁹ Couleur de peau qui ne transparaissait toutefois pas lors des entretiens par téléphone, quoique les personnes aient pu supposer mes origines québécoise et canadienne-française par mon accent en anglais.

¹⁴⁹⁰ Par exemple, Sule Bayrak rapporte de quelle manière le fait d'affirmer avoir fait des études de maîtrise en droit international des droits de la personne lui a permis d'être prise plus au sérieux par les avocates et avocats au cours de sa recherche de terrain : Sule Bayrak, *Contextualizing Discretion: Micro-Dynamics of Canada's Refugee Determination System*, thèse de doctorat en science politique, Université de Montréal, 2016 aux pp 98–99.

¹⁴⁹¹ Bourdieu, « Force du droit », *supra* note 170.

¹⁴⁹² Savoie-Zajc, *supra* note 1455 à la p 357.

façons de faire, et comme si j'occupais une place de vérificateur, de contrôleur dans une relation que Stéphane Beaud et Florence Weber qualifient de « judiciaire »¹⁴⁹³. De plus, lors de certains entretiens, j'ai senti que les personnes portaient une attention particulière au vocabulaire qu'elles employaient, critiquant parfois leur propre choix de mots, peut-être de manière à être bien perçues¹⁴⁹⁴. Par exemple, Camille (Qpf) a corrigé l'expression « traverser illégalement » par « traverser irrégulièrement ». D'autres ont reconnu explicitement que les mots choisis étaient durs ou inappropriés. Cela indique que certaines attitudes ou perceptions étaient peut-être considérées par les participantes et participants comme inappropriées dans le cadre de ces entretiens en particulier.

Il y a de plus des limites à l'étude des discours des acteurs et actrices sur leurs pratiques que ne comporte pas l'étude des pratiques elles-mêmes. Je suis donc confronté, dans une certaine mesure, à ce que Salman Rushdie nomme

le vieux problème du biographe : même quand les gens racontent l'histoire de leur vie, ils embellissent invariablement les faits, ils réécrivent leurs aventures, ou il les inventent purement et simplement. [...] La vérité de telles histoires réside dans ce qu'elles nous révèlent du cœur des protagonistes, plutôt que dans les actions qu'elles rapportent¹⁴⁹⁵.

Sans dire évidemment que les participantes et participants auraient à ce point déformé la réalité de leur travail quotidien, on peut s'attendre à ce qu'il existe un écart entre leurs propos et les pratiques qu'elles et ils décrivent. Les hésitations dont m'ont fait part certaines personnes rencontrées à l'égard de la sensibilité du thème de la détention ainsi que le contexte institutionnel, caractérisé par de nouvelles politiques administratives – parfois contestées¹⁴⁹⁶ – visant à uniformiser des pratiques jugées inadéquates, laissent croire que certains aspects de ces pratiques ne m'ont pas été révélés. Enfin, il existe des limites inhérentes à l'étude des décisions humaines, qui résultent d'une multiplicité de facteurs et qui demeurent donc impossibles à prédire¹⁴⁹⁷. Billie (GTpf) a bien résumé cet état de fait au sujet des décisions en matière de détention, en comparant notre discussion et la complexité de la réalité sur le terrain :

¹⁴⁹³ Beaud et Weber, *supra* note 1487 à la p 220.

¹⁴⁹⁴ Savoie-Zajc, *supra* note 1455 à la p 357.

¹⁴⁹⁵ Salman Rushdie, *Le dernier soupir du Maure*, Folio, Paris, 1996 aux pp 218–219. Pour une illustration concrète et sociologique de ce problème, voir : Jean-Marc Weller, « Le mensonge d'Ernest Cigare : Problèmes épistémologiques et méthodologiques à propos de l'identité » (1994) 36:1 Sociologie du travail 25.

¹⁴⁹⁶ Dominique (Qpf) m'a rapporté que ces changements avaient initialement été interprétés par certains comme une critique au sujet de leurs pratiques de détention.

¹⁴⁹⁷ Friedberg, *supra* note 1376 aux pp 16, 53.

So, it's a little bit of everything like that. [...] The problem is that it's very easy, sometimes, within a classroom, or within a sterile environment... So, we're in a Boardroom, discussing the idea of detention. And then you get to the real situation and it gets very messy, sometimes, because all of those other factors come out, as you say.

4.3. L'analyse des entretiens

J'ai retranscrit les entretiens afin d'en faciliter l'analyse. La seule difficulté qui s'est présentée dans ce processus est qu'à certains moments, dans les entretiens réalisés en anglais, certains passages, composés de quelques mots, étaient difficiles à comprendre. Toutefois, cela n'a jamais empêché la compréhension du sens global des propos des participantes et participants.

Comme le remarquent Pierre Paillé et Alex Muchielli, « le travail d'analyse prend racine ou se réalise dans une diversité de lieux [...], de moments [...], de circonstances [...], d'entourages »¹⁴⁹⁸. L'analyse s'est en effet déroulée en plusieurs étapes et en plusieurs moments, qu'il s'agisse de la réalisation des entretiens et de leur transcription, des périodes consacrées à l'analyse en tant que telle, des discussions avec les collègues et avec ma directrice de recherche ou encore des commentaires reçus à la suite de présentations. J'en retrace ici les principales étapes.

J'ai commencé par une lecture des cinq premiers entretiens, sur papier (et avec des surligneurs de plusieurs couleurs). Cette analyse s'apparente à ce que Paillé et Muchielli qualifient d'analyse thématique, qui consiste à identifier l'ensemble des thèmes du corpus et à repérer les ressemblances ou les différences¹⁴⁹⁹. Cette étape m'a permis d'identifier des catégories et sous-catégories d'analyse, qui sont demeurées somme toute assez descriptives¹⁵⁰⁰ : les personnes détenues, la nature et les fonctions de la détention, les risques et dangers, les facteurs relatifs à la prise de décision, le travail et les tâches à effectuer en lien avec la détention, la collaboration et les communications, ainsi qu'une catégorie « autres ». Certaines de ces catégories, comme celles au sujet des fonctions de la détention et des risques et dangers, avaient donc été abordées directement en entrevue puisque liées à la problématique générale. De plus, le concept d'attentes des auditoires m'est apparu particulièrement pertinent pour décrire et comprendre une sous-catégorie de facteurs

¹⁴⁹⁸ Paillé et Muchielli, *supra* note 1435 aux pp 30, 87.

¹⁴⁹⁹ *Ibid* aux pp 231 et s.

¹⁵⁰⁰ Donc d'inférence de faible niveau, c'est-à-dire un « rapport étroit et direct entre les indices [présents dans les extraits] et le[s] thème[s] » : *ibid* à la p 250.

relatifs à la prise de décision. Dans la plupart des entretiens lus jusqu'alors, les participantes et participants disaient par exemple tenir compte des exigences des commissaires de la SI au moment de l'articulation des motifs de la décision ou de la préparation des dossiers, de façon à pouvoir les convaincre du bien-fondé des décisions. D'autres catégories ont émergé au moment de cette analyse. C'est le cas de celle se rapportant à la collaboration et aux communications, un aspect du travail des agentes et agents qui se laissait voir comme central.

Dans un deuxième temps, afin de systématiser l'analyse, j'ai « codé »¹⁵⁰¹ les dix premiers entretiens à l'aide du logiciel NVivo, en reprenant les catégories issues de la première analyse. À ce stade, certaines catégories ont fait l'objet d'analyses un peu plus poussées dans le cadre de communications et de publications, notamment en ce qui concerne les fonctions de la détention, le travail lié à la recherche et au partage d'informations ainsi que la prise en compte des attentes des auditoires¹⁵⁰².

Ces analyses m'ont permis d'identifier les principaux thèmes présentés dans les trois chapitres de présentation des résultats qui suivent. J'ai ensuite terminé le codage des neuf entretiens restant. Lors de cette nouvelle phase de codage, j'ai fait une relecture du codage effectué précédemment, en combinant par exemple certaines sous-catégories parce que redondantes ou parce que ce qui les distinguait s'avérait moins pertinent au regard des thèmes traités dans la thèse.

Le troisième temps de l'analyse s'est déroulé au fil de l'écriture des chapitres de résultats¹⁵⁰³. Alors que la structure des chapitres prend appui sur les notions développées dans la problématique générale et le cadre théorique, la structure des sections de chacun des chapitres s'ancre dans les données de recherche. C'est-à-dire que pour analyser les données relatives à une section particulière, j'ai d'abord identifié les catégories de codage pertinentes pour ensuite procéder à la lecture des extraits d'entretiens ainsi regroupés de manière à identifier les éléments pertinents pour l'analyse. Je me suis donc laissé guider par les propos des participantes et participants pour en dégager une analyse. Par exemple, pour rédiger la section 6.2.1, qui aborde l'impact des facteurs

¹⁵⁰¹ Processus par lequel chaque passage de chaque entretien est placé dans une ou plusieurs catégories ou sous-catégories, ce qui résulte en un « arbre de codification » qui permet par la suite de systématiser l'analyse en regroupant tous les passages qui relèvent d'un même thème.

¹⁵⁰² Voir par ex Louis-Philippe Jannard, « Contributions et limites de la surdétermination pour l'étude empirique des pratiques administratives relatives à la détention des personnes non citoyennes au Canada » (2020) 50:Hors-série RGD 183.

¹⁵⁰³ Sur l'écriture comme mode d'analyse qualitative et sa validité, voir Paillé et Mucchielli, *supra* note 1435 aux pp 183 et s.

relatifs aux faits et aux circonstances de chaque cas sur les décisions, je me suis basé sur les propos des personnes rencontrées au sujet de chacun des principaux motifs de détention. Ainsi, la section qui traite du motif de détention pour identité est structurée à partir de ce qu'elles en ont dit. Le fait d'avoir choisi de procéder au codage final en fonction des catégories de codage identifiées lors des premières analyses plutôt qu'en fonction des thèmes que j'ai choisi d'approfondir dans la thèse a occasionné certaines difficultés au moment de l'écriture. Par exemple, pour une même section, des passages pertinents pouvaient se retrouver dans plusieurs catégories, ce qui faisait parfois beaucoup de données à traiter. Ainsi, j'ai parfois dû retourner au travail d'analyse sur papier et avec surligneurs parce que le matériel pertinent était trop abondant pour qu'une analyse à l'écran puisse être efficace. Les annotations faites en marge et les codes de couleur ont particulièrement facilité l'analyse et la structuration des données.

Le premier chapitre, qui répond à l'objectif de documentation des pratiques de détention des agentes et agents de l'ASFC, s'est construit autour de deux aspects de ce travail qui sont rapidement apparus comme étant incontournables : la recherche d'informations et la diffusion des attentes des auditoires, qui toutes deux impliquent la collaboration avec des collègues de l'ASFC ou des partenaires externes. Les données relatives à la recherche d'informations correspondent aux propos des participantes et participants au sujet des types d'informations recherchées (ex. : renseignements relatifs à l'identité, itinéraire de voyage, antécédents criminels), des raisons de cette recherche (ex. : décision relative à l'identité, décision relative à l'admissibilité, décision relative au niveau de risque, décision relative aux modalités de la détention) et des sources de ces informations (ex. : personnes détenues, membres du personnel d'autres organisations, bases de données d'agences partenaires, gouvernements étrangers). Pour repérer les données concernant la diffusion des attentes des auditoires, je cherchais les propos se rapportant aux formes de collaboration entre collègues de l'ASFC au sujet de la prise de décisions ou de la préparation des dossiers (ex. : appels téléphoniques, courriel avec questions ou discussion au sujet d'un cas, formations, examen des décisions des agentes et agents par leurs supérieurs, expertise de certains types de collègues).

Le deuxième chapitre de présentation des résultats concerne les facteurs de niveau micro et méso qui sont susceptibles d'orienter et de contraindre l'exercice du pouvoir de détention. Il commence par l'analyse des propos des participantes et participants au sujet de leur utilisation des sources formelles du droit de l'immigration, des politiques administratives et de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. À cette fin, j'ai retenu les extraits qui faisaient référence aux différentes sources

juridiques (ex. : loi, règlement, jurisprudence) et au manuel d'exécution de la loi, de même qu'aux réflexions au sujet de ces sources (ex. : complexité, zones grises), de leur application ainsi que de l'usage et de la nature de leur pouvoir discrétionnaire (ex. : subjectivité, propos sur la façon d'exercer le pouvoir de détention). Afin de repérer les facteurs de niveau micro, je me suis servi des passages où l'on me parlait des faits associés à chacun des motifs de détention (ex. : risque de fuite, danger pour la sécurité publique, identité), du choix de l'établissement de détention ainsi que des passages où l'on me parlait des caractéristiques des personnes non citoyennes (ex. : crédibilité, comportement, facteurs de vulnérabilité). Pour identifier les facteurs de niveau méso, j'ai d'une part porté attention aux propos se rapportant au contexte de travail particulier des participantes et participants (ex. : charge de travail, disponibilité des ressources, description des situations dans lesquelles se prennent les décisions, configuration des lieux, défis particuliers, disparités régionales). D'autre part, j'ai retenu les passages se rapportant à la description que les participantes et participants font de leur mandat (ex. : qualités nécessaires, rôle, responsabilités), de celui de l'ASFC (ex. : rôle de l'ASFC, objectifs en matière d'immigration), de même qu'au sujet de la culture organisationnelle (ex. : rapprochement fait avec d'autres métiers, commentaires sur l'approche de certains collègues ou d'agences similaires ailleurs dans le monde). Enfin, pour repérer les propos concernant les attentes des auditoires, j'ai retenu les extraits où l'on parle des exigences ou des pressions de différents acteurs à l'égard des décisions en particulier et de la détention en général (ex. : exigences des commissaires de la SI en matière de preuve ou d'arguments, pressions de la part de la haute direction de l'ASFC concernant la détention pour motif d'identité ou la détention des personnes mineures, attentes de la population canadienne sur le plan fiscal ou sécuritaire) ainsi que des impacts de ces attentes sur les pratiques.

Le troisième chapitre se rapporte au niveau macro de la surdétermination des décisions de détention, soit le contexte social dans lequel prennent place ces décisions. Il se concentre sur les représentations des agentes et agents en lien avec les concepts de la problématique du contrôle des indésirables : ce que la détention sert à accomplir, ce qu'elle protège et de qui elle protège. Ces concepts se trouvaient au cœur du troisième et dernier thème abordé en entrevue. Les données produites en réponse à ces questions ont servi de matériau principal pour cette section. Néanmoins, ce thème était aussi abordé de façon transversale dans les entrevues. Pour ce qui est des objectifs, j'ai recherché les passages où les personnes rencontrées parlaient des fonctions de la détention, de ce qu'elle vise, de ce qu'elle permet d'accomplir (ex. : protéger la sécurité, assurer l'intégrité du

système d'immigration en facilitant le renvoi des personnes interdites de territoire). En ce qui concerne la sécurité, j'ai retenu les propos relatifs à ce que l'on cherche à protéger en recourant à la détention, mais aussi par la mise en œuvre du droit de l'immigration en général (ex. : intégrité physique des personnes ou des infrastructures, système de protection sociale, finances publiques, un certain mode de vie). Enfin, en ce qui concerne les motifs d'indésirabilité (danger et inutilité), j'ai repéré les extraits où les agentes et agents parlent des dangers, des menaces, des risques que posent les personnes non citoyennes (ex. : criminalité, absence d'identité) ainsi que du poids qu'elles font peser (ou non) sur la société canadienne (ex. : propos concernant la fraude ou présentant certaines personnes comme fardeau sur le plan économique).

* * *

Je voudrais souligner deux éléments pour clore cette section. D'une part, l'analyse présentée dans les chapitres suivants est le résultat de plusieurs allers-retours entre les données et la théorie. De premières analyses et une relecture des écrits de Gérard Timsit et Andrée Lajoie ont mis en évidence les lacunes de leurs théories qui, étant basées d'abord sur l'interprétation du droit par les juges, n'arrivaient pas à capter et décrire la complexité des facteurs qui me semblaient surdéterminer l'interprétation du droit par ces fonctionnaires. C'est à la suite de l'analyse de l'ensemble des résultats que j'ai retenu les concepts de la sociologie de l'action publique pour systématiser leur lecture et en approfondir la compréhension. Il me semble que cela corresponde à la description que Norman Denzin et Yvonna Lincoln font du chercheur qualitatif comme un « bricoleur » ou « faiseur de courtépente » [ma traduction] qui choisit ses pratiques de recherche en fonction des questions qu'il se pose et du contexte dans lequel il se trouve¹⁵⁰⁴. Cela fait montre aussi d'une ouverture à l'égard de l'objet de recherche à laquelle Johannes Angermüller invite l'analyste :

l'analyste qualitatif est invité à se montrer « ouvert » vis-à-vis de son objet en évitant de partir d'un cadre d'hypothèses théoriques préétablies. Comme son but est de découvrir les catégories organisant un milieu social donné, les hypothèses qu'il met de l'avant doivent être modulables à chaque moment dans l'analyse.¹⁵⁰⁵

¹⁵⁰⁴ Norman K Denzin et Yvonna S Lincoln, « Introduction: the Discipline and Practice of Qualitative Research » dans Norman K Denzin et Yvonna S Lincoln, dir, *Sage Handbook of Qualitative Research*, 4^e éd, Thousand Oaks, Sage, 2011, 1 à la p 4.

¹⁵⁰⁵ Johannes Angermüller, « L'analyse qualitative et quasi qualitative des textes » dans Pierre Paillé, dir, *La méthodologie qualitative. Postures de recherche et travail de terrain*, Paris, Armand Colin, 2006, 225 à la p 229.

D'autre part, une difficulté parfois rencontrée au moment de l'analyse consistait en l'impression de faire du collage d'anecdotes et de ne pas pouvoir traiter de certains sujets avec précision ou profondeur. Je crois qu'une partie de ce défi s'explique par la nature de mon échantillon, qui a en quelque sorte les inconvénients de ses avantages. Je m'explique : les personnes rencontrées occupant différents postes, il m'a été possible d'avoir une vision d'ensemble des pratiques de l'ASFC relatives à la détention et des décisions qui se prennent tout au long de la détention. Toutefois, les multiples étapes de ce processus font qu'il est parfois difficile d'explorer plus loin que la surface des choses quant à certains aspects. J'ai en tête le thème de la collaboration avec d'autres acteurs et actrices traité dans le cinquième chapitre : je dois parfois me contenter d'une juxtaposition d'éléments d'informations plutôt que de les mettre en relation les uns avec les autres pour en dégager une compréhension riche. Par exemple, si j'avais seulement rencontré des agentes et agents d'audience, j'aurais sans doute été en mesure de faire une analyse plus poussée de leurs relations avec les avocates et avocats qui représentent les personnes détenues. Toutefois, ces informations plus parcellaires se révèlent tout de même pertinentes au regard de l'objectif de documenter les pratiques de l'ASFC en ce qu'elles laissent voir le réseau d'acteurs et actrices impliquées dans la détention.

4.4. Le compte-rendu des entretiens

Un défi supplémentaire s'est présenté au moment de l'écriture des chapitres d'analyse. Il m'a semblé que l'analyse qui consiste à mettre en perspective les points de vue des uns avec ceux des autres, que je qualifierais « d'horizontale », s'apparentait parfois à dresser un catalogue d'affirmations sur un sujet très précis (ex. : deux personnes ont dit ceci alors qu'une autre a dit cela). À l'opposé, une analyse plus verticale, qui s'attache à décortiquer de plus longs extraits pour dévoiler l'enchaînement des idées, me paraît plus profonde, plus près de la complexité du réel (bien sûr tel que perçu à travers les idées des autres et ma lecture de ces idées). Ainsi, il m'est parfois apparu difficile de faire dialoguer la complexité des discours des participantes et participants. Une des solutions trouvées pour relever ce défi, où à tout le moins pour laisser transparaître cette complexité, est d'avoir opté pour de longues citations. D'une part, l'enchaînement des réflexions me paraît plus riche à exposer que de courtes citations. Il s'agit aussi d'un gage de rigueur, dans la mesure où je laisse voir le contexte d'énonciation de certaines idées. D'autre part, les entretiens

constituent un matériau inédit, les propos des agentes et agents restant peu, sinon pas accessibles. Cela me semble donc un moyen de « partager » ces nouvelles connaissances.

Dans un même ordre d'idées, comme mentionné plus haut, les entretiens se sont en majorité déroulés en anglais. Dans une recherche qui s'intéresse à l'interprétation que les fonctionnaires de première ligne font des règles juridiques, et dans laquelle l'analyse de leurs propos passe par le filtre du chercheur, il m'est apparu plus opportun de ne pas traduire les extraits présentés en anglais puisque, comme l'indique le dicton italien « *traddutore, traditore* » (traducteur, traître), la traduction entraîne presque toujours inévitablement une perte de sens. Je ne les ai donc traduits que lorsqu'ils s'insèrent dans une phrase, de façon à ne pas y combiner l'anglais et le français.

De plus, les hésitations ou répétitions ont généralement été supprimées afin de faciliter la lecture, sauf lorsqu'elles ajoutent à la compréhension du propos, par exemple des hésitations qui indiquent qu'une personne a de la difficulté à expliquer une idée.

Enfin, les modalités de sélection de mon échantillon, choisi par la haute direction de l'ASFC, qui m'a fourni directement les coordonnées des participantes et participants, ainsi que l'exigence de préserver l'anonymat des personnes rencontrées, imposent certaines limites aux informations que je peux dévoiler au sujet des entretiens. Puisque j'ai rencontré peu de personnes occupant le même poste dans une région donnée (par exemple des agentes ou agents d'audience dans la région du Québec), je ne peux révéler à la fois la région et le type d'emploi occupé par mes informateurs et informatrices lorsque je présente des extraits d'entrevue, de même que leur identité de genre. Lorsque des informations concernant le poste occupé sont pertinentes pour contextualiser les résultats, j'ai choisi de paraphraser les propos des personnes, sans indiquer directement quelle personne interviewée les avait tenus, mais en indiquant le poste occupé. Étant donné les disparités régionales constatées et les inquiétudes qui en découlent, j'indique au fil du texte la région d'attache des participantes et participants.

Néanmoins, une information qui m'apparaît pertinente et possible à présenter au sujet des postes des participantes et participants sans compromettre leur anonymat se rapporte aux types de cas qu'elles et ils sont appelés à traiter. D'une part, les personnes qui travaillent dans les points d'entrée terrestres ou aériens sont confrontées au quotidien avec des dossiers variés qui ne nécessitent pas toujours l'application de mesures d'exécution de la loi, comme le renvoi ou la détention. Les dossiers vont concerner des travailleurs ou étudiants étrangers, des personnes qui demandent

l’asile, mais aussi des personnes que l’on croit être interdites de territoire ou que l’on décide de détenir. D’autre part, les personnes qui occupent un poste dans les bureaux intérieurs, comme les agentes ou agents d’investigation et d’audience, travaillent jour après jour sur des dossiers de personnes souvent interdites de territoire et pour cela visées par des mesures d’exécution de la loi. Il résulte de ces différences des expériences contrastées et, m’a-t-il semblé, des visions parfois divergentes, entre autres au sujet des personnes non citoyennes et des défis qui se posent au système d’immigration¹⁵⁰⁶. Je présente dans le tableau suivant les quelques informations que je peux révéler sans compromettre l’anonymat des participantes et participants. Ne pouvant révéler leur identité de genre, j’ai opté pour les désigner par des prénoms épicènes. Dans le texte, j’indique aussi, par abréviation, la région d’attache (Q pour Québec, GT pour Grand Toronto, P pour Pacifique) ainsi que le type de poste, sous deux catégories. L’abréviation « bi » désigne les postes relevant des bureaux intérieurs, comme les postes d’agent d’exécution de la loi, de supérieur, d’agent d’audience, d’agent de liaison communautaire et de gestionnaire de CSI. L’abréviation « pf » désigne les postes frontaliers, qui comprennent les postes d’agent des services frontaliers et de surintendant. Ainsi, l’abréviation Qbi désigne par exemple « Québec, bureau intérieur ».

Tableau 4.1 – Informations relatives aux participantes et participants

Pseudonyme	Nb d’années d’expérience	Région	Type de poste occupé
Claude	12	Québec	Bureau intérieur
Sacha	17	Québec	Bureau intérieur
Alex	13	Québec	Bureau intérieur
Dominique	11	Québec	Poste frontalier
Candide	27	Québec	Bureau intérieur
Charlie	29	Grand Toronto	Bureau intérieur
Sydney	11	Grand Toronto	Bureau intérieur
Leslie	21	Grand Toronto	Bureau intérieur
Robin	10	Grand Toronto	Poste frontalier
Billie	13	Grand Toronto	Poste frontalier

¹⁵⁰⁶ Ce qui rejoint un constat rapporté par Idil Atak, Graham Hudson et Delphine Nakache à l’effet que les fonctionnaires d’IRCC sont confrontés à des situations plus variées que les fonctionnaires de l’ASFC et qu’il en résulte des perceptions différentes à l’égard de l’étendue de la fraude ou des risques posés par les personnes non citoyennes : Atak, Hudson et Nakache, « Policing Canada’s Refugee System », *supra* note 1038 aux pp 475–476.

Pseudonyme	Nb d'années d'expérience	Région	Type de poste occupé
Nikita	14	Grand Toronto	Bureau intérieur
Jackie	11	Grand Toronto	Bureau intérieur
Lou	13	Pacifique	Poste frontalier
Max	24	Pacifique	Bureau intérieur
Angel	15	Pacifique	Bureau intérieur
Jamie	5	Pacifique	Poste frontalier
Louison	14	Québec	Poste frontalier
Sam	14	Pacifique	Bureau intérieur
Camille	14	Québec	Poste frontalier

Enfin, un dernier élément que je souhaite souligner concerne l'impact de la posture du chercheur, notamment dans son aspect biographique, sur l'analyse et le compte-rendu des données. Le choix que j'ai fait de consacrer plusieurs années à une recherche sur les pratiques de détention de l'ASFC s'explique par une volonté de mieux comprendre leur fonctionnement, par des objectifs professionnels, mais aussi par un souci réel pour les conséquences qu'elles ont sur les personnes détenues et les injustices dont elles sont la source. C'est dans un esprit critique que j'aborde mon objet de recherche, d'où l'importance d'être conscient et d'accorder une attention constante aux jugements de valeur à l'égard des propos des participantes et participants, que j'ai tenté de relever au fil de l'analyse et de l'écriture. Les techniques décrites en introduction de ce chapitre ont par ailleurs pour objectif de mitiger ces biais. Par exemple, j'ai pu retourner vers mon journal de bord pour revoir les impressions et réflexions consignées à la suite d'un entretien particulier.

À cet égard, l'interprétation des données de recherche se veut toujours une approximation de la réalité, un essai de sens, d'où l'importance d'une certaine humilité selon Pierre Paillé¹⁵⁰⁷, ou d'une éthique que Stéphane Martineau décrit comme une « manière de pensée [sic] qui laisse place à l'inquiétude, le doute, la remise en question »¹⁵⁰⁸. C'est donc à un difficile équilibre qu'est convié le chercheur qui aborde humblement son analyse tout en gardant un esprit critique à l'égard des pratiques dont il propose une compréhension. Dans cette optique, le compte-rendu de l'analyse

¹⁵⁰⁷ Paillé, « Qui suis-je », *supra* note 1463 à la p 117.

¹⁵⁰⁸ Stéphane Martineau, « L'éthique en recherche qualitative: quelques pistes de réflexion » (2007) 5 *Recherches qualitatives* 70 à la p 73.

donne parfois lieu à des questionnements éthiques. Ainsi, certains résultats de recherche peuvent s'avérer très intéressants et pertinents sur le plan scientifique tout en étant potentiellement délicats sur le plan politique. Prenons le cas, rapporté dans certains documents gouvernementaux¹⁵⁰⁹, des contraintes budgétaires ou d'espaces qui incitaient l'ASFC à diminuer le recours à la détention dans la région du Grand Toronto. Ces données sont très intéressantes pour la communauté scientifique pour comprendre les processus décisionnels relatifs à la détention, mais présentent néanmoins, à mon avis, le risque d'être récupérées par certains acteurs politiques (voire médiatiques) pour justifier une augmentation des ressources allouées au système d'immigration et donc de contribuer au resserrement des frontières, avec tous les impacts négatifs que cela engendre sur les personnes migrantes. Il me semble en effet que de tels résultats peuvent donner lieu à deux conclusions opposées. La première serait que puisque de telles contraintes incitent les fonctionnaires de l'ASFC à ne pas détenir une personne qu'ils auraient détenue en temps normal, sa détention n'était finalement pas nécessaire. Le faible risque de fuite qu'elle présentait ne justifiait pas qu'on la prive de sa liberté, ce risque pouvant être « géré » d'une autre façon, sans que cela n'entraîne de conséquence particulière. Une telle conclusion pourrait éventuellement mener à l'adoption de critères administratifs de détention plus stricts. La deuxième conclusion irait dans le sens opposé : l'ASFC ne disposerait pas des ressources suffisantes pour effectuer toutes les détentions jugées nécessaires par les membres de son personnel, ce qui compromettrait au bout du compte la sécurité du public et du Canada. C'est à ce deuxième type d'interprétations que je ne voudrais pas que les résultats de ma recherche donnent lieu. À cette fin, je ne présente qu'une analyse générale des données au sujet de ce type de contraintes, sans entrer dans les détails de leurs impacts potentiels sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

* * *

La réalisation de cette recherche a été pour moi l'occasion d'un apprentissage considérable sur le plan de la méthodologie. Ayant fait mes recherches de maîtrise avec une approche juridique plus classique, où la question des méthodes mobilisées n'était ni explicitée ni l'objet de réflexions approfondies, le contact avec la recherche qualitative, la réflexivité qu'elle exige et le positionnement qu'elle s'attache à réfléchir étaient tout à fait nouveaux.

¹⁵⁰⁹ Voir la section 2.3.3.11, ci-dessus.

La caractéristique de cette approche qui m’a paru la plus déstabilisante est sans doute sa non-linéarité, son caractère itératif. L’image qui représente le mieux, à mon sens, la nature de ce type de recherche est l’une des œuvres de Maurits Cornelis Escher, intitulé *Cascade*¹⁵¹⁰. Dans cette lithographie où les effets de perspectives se jouent des lois de la physique, l’eau de la chute qui actionne la roue d’un moulin s’écoule ensuite le long d’un canal, pour enfin aboutir au sommet de la chute et recommencer le même parcours, infiniment. Le processus de recherche s’y apparente dans la mesure où il y a un aller-retour constant entre la problématisation, la question de recherche, le cadre conceptuel et l’analyse des données. Le cadre conceptuel donne un sens aux données, qui en retour imposent d’approfondir les réflexions théoriques, qui seront l’occasion d’une nouvelle lecture des données, et ainsi de suite¹⁵¹¹. Comme le disent Stéphanie Gaudet et Dominique Robert, « le matériel de recherche et les aspects théoriques [du] projet sont continuellement en dialogue »¹⁵¹². Dans ce processus qui recommence toujours, de surcroît parce que de nouvelles questions émergent constamment, le compte-rendu dans une forme écrite ne peut être qu’un instantané de la recherche. Pour la personne qui comme moi articule le mieux sa pensée en écrivant, le choix d’arrêter la rédaction d’une thèse de doctorat ne se fait qu’au prix de sacrifices qui prennent la forme, entre autres, de pistes d’analyse abandonnées et de lectures laissées de côté. Un projet de recherche vient inévitablement avec certains « deuils ».

Conclusion : les limites de cette recherche

Je termine ce chapitre en rappelant les limites de cette recherche. La première découle du fait que, à l’instar du constat que fait Mary Bosworth au sujet de la détention au Royaume-Uni, le « champ » de la détention liée l’immigration au Canada est « fluide » [ma traduction]¹⁵¹³, ce qui fait que son étude est toujours incomplète ou approximative. Ces dernières années, plusieurs changements ont été apportés aux politiques de l’ASFC et de la CISR, changements qui s’implantent graduellement. Les dispositions de la LIPR ont fait l’objet de contestations judiciaires et il est désormais possible de présenter des demandes d’*habeas corpus* devant les cours supérieures des provinces dans

¹⁵¹⁰ Maurits Cornelis Escher, *Cascade*, lithographie, octobre 1961, en ligne : <mcescher.com/gallery/impossible-constructions/#lightbox[gallery_image_1]/5>.

¹⁵¹¹ Tony Evans souligne par ailleurs que l’exercice du pouvoir discrétionnaire exige un aller-retour constant entre la théorie et les données : Evans, *supra* note 220 à la p 4.

¹⁵¹² Gaudet et Robert, *supra* note 1436 à la p 1.

¹⁵¹³ Bosworth, *Inside Immigration Detention*, *supra* note 387 à la p 17.

certaines circonstances¹⁵¹⁴. De surcroît, la pandémie de COVID-19 a eu d'importants impacts sur la détention des personnes non citoyennes en raison de la diminution des voyages internationaux et d'importants efforts, notamment par des organisations de la société civile, pour trouver des solutions de rechange à la détention. De même, la SI est maintenant disposée à prendre en compte des arguments relatifs aux conditions de détention, ce qu'elle refusait généralement de faire jusqu'alors¹⁵¹⁵. Ainsi, il est important de garder à l'esprit que les pratiques de détention de l'ASFC ont certainement évolué entre le moment de la recherche de terrain et le dépôt de ce manuscrit.

Une deuxième limite concerne les modalités de sélection de l'échantillon. L'implication de la haute direction dans la sélection des participantes et participants a eu un impact indéniable sur leur profil et donc sur leur discours. Je ne sais pas avec certitude quels critères ont guidé l'ASFC dans la sélection des participantes et participants, tout comme je ne connais pas tout à fait les raisons qui ont motivé la haute direction d'une organisation habituellement réticente à ce que les membres de son personnel discutent de leur travail avec des personnes externes à l'organisation (ex. : médias, chercheuses et chercheurs) à me donner l'autorisation de conduire ces entretiens. Quelles instructions ont été transmises aux directions régionales? Comment ont-elles été reçues et comprises? Selon le profil des participantes et participants, je déduis qu'un des critères de sélection repose sur l'expérience. La vaste majorité des personnes rencontrées cumulent plus de dix, voire douze ans de travail au sein de l'ASFC. Plusieurs d'entre elles m'ont mentionné qu'un certain nombre d'années est nécessaire avant d'être en mesure de prendre des décisions appropriées en matière de détention et, comme je le montre dans le chapitre cinq, différents efforts sont faits pour partager cette expertise. Je présume donc qu'on a voulu que je parle avec des personnes qui « en ont vu » et qui sont en mesure de parler des pratiques de détention à la lumière de cette expérience et de l'expertise ainsi acquise. Je suppose aussi qu'on a désigné des personnes susceptibles de parler du programme de détention de façon conforme aux politiques de l'ASFC, ce que des personnes moins expérimentées, mais ayant une expérience différente, n'aurait peut-être pas été en mesure de faire. À cet égard, les propos de quelques personnes interviewées laissent voir l'existence d'une culture organisationnelle diversifiée au sein de l'ASFC¹⁵¹⁶. On m'a entre autres parlé de collègues qui feraient preuve de moins de discernement dans l'évaluation du risque associé

¹⁵¹⁴ Voir la section 2.3.2.4, ci-dessus.

¹⁵¹⁵ Arbel et Joeck, *supra* note 1079 262.

¹⁵¹⁶ À ce sujet, voir l'article de Karine Côté-Boucher qui analyse les approches différentes que peuvent avoir des agentes et agents de différentes générations : Côté-Boucher, « Of “Old” and “New” Ways », *supra* note 1373.

à certains actes criminels passés ou d'autres qui ont une approche plus fortement orientée vers « l'exécution de la loi », qui favorisent donc plus souvent la détention au détriment de solutions de rechange. À l'opposé, aucune ne m'a parlé de collègues jugés trop laxistes. Je serais tenté d'en déduire que les participantes et participants ont peut-être été choisis afin de montrer un visage de l'ASFC qu'on pourrait dire moins sévère, en quelque sorte. Cela correspondrait à l'orientation privilégiée dans le CNDI, piloté par la haute direction, en faveur d'un moins grand recours à la détention. Plusieurs personnes ont par exemple insisté sur l'importance de considérer les solutions de rechange à la détention avant de prendre la décision de détenir.

Somme toute, le portrait que je fais de la perspective des membres du personnel de l'ASFC sur leurs pratiques de détention demeure partiel. Le faible contrôle que j'ai pu avoir sur l'échantillon fait en sorte qu'il ne m'est pas possible, pour la plupart des thèmes¹⁵¹⁷, d'affirmer être parvenu à un niveau de saturation empirique¹⁵¹⁸ satisfaisant pour restituer un portrait exhaustif des éléments qui composent le champ de la surdétermination des décisions des agentes et agents de l'ASFC, étant donné également la diversité des postes occupés et des contextes organisationnels dans lesquels travaillent les fonctionnaires rencontrés. À tout événement, même si j'étais parvenu à un tel niveau, l'étude des décisions humaines ne peut que rester fragmentaire.

Cette recherche se limite également à la perspective des agentes et agents de l'ASFC sur leurs propres pratiques. Les difficultés liées à l'accès à ce terrain particulier et des préoccupations de nature éthique ont fait en sorte que l'observation de ces pratiques n'a pas été possible. Les dossiers où sont consignées ces décisions sont confidentiels et les démarches entreprises pour obtenir l'accès à certains d'entre eux sont demeurées infructueuses. Les données tirées des entretiens n'ont donc pas pu triangulées avec d'autres sources de données. Les résultats décrivent donc les pratiques uniquement telles que rapportées par les participantes et participants.

Il faut donc lire la cartographie que je fais de ces éléments pour ce qu'elle ne peut qu'être : un portrait partiel des facteurs qui exercent *possiblement* une influence dans le processus de prise de décisions des agentes et agents de l'ASFC en matière de détention et non une formule qui

¹⁵¹⁷ Sauf les thèmes se rapportant aux objectifs de la détention ainsi que les menaces que l'on cherche à prévenir. L'impression d'avoir atteint un certain niveau de saturation s'est fait sentir dès la lecture du douzième entretien.

¹⁵¹⁸ Alvaro Pires définit la saturation empirique comme le « phénomène par lequel le chercheur juge que les derniers documents, entrevues ou observations n'apportent plus d'informations suffisamment nouvelles ou différentes pour justifier une augmentation du matériel empirique » : Pires, « Échantillonnage et recherche qualitative », *supra* note 1444 à la p 172.

permettrait d'expliquer la totalité de ce processus. Ainsi, pour paraphraser Lisa Webley, mes résultats seront représentatifs de certaines des variations possibles d'un phénomène, mais non dans le sens d'une « estimation de la distribution du phénomène dans la population entière » [ma traduction]¹⁵¹⁹. Par ailleurs, comme le soulignent un certain nombre d'études, la pertinence et la force de l'influence de ces facteurs dans une décision donnée dépend du contexte précis de la prise de cette décision¹⁵²⁰. Toutefois, il s'agit d'une recherche qui se veut avant tout exploratoire et qui vise à mettre en lumière des pratiques méconnues auxquelles il importe de porter attention. Dans cette optique, je soutiens que les analyses présentées dans les chapitres qui suivent répondent adéquatement à ces objectifs.

¹⁵¹⁹ Webley, *supra* note 1427 à la p 934.

¹⁵²⁰ Emerson et Paley, *supra* note 251. Par exemple, dans le cas du travail policier en lien avec les infractions routières, voir Blais et al, *supra* note 1355 à la p 274.

CHAPITRE 5 – COLLABORATION, RECHERCHE D’INFORMATIONS ET DIFFUSION DES ATTENTES

And they’re purposely obstructing our abilities to gain information about them. (Sam (Pbi), au sujet des personnes non citoyennes qui ne collaborent pas avec l’ASFC)

Introduction

L’information, sa recherche, sa circulation, son formatage, sont au cœur des pratiques de mise en œuvre du régime de détention liée à l’immigration par les membres du personnel de l’ASFC. C’est du moins, selon ce que m’ont rapporté les individus rencontrés lors de ma recherche de terrain, l’un des aspects centraux du travail à accomplir lorsqu’on décide de détenir une personne non citoyenne.

Ce premier chapitre d’analyse vise à documenter et décrire les pratiques de l’ASFC relatives à la détention, au-delà de ce qu’en disent les sources juridiques formelles et les documents administratifs. Je réponds donc dans ces pages à la première question de recherche spécifique, à savoir : dans le cadre de la mise en œuvre du régime de détention des personnes non citoyennes au Canada, quels types de pratiques l’exercice des pouvoirs discrétionnaires nécessite-t-il?

En dépit des efforts de transparence entrepris par l’ASFC ces dernières années¹⁵²¹, ces pratiques demeurent largement méconnues, entre autres en raison d’un accès limité aux lieux et aux personnes qui y sont impliquées¹⁵²². En ce sens, la recherche de terrain auprès des agentes et agents de l’ASFC a été fructueuse, de nombreuses données au sujet du travail qu’exige la mise en œuvre du régime de détention ont pu être récoltées. Je les présente selon deux axes et un fil conducteur qui sont autant d’éléments ayant émergé au fil de la recherche de terrain.

Le premier de ces axes concerne la recherche d’informations, qui occupe une place importante dans le travail accompli par l’ASFC à chacune des étapes du processus de détention (et dans la mise en œuvre des mesures de contrôle frontalier en général). À cette fin, les agentes et agents consultent différentes sources, interrogent différentes personnes, communiquent avec leurs partenaires et leurs collègues.

¹⁵²¹ Voir la section 2.3.4, ci-dessus.

¹⁵²² Voir la section 4.1 ci-dessus.

Le deuxième se rapporte à la diffusion des attentes des commissaires de la SI, qui sont les personnes à qui revient la tâche de contrôler les motifs de détention. Afin de faire avaliser leurs décisions, les fonctionnaires de l'ASFC doivent démontrer aux commissaires qu'elles sont justifiées. Pour cela, il leur faut présenter les informations nécessaires de manière à ce qu'elles convainquent les commissaires du bien-fondé des décisions. Autrement dit, on doit répondre aux attentes que nourrissent les commissaires à l'égard de ces décisions. Une partie du travail qu'implique la détention vise justement à diffuser ces attentes parmi les différentes unités de l'ASFC, de façon à ce que les bonnes informations soient récoltées et adéquatement mises en forme.

Les activités qui gravitent autour de ces deux axes consistent entre autres en des stratégies de collaboration, à la fois avec des partenaires externes, mais aussi entre collègues de l'ASFC. Comme l'indiquent Camille Hamidi et Mireille Paquet, la mise en œuvre des politiques migratoires (et des politiques publiques en général) s'effectue « le plus souvent [...] dans des contextes interorganisationnels » où « se conjuguent diverses logiques d'action (internationale, juridique, politique ou sociale), plusieurs niveaux de gouvernements et des acteurs provenant de différents milieux »¹⁵²³. Ce sont ces stratégies de collaboration qui me serviront de fil conducteur pour présenter le travail qu'implique la mise en détention de personnes non citoyennes. Elles illustreront ainsi le rôle que jouent les réseaux d'acteurs et les partenariats dans ce qu'Anna Pratt désigne comme la « production et la régulation des frontières » [ma traduction]¹⁵²⁴.

5.1. Collaboration et recherche d'informations

Deux exemples, reconstitués à partir de cas rapportés par les participantes et participants ainsi que de la documentation gouvernementale, me serviront dans un premier temps à donner un aperçu du travail relatif à la recherche d'informations qui doit être accompli par les membres du personnel de l'ASFC dans un cas de détention (1.1). Je présente ensuite quelques éléments complémentaires d'informations dont les personnes interviewées m'ont fait part au sujet des décisions (identifiées dans le deuxième chapitre) qu'elles doivent prendre dans le contexte de la détention (1.2). Enfin, je décris les sources d'informations qu'elles consultent et des stratégies de collaboration qu'elles mobilisent pour accéder à ces informations (1.3).

¹⁵²³ Hamidi et Paquet, *supra* note 32 à la p 9.

¹⁵²⁴ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 185.

5.1.1. Deux illustrations de la collaboration nécessaire à la recherche d'informations

5.1.1.1. K., une demandeuse d'asile détenue pour motifs d'identité

K. atterrit à l'aéroport Pierre-Elliott-Trudeau, à Montréal, avec ses deux enfants un samedi de septembre, en fin d'après-midi. La famille arrive d'un grand aéroport européen, où elle a transité après un vol en provenance d'un pays d'Afrique de l'Ouest. À la ligne d'inspection primaire, c'est-à-dire au guichet où se fait le contrôle douanier, un signal s'affiche sur l'écran de l'agent au moment où il passe le passeport de K. dans le lecteur. Il semble y avoir un problème avec le passeport, qui ferait partie d'une série de passeports ayant été déclarés comme volés, selon un rapport transmis par l'équipe de renseignement de l'ASFC.

Pour cette raison, K. est dirigée vers l'espace où se fait le contrôle secondaire, où un agent des services frontaliers la rencontre pour une entrevue. Après avoir examiné le passeport ainsi que le billet d'avion et fait des vérifications dans le Système mondial de gestions de cas (SMGC, une base de données partagée par l'ASFC et IRCC), l'agent la questionne sur son identité, ses intentions relatives à son voyage au Canada, sur sa vie dans son pays d'origine (ex. : travail), ses antécédents (santé, criminalité, immigration)¹⁵²⁵, sur l'itinéraire qu'elle a emprunté, sur le passeport utilisé. Comment se l'est-elle procurée? Ses réponses sont perçues par l'agent comme étant hésitantes, évasives. Face à ces questions, néanmoins, K. finit par reconnaître que l'identité sur le passeport n'est pas la sienne. Elle dit s'être procuré le passeport auprès d'un réseau de passeurs, qui a organisé le voyage de son pays d'origine vers le Canada en lui fournissant également un billet d'avion. K. demande alors le statut de réfugié et donne des détails sur sa véritable identité (ex. : nom, date de naissance, pays d'origine), sans toutefois avoir de documents officiels pour appuyer ses dires.

L'agent procède alors à une fouille des bagages de K. et de ceux de ses enfants, à la recherche d'indices qui lui permettrait de corroborer les affirmations de K., sans succès. Aux fins du dossier, il prend une photo de K. ainsi que ses empreintes digitales. Avec les informations fournies par K., il procède également à des vérifications dans la base de données de divers pays qui colligent des informations sur les antécédents criminels, sans résultats. Il demande également à K. si des personnes qui pourraient confirmer les informations sur son identité résident au Canada, ce qui

¹⁵²⁵ Voir IRCC, *ENF 4*, *supra* note 795 à la p 44.

n'est pas le cas. Elle ne connaît personne qui pourrait par exemple l'héberger ou se porter garant (ex. : membre de la famille, organisme communautaire).

L'agent décide alors de détenir K. en raison des doutes sur son identité. Il remplit l'ensemble des formulaires nécessaires, dont celui concernant les besoins médicaux de K. ainsi que le formulaire d'*Évaluation nationale des risques en matière de détention*. Selon le pointage obtenu, K. devrait être détenue au CSI de Laval. On l'informe de la possibilité que ses enfants soient confiés aux services de protection de la jeunesse. Elle choisit cependant qu'ils l'accompagnent au CSI, où ils seront « hébergés ».

L'agent soumet les justifications de ses décisions de détention et de placement à son surintendant, qui lui demande de mieux expliciter ses efforts de recherche d'éventuelles solutions de rechange à la détention (SRD), ce qui est fait : l'agent justifie plus explicitement pour quelles raisons il estime qu'aucune SRD n'est possible. Après cela, les décisions sont approuvées. Le surintendant remplit également le formulaire d'opinion du Ministre voulant que l'identité de K. n'est pas prouvée, mais qu'elle pourrait l'être.

L'agent communique alors avec le CSI pour confirmer sa décision de placement auprès de la gestionnaire du CSI ainsi que pour coordonner le transport de K. vers cet établissement. La gestionnaire du CSI donne son accord. L'agent donne quelques informations à K. sur la suite du processus de détention ainsi que sur les conditions de détention au CSI. Des documents informatifs à ce sujet lui sont remis.

Le lundi en après-midi, K. doit comparaître devant un commissaire de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) pour une audience de contrôle des motifs de sa détention. Entretemps, une agente d'audience prend connaissance du dossier de K. en avant-midi afin de se préparer en vue de l'audience. Certains passages des notes de l'agent sont ambigus, elle tente alors de joindre l'agent qui a procédé à la détention pour obtenir des clarifications. L'agent ne travaille pas cette journée-là, mais le surintendant qui a approuvé la décision est présent et peut répondre aux questions de l'agente d'audience.

Lors de l'audience, la détention de K. est maintenue. Le prochain contrôle est prévu sept jours plus tard.

D'ici là, le dossier de K. est transféré à une agente d'exécution de la loi dont les attributions comprennent entre autres les investigations sur les questions d'identité. Elle entreprend plusieurs

démarches afin de confirmer l'exactitude des informations fournies par K. : vérifications auprès des pays du Groupe des cinq¹⁵²⁶; vérification dans des bases de données canadiennes et étrangères au sujet d'antécédents criminels, etc.

Elle convoque également K. pour une entrevue lors de laquelle elle s'informe entre autres des démarches que pourrait faire K. pour obtenir des documents d'identité auprès des membres de sa famille restés dans son pays d'origine. K. réussit à communiquer avec eux et leur demande d'envoyer les documents qu'ils trouveront. L'agente d'investigation confronte également K. au sujet de certaines incohérences entre son récit les informations qu'elle a trouvées. K. est en mesure de les clarifier.

Pendant que les documents sont en route, le deuxième contrôle des motifs de détention a lieu. La détention est maintenue. À la suite de l'audience, l'agente d'audience communique avec sa collègue qui se charge de l'investigation pour lui rendre compte du dossier. Elle en profite pour lui suggérer également quelques pistes d'enquête et de questionnements.

K. reçoit finalement les documents envoyés par sa famille. L'agente d'investigation décide de les soumettre pour une expertise à l'unité de l'ASFC qui se spécialise dans l'examen des documents. Verdict : les documents semblent authentiques. L'ASFC transmet alors une demande à la CISR pour une audience anticipée puisque l'identité de K. est maintenant établie à la satisfaction de l'ASFC et que les vérifications n'indiquent aucun élément, par exemple des actes criminels, qui justifierait de poursuivre la détention pour d'autres motifs.

K. est libérée et poursuit les démarches relatives à sa demande d'asile.

¹⁵²⁶ *Five eyes* en anglais. « Le Groupe des cinq consiste en une alliance des services de renseignements de l'Australie, du Canada, de la Nouvelle-Zélande, du Royaume-Uni et des États-Unis. Ces pays partenaires échangent un grand éventail de renseignements les uns avec les autres » : voir Sécurité publique Canada, « Réunion ministérielle des cinq pays » (11 octobre 2020), en ligne : <www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scrf/fv-cntry-mnstrl-fr.aspx> [Sécurité publique Canada, « Réunion ministérielle des cinq pays »]. Ces pays échangent notamment des informations en matière d'immigration, dont des informations relatives aux personnes réfugiées et immigrantes, aux historiques criminels et à l'utilisation de fausses identités : Gill Bonnet, « How the Five Eyes countries share immigration data », *Radio New Zealand* (30 décembre 2020), en ligne : <www.rnz.co.nz/news/national/433786/how-the-five-eyes-countries-share-immigration-data>.

5.1.1.2. M., un homme sans statut détenu pour risque de fuite

M. est originaire d'un pays d'Amérique centrale. Arrivé au Canada dans le cadre d'un programme d'immigration temporaire, il décide un jour de quitter son emploi en raison des mauvaises conditions de travail qu'il y subit, mais de rester au Canada. Il se retrouve ainsi en situation irrégulière.

Quelques années plus tard, l'ASFC reçoit une lettre anonyme dans laquelle l'auteur dénonce la présence de M. au Canada. On y donne quelques renseignements, dont l'endroit où travaille M. et une adresse où, possiblement, il résiderait. L'agente d'exécution de la loi à qui est assigné le dossier entreprend alors certaines vérifications d'antécédents criminels à partir des informations contenues dans la lettre, entre autres dans les bases de données gouvernementales canadiennes et américaines. Elle arrive à retracer l'historique migratoire de M. : l'employeur avait dénoncé sa fuite et un mandat d'arrestation avait été lancé. Elle ne trouve toutefois aucun antécédent de nature criminelle. Elle poursuit ses recherches (ex. : organismes provinciaux, médias sociaux) afin notamment de corroborer les informations déjà détenues.

Elle se rend ensuite aux locaux de l'entreprise pour laquelle travaillerait M. ainsi qu'à une adresse indiquée dans la lettre afin de le localiser. C'est à ce dernier endroit qu'elle le trouve. Elle procède alors à son arrestation en vertu du mandat émis quelques années plus tôt et entreprend de l'interroger, en premier lieu au sujet de son identité, mais aussi de son statut actuel et de son historique migratoire. Il répond aux questions de l'agente de façon franche et confirme l'exactitude des renseignements. L'agente décide de le détenir étant donné la longue période pendant laquelle il a vécu au Canada en situation irrégulière. À son avis, aucune SRD n'est à cette étape en mesure de réduire à un niveau acceptable le risque de fuite que présente M. Étant sur la route, elle communique par téléphone avec son superviseur, qui confirme sa décision. Elle remplit le formulaire d'*Évaluation nationale des risques en matière de détention* et celui sur les besoins médicaux. Après consultation avec son superviseur et le gestionnaire du CSI, il est confirmé que M. sera détenu dans cet établissement.

Lors du premier contrôle des motifs de détention, le Commissaire décide de poursuivre la détention. Il souscrit à l'argument de l'ASFC selon lequel le risque de fuite est trop important pour une remise en liberté sous conditions. De plus, le renvoi semble pouvoir être exécuté rapidement.

Pendant sa détention au CSI, toutefois, M. manifeste des symptômes associés à un trouble de santé mentale. Entre autres, il est parfois agressif envers les autres détenus et les gardiens de sécurité. Après l'avoir placé en isolement, le gestionnaire du CSI décide de demander son transfert vers un établissement correctionnel provincial puisqu'il estime que le CSI ne peut lui offrir les soins nécessaires et garantir la sécurité des autres détenus.

De plus, les démarches pour le renvoi font face à quelques obstacles qui retardent son exécution. Malgré de nombreuses demandes, les autorités du pays d'origine de M. tardent à délivrer les documents de voyage nécessaires.

Lors du troisième contrôle des motifs de détention, soit après 40 jours passés en détention, l'avocate de M. soumet au Commissaire une SRD dans le cadre de laquelle un ami de M. propose de verser une caution et de se porter garant. De plus, un plan de suivi médical est prévu au sujet du problème de santé mentale dont souffre M. Juste avant l'audience, l'avocate avait présenté ce plan à l'agent d'audience, qui semblait d'accord. Toutefois, lors de l'interrogatoire de l'ami de M., quelques incohérences surgissent et font hésiter l'agent d'audience qui finalement se prononce contre ce plan. Le Commissaire est néanmoins d'avis que la solution proposée atténue suffisamment le risque de fuite, surtout dans la mesure où les démarches traînent en longueur.

M. est remis en liberté sous conditions. Il est finalement renvoyé dans son pays d'origine quelques mois plus tard.

5.1.2. Des informations nécessaires au contrôle des frontières

Nous avons vu que la détention constitue une mesure accessoire au contrôle des frontières qu'exercent les États en vertu de leur pouvoir d'admettre, exclure ou expulser les personnes non citoyennes et, qu'ainsi, l'(in)admissibilité et la détention sont inextricablement liées. En conséquence, si je m'intéresse d'abord à la détention, celle-ci ne peut être isolée d'autres mesures de contrôle des frontières. J'ai identifié plus haut quatre questions principales que les agentes et agents doivent trancher dans le contexte de la détention, quatre décisions qui nécessitent des informations qui se recoupent parfois¹⁵²⁷. Pour rappel, ces décisions visent à établir l'identité de la personne, déterminer son admissibilité, évaluer le niveau de risques qu'elle présente et, si l'on

¹⁵²⁷ Voir la section 2.4.2.1, ci-dessus.

considère qu'elle doit être détenue, ajuster les modalités de son incarcération. Avant de plonger dans le sujet des modalités de collaboration nécessaires à la recherche des informations qui fondent ces décisions, je présente quelques éléments complémentaires dont m'ont fait part les participantes et participants à propos des décisions elles-mêmes et des informations qui sont recherchées.

La question de l'identité s'avère primordiale pour la mise en œuvre des politiques migratoires¹⁵²⁸. Dans le premier exemple, ce sont les doutes quant à l'identité de K. qui justifient sa détention. Dans le deuxième, il s'agit du premier élément sur lequel l'agente veut statuer lorsqu'elle interroge M. Comme l'affirme Max (Pbi) : « la première chose à établir pendant nos entrevues est qui est la personne » [ma traduction]. L'identité est nécessaire pour déterminer l'admissibilité d'une personne, notamment en raison des vérifications qu'elle permet de faire, par exemple dans diverses bases de données. Cette information permet d'évaluer les risques qu'elle pose et, ultimement, de la renvoyer (Alex, Qbi). Les informations recherchées pour statuer sur l'identité comprennent le nom, la date et le lieu de naissance, la citoyenneté ou le(s) statut(s) dans d'autres pays ainsi que les noms des parents. Ces informations sont souvent corroborées par des documents d'identité. L'ASFC dispose par ailleurs d'un centre d'expertise pour examiner ces documents et statuer sur leur caractère frauduleux ou non (Sacha, Qbi; Sam, Pbi), comme dans l'exemple de K. On cherche également des informations relatives aux itinéraires empruntés et aux documents de voyage utilisés, ce qui permet de confirmer certains renseignements relatifs à l'identité (Claude, Qbi; Alex, Qbi).

Souvent à l'aide de ces mêmes renseignements, on cherche d'autres informations qui permettront de déterminer si la personne est interdite de territoire, donc inadmissible. Dans le cas d'une personne qui arrive au Canada, comme K., l'agent ou l'agente doit d'abord déterminer si elle possède l'autorisation et les documents lui permettant de s'adonner aux activités qu'elle projette faire, comme un permis de travail. Dominique (Qpf), Robin (GTpf) et Billie (GTpf) ont ainsi mentionné le cas de personnes qui viennent à des fins touristiques et à qui l'on pose des questions à propos de leur séjour et de leurs intentions. Ces intentions sont évaluées à partir d'éléments comme les fonds disponibles, l'itinéraire et des activités prévues ou la présence de connaissances que l'on prévoit visiter. On procède parfois à des fouilles (ex. : téléphone cellulaire, bagages) pour obtenir plus de renseignements, comme la présence d'offres de travail, d'itinéraires ou tout autre

¹⁵²⁸ À propos de l'importance que les agentes et agents rencontrés accordent à cette question, voir la section 7.3, ci-dessous.

élément qui permette de procéder à cette évaluation (Claude, Qbi; Billie, GTpf). Ces informations servent entre autres à déterminer si l'on a affaire à ce qui est appelé dans le jargon de l'ASFC un « visiteur [ou voyageur] de mauvaise foi », soit un individu qui « est malintentionné », dont « on n'est pas capable d'identifier le but légitime du séjour », dans les mots de Dominique (Qpf). Il s'agirait par exemple d'une personne qui dit venir au Canada en tant que touriste, mais avec l'intention de chercher du travail.

Pour un individu qui se trouve déjà au Canada, comme M., Max (Pbi) indique rechercher, lors de l'entrevue initiale avec la personne, toute information relative à d'éventuelles interdictions de territoire, informations qui sont donc aussi diversifiées que les motifs d'interdictions de territoire. À ce sujet, plusieurs (Claude, Qbi; Dominique, Qpf; Robin, GTpf; Billie, GTpf; Jackie GTbi; Max, Pbi; Jamie, Ppf; Louison, Qpf; Camille, Qpf) mentionnent faire des vérifications concernant les antécédents criminels, à l'étranger ou au Canada (lorsque la personne non citoyenne y a déjà séjourné), ce qui révèle une préoccupation partagée pour cette question et qui correspond aux procédures prescrites par le manuel d'exécution de la loi.

Sinon on va avoir des gens qui ont de la criminalité à l'extérieur du Canada. On peut avoir des fugitifs qui tentent de profiter de ces entrées illégales là pour entrer au Canada. Évidemment ils proviennent des États-Unis, la difficulté parfois... Si on a criminalité aux États-Unis, ça va être beaucoup plus facile pour nous de le retracer [...], mais si ça provient d'un autre pays, des fois, c'est là que le *challenge* vient pour essayer de démontrer ça. (Claude, Qbi)

Pour ce faire, on effectue des recherches dans des bases de données comme celle du Centre d'information de la police canadienne ou des bases de données gouvernementales d'autres pays :

So obviously we will have to check if this person has any criminal history, why does he want to go right away? Like, someone has been in Canada for so long and suddenly they want to go home. Are you running away from something? So, usually, we'll do those basic checks, and just to be sure that he's clear of any criminal matters. [...] I will run background checks just to make sure that this person isn't wanted by anybody. (Jackie, GTbi)

En cas d'interdiction de territoire, qu'elle soit constatée directement par l'ASFC ou que le dossier soit transmis à la SI, ou lorsque le contrôle ne peut être complété, l'agente ou l'agent qui juge que la détention pourrait être nécessaire doit évaluer le niveau de risque que présente la personne non citoyenne. Les liens entre les motifs d'interdiction de territoire et de détention ressortent ici clairement, dans la mesure où les renseignements utilisés pour statuer sur l'admissibilité servent concurremment à évaluer le niveau de risque que présente la personne non citoyenne pour la

sécurité publique ou nationale (ex. : antécédents criminels) ou pour l'intégrité du système d'immigration (ex. : intentions contraires aux règles d'immigration)¹⁵²⁹. Non seulement doit-on avoir des motifs raisonnables de croire que l'individu est interdit de territoire pour le détenir quelqu'un en vertu des motifs de risque de fuite ou de danger¹⁵³⁰, mais les éléments qui justifient la détention sont souvent ceux qui motivent l'interdiction de territoire. Ce serait le cas d'une personne détenue pour motif de danger pour la sécurité publique en raison d'antécédents criminels récents et violents, antécédents qui motiveraient une interdiction de territoire pour grande criminalité. Le voyageur de mauvaise foi interdit de territoire parce qu'on ne croit pas qu'il partira du Canada à la fin de la période de séjour autorisée¹⁵³¹ sera détenu pour cette même raison : comme le rapporte Robin (GTpf), comment croire qu'un tel individu se présentera pour son renvoi du Canada alors qu'on ne croit pas qu'il partirait de son propre chef à l'expiration de son visa si on le laissait entrer sur le territoire? Enfin, dans le cas des personnes détenues pour motifs d'identité comme K., l'absence de renseignements et l'impossibilité d'évaluer les risques que pose sa présence au Canada font en sorte que l'on décide de détenir la personne jusqu'à ce qu'il soit possible d'obtenir les informations qui permettent de faire cette évaluation.

La quatrième décision concerne les modalités de la détention. D'une part, la personne doit-elle être détenue dans un CSI ou dans un établissement correctionnel? D'autre part, existe-t-il des facteurs qui justifieraient des mesures particulières comme l'isolement cellulaire, une surveillance constante, un traitement médical particulier, un accommodement sur le plan alimentaire? Quant au lieu de détention, comme présenté plus haut, l'ASFC dispose aujourd'hui d'une procédure commune à toutes les régions administratives, soit l'*Évaluation nationale des risques en matière de détention* (ENRD)¹⁵³². Des personnes rencontrées décrivent de la manière suivante ce que comporte cette évaluation :

[I]t's kind of like a threat assessment, to find out... not a threat assessment. It's a risk assessment. We want to have a good understanding of what this person's behavior has been in the past, what it is in front of us and, trying to get whether, if there are potential problems going forward in terms of how they'll behave in detention. (Max, Pbi)

¹⁵²⁹ D'autres informations entrent en ligne de compte et sont présentées en détail dans la section 6.2, ci-dessous.

¹⁵³⁰ *LIPR*, *supra* note 20, art 55.

¹⁵³¹ La personne qui demande le statut de résident temporaire doit « prouver » qu'il « aura quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisé » : *ibid.*, art 20(1)(b).

¹⁵³² Voir section 2.4.2.1.4, ci-dessus.

[O]n fait aussi une évaluation des risques, pour s'assurer que la personne peut aller au centre de détention. Si c'est quelqu'un qui a de la criminalité violente, dans le passé, c'est possible que le [personnel du] centre de [détention] ne pense pas que cette personne-là devrait être détenue là-bas. Peut-être elle va devoir être détenue dans un centre correctionnel provincial, par exemple. Aussi les personnes qui sont vulnérables. Des personnes qui – ça c'est très, très, très important, tout ce qui est personne vulnérable. Si c'est quelqu'un qui comprend pas les procédures, si c'est quelqu'un, une femme enceinte, ou quelqu'un qui pose, que nous on détecte la vulnérabilité, peut-être le centre d'immigration n'est pas une place à les envoyer. (Louison, Qpf)

Lorsqu'il est décidé que la personne sera détenue dans un CSI, les gestionnaires du CSI en question sont consultés pour confirmer cette décision (Candide, Qbi; Leslie, GTbi; Louison, Qpf; Camille, Qpf). On va réviser l'évaluation qui a été faite pour tenir compte, par exemple, des personnes qui y sont déjà détenues (Candide, Qbi). S'il est décidé de détenir la personne dans un établissement correctionnel provincial, les pratiques varient d'une région à l'autre : certains gestionnaires de CSI sont tout de même consultés, d'autres non. L'évaluation médicale oriente aussi parfois le choix de l'établissement de détention (Lou, Ppf), voire la décision de détenir tout court. L'agente ou l'agent qui décide de détenir doit en effet remplir le formulaire intitulé *Besoins médicaux du détenu*, qui dresse un portrait des besoins de la personne non citoyenne en matière de santé physique et mentale. Lors de l'arrivée au CSI, la personne détenue rencontre une infirmière, qui fait une évaluation plus poussée de l'état de santé de la personne, qui peut justifier certains ajustements. Les fonctionnaires travaillant dans des CSI m'ont expliqué que, comme dans le cas de M., on révisé parfois le choix du lieu de détention en fonction des nouvelles informations qui sont obtenues au cours de la détention, qui peuvent par exemple concerner des antécédents criminels ou des facteurs de vulnérabilité. Un exemple mentionné à quelques reprises est celui de la découverte d'antécédents criminels graves justifiant le transfert d'un CSI vers un établissement carcéral provincial. L'ENRD est ainsi considéré comme un formulaire qui évolue.

Différents facteurs, comme le comportement de la personne ou son état de santé, incitent parfois à la prise de mesures particulières. Robin (GTpf), Jackie (GTbi) et Camille (Qpf) ont par exemple mentionné qu'une personne peut parfois être détenue ou menottée dans un point d'entrée en raison d'un comportement agressif. Une personne agressive pourrait par exemple être placée en isolement, comme dans le cas de M., alors qu'une personne que l'on considère comme présentant un danger pour elle-même pourrait faire l'objet d'une surveillance constante. Selon une personne interviewée travaillant dans un CSI, le recours à ces mesures se ferait la plupart du temps en fonction des évaluations faites par le service médical, sauf lorsque l'isolement est jugé nécessaire pour protéger

la sécurité physique des autres personnes détenues ou les gardes en raison d'un comportement agressif. Une personne détenue qui continue de manifester un comportement agressif après une des périodes d'isolement peut éventuellement être transférée dans un établissement carcéral.

Ces quelques remarques des participantes et participants au sujet des décisions qui sont prises dans le contexte de la détention liée à l'immigration laissent non seulement voir la multitude des informations nécessaires et la centralité de ces informations dans le travail relatif au contrôle des frontières et à la détention, mais aussi le fait que les sources d'informations sont nombreuses et que ce travail exige de multiples formes de collaboration, qui sont décrites dans la section suivante.

5.1.3. Des sources d'informations et des modes de collaboration multiples

Comme dans les situations fictives présentées plus haut, les membres du personnel de l'ASFC emploient de nombreuses sources d'informations pour accomplir le travail qu'implique la détention d'une personne non citoyenne : on recoupe les renseignements provenant de diverses sources, on corrobore une information trouvée par le biais d'une source à l'aide d'une autre, on consulte des collègues pour confirmer une évaluation, etc.

L'accès à une grande partie de ces sources repose sur différents modes de collaboration avec des partenaires variés. On constate ainsi le rôle névralgique que jouent les partenariats dans cette quête d'informations. Ils illustrent ainsi le caractère incontournable des réseaux d'acteurs et de partenaires dans la mise en œuvre des mesures de contrôle des frontières, qu'il s'agisse de la manière dont l'ASFC est informée de nouveaux cas ou dont les informations sont récoltées aux différentes étapes du traitement des dossiers.

5.1.3.1. La personne détenue

Peu importe l'étape du processus migratoire (ex. : à l'arrivée, lors de l'investigation concernant l'identité ou des procédures de renvoi), la première source d'informations demeure souvent la personne non citoyenne. Elle constitue, en quelque sorte, le premier partenaire de l'ASFC, dans la mesure où sa collaboration s'avère cruciale¹⁵³³. Dans le premier exemple, K. est interrogée à son

¹⁵³³ La collaboration relève d'une obligation prévue par la LIPR, qui prévoit que « [l]'auteur d'une demande au titre de la présente loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les

arrivée ainsi qu'au cours de sa détention, entre deux audiences de contrôle des motifs de détention. Dans le deuxième, l'agente fait une longue entrevue avec M. lors de son arrestation. Les membres du personnel de l'ASFC mènent ces interrogatoires pour récolter de nouvelles informations ou corroborer celles dont ils disposent déjà.

Pour rappel, le niveau de collaboration de la personne détenue s'avère par ailleurs important sur le plan juridique. Dans les cas de détention pour identité, l'un des critères réglementaires qui doit être considéré par les commissaires concerne précisément « la collaboration de l'intéressé »¹⁵³⁴ à la recherche de renseignements sur son identité et son itinéraire. Les « retards inexplicables ou le manque de diligence [...] de l'intéressé »¹⁵³⁵ font aussi partie des considérations à soulever dans tous les cas. En effet, le niveau de coopération de la personne fait partie des éléments dont tiennent compte les agentes et agents dans l'évaluation des motifs de détention¹⁵³⁶. En outre, Sam (Pbi) estime que, « dans les cas qui traînent en longueur, c'est habituellement parce que la personne ne collabore pas. Et qu'elle entrave par exprès notre capacité à obtenir de l'information à son sujet » [ma traduction].

Lors de l'entrevue initiale, on cherche à établir plusieurs éléments – l'identité, les motifs d'interdiction de territoire, d'éventuels motifs de détention – comme l'illustre le long extrait qui suit. Il montre aussi la diversité des informations qui peuvent être prises en compte pour établir chacun de ces éléments.

Q: Could you now tell me a bit more about the interviews themselves? How does that unfold?

A: Sure. So, we'll use an example of I've gone out and located an individual. So, the first thing that we need to establish in our interviews is who they are. So they confirm the information that I've gone there with, that they're the individual of the tip information I've received. So, we [have them] verbally tell us their identity and, ideally, provide us with travel document or any other form of identification that can verify their identity. Have them confirm that they are not Canadian citizens and that they're not permanent residents in Canada. Those are the first absolute steps we must do. Following that, we're then trying to determine how they came into Canada. Verify that that's the information that we've obtained from CBSA systems, if they've entered legally. If they didn't enter legally, we're trying to find out how they came to be in Canada. And then we're attempting to get evidence of any inadmissibility. So, if they've overstayed their status in Canada, when was the last time they entered, did they make any application to stay longer. If so, what was the outcome of that application? Why

renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visa et documents requis » : LIPR, *supra* note 20, art 16(1)

¹⁵³⁴ RIPR, *supra* note 365, art 247(1)(a).

¹⁵³⁵ *Ibid*, art 248(d). Voir aussi la section 2.3.2.1, ci-dessus.

¹⁵³⁶ À ce sujet, voir la section 6.2.2, ci-dessous.

didn't they leave following the expiry of their status in Canada? Do they have to funds to be supporting themselves here? What are the family or friends do they have in Canada? Cause those people may be of interest to us as well, and/or could act as reception for them to ensure compliance down the road.

Q: Ok.

A: What, if any, criminal history they have? And ask them to provide us the details on that, to try and concur with the information that we've obtained in our prior investigation before interviewing them. Basically, we're trying to give them an opportunity to give us concurrence of the evidence that we already have or any inadmissibility that we've investigated up to the point of that interview. So asking them any questions that will support evidence of an inadmissibility. So that interview can be anywhere from 20 minutes to two hours.

Q: Ok.

A: So it's hard to get in the specifics of it cause it really depends on which inadmissibility we're going after and on several... Or, often times, it's several inadmissibilities that we're getting evidence of in an interview.

Q: Ok.

A: And in that interview, ideally, establishing the likelihood of them appearing for future proceedings with CBSA, for removal, if there's any danger concerns and, again, establishing identity. Which we try do to at the outset. (Max, Pbi)

Dans une situation similaire à celle de K., lorsqu'une personne est détenue pour motif d'identité, l'entrevue réalisée au cours de la détention servira à connaître les efforts qu'elle entreprend pour obtenir des documents d'identité ainsi qu'à l'interroger sur son historique migratoire, de façon à compléter les informations récoltées à l'entrée au Canada, mais aussi à détecter d'éventuelles incohérences dans le récit de la personne (Alex, Qbi).

Parmi les personnes rencontrées, certaines affirment que plusieurs informations peuvent être obtenues lors de ces entrevues, notamment au sujet d'actes criminels passés.

A: A lot of it, literally, comes through interview.

Q: Ok.

A: You interview the individual, you get to certain, like there are always standard questions that the UNHCR, I think it's UNHCR based, but, you know: « Have you ever made a refugee claim before? Have you had any criminal history? »... We do it as a security check list, and usually through there you can, if you have good interview skills, they'll tell you, most people tell you. (Robin, GTpf)

Quelques fois, par contre, il arrive que la personne refuse de répondre aux questions (Billie, GTpf). L'entrevue est alors de courte durée (Max, Pbi).

Par ailleurs, plusieurs ont mentionné l'importance de développer de bonnes compétences pour mener ces entrevues. Ces compétences, qui s'acquièrent par l'expérience de travail au sein de l'ASFC, permettent d'aller chercher l'information désirée et de prendre de bonnes décisions.

Q: Do you think of any qualities or abilities to do your job?

A: [Laughs.] To be good at it?

Q: Yes.

A: Well I think you have to be decent at interviewing, because that's where a lot of the information comes from. (Alex, Qbi)

A lot of what we do is interviewing. The most important part of our job is the interview, is to talk to people. And only by talking to people, talking to enough people do you really develop your skills and your abilities to risk assess, your abilities to make correct decisions. And that takes time. But, I would say, the most important skill that we work on here is being able to talk to people. (Jamie, Ppf)

Q: Ok. And would you think of other skills needed to do this job?

A: Hum? I'm just, yeah. [Laughs.] I find, in this job, it really comes down to experience and your ability to be able to read the evidence that's in front of you and apply that to the individual that you have in front of you, and to read their responses based on the information you already have. It really comes down to, honestly, trusting your gut instinct, and learning to read the answers that individual that you're dealing with is giving to you. Learning to read displays of nervousness and trying to determine... You know, some people are just scared when they're being interviewed by enforcement or police officers, and it's trying to learn the difference between that and that they aren't being forthright, or that they're lying.

Q: Ok.

A: And that just, it all comes down to experience. (Max, Pbi)

Ce dernier extrait nous informe également que l'on déduit certaines informations à partir du langage corporel. Candide (Qbi), Robin (GTpf) et Max (Pbi) indiquent que des renseignements sont tirés du comportement de la personne, par exemple des signes d'agressivité, et que ces informations vont entrer en ligne de compte dans certaines décisions, entre autres au sujet des modalités de la détention¹⁵³⁷.

De plus, certaines caractéristiques physiques, telles que la photographie et les empreintes digitales, vont servir à faire des vérifications dans des bases de données, comme dans l'exemple de K. Dominique (Qpf) illustre de la façon suivante l'utilité de ce type d'informations :

¹⁵³⁷ Pour plus d'informations sur l'impact que peuvent avoir les interactions sur les décisions de détention, voir la section 6.2.2, ci-dessous.

[L]’agent va obtenir un certain nombre d’éléments de risque, admettons là on va faire la dactyloscopie [prise des empreintes digitales], puis admettons on va trouver que : « ah, criminalité [dans un pays donné], possession d’une arme à feu en vue de commettre un crime dans les cinq dernières années, voies de fait », ou quelque chose de même. La personne pourrait être inadmissible pour sa demande de refuge, de la criminalité, des antécédents [dans un pays donné]. On va décider de la détenir parce que, admettons, on a un certain nombre de risques.

De même, d’autres indices que l’on pourrait qualifier de « corporels » jouent un rôle dans le cadre de certaines déterminations faites par le personnel de l’ASFC. Ainsi, Angel (Pbi) et Jamie (Ppf) m’ont indiqué que certains tatouages laissent parfois présager l’appartenance à une organisation criminelle, ce qui peut mener à une interdiction de territoire pour criminalité organisée¹⁵³⁸. Par exemple, à la ligne d’inspection primaire, la présence d’un tatouage particulier pourrait justifier que la personne non citoyenne soit dirigée vers le contrôle secondaire où elle sera questionnée sur une affiliation potentielle à un tel groupe.

Au-delà des entrevues menées par le personnel de l’ASFC, des éléments d’information surgissent aussi lorsque la personne détenue témoigne dans le cadre d’une audience de contrôle des motifs de détention, informations qui doivent ensuite être relayées aux collègues¹⁵³⁹. Une personne interviewée relate ainsi que plusieurs informations surgissent au cours de ces audiences. Elle donne l’exemple d’informations concernant une dépendance qui aurait un impact sur une SRD qui serait mise de l’avant.

Pendant la détention, certains membres du personnel de l’ASFC arriveraient parfois à établir une relation de confiance avec les personnes détenues et ainsi à faciliter l’obtention de certaines informations. Selon une personne interviewée, les fonctionnaires des CSI arrivent plus facilement à établir une telle relation que les autres membres du personnel de l’ASFC. La personne travaillant dans un CSI, dont le rôle est décrit comme consistant à répondre aux besoins des personnes détenues, serait perçue plus positivement que ses collègues puisqu’elle n’est pas directement impliquée dans la gestion du dossier d’immigration (agente ou agent d’audience, d’exécution de la loi). Cela ferait en sorte que le dialogue est plus facile à établir : l’information transmise par le personnel du CSI est alors mieux reçue par les personnes détenues, qui peuvent ensuite se décider

¹⁵³⁸ LIPR, *supra* note 20, art 37(1).

¹⁵³⁹ Sur ce point, voir les sections 5.1.3.2 et 5.2.2.2, ci-dessous.

à coopérer et par exemple fournir des documents d'identité. Une autre affirme que ce type de relations est en effet moins antagoniste qu'avec les autres membres du personnel de l'ASFC¹⁵⁴⁰.

Une fois ces informations obtenues, les agentes et agents vont souvent chercher à les corroborer en contactant leurs collègues, des partenaires ou en consultant d'autres sources (Alex, Qbi).

5.1.3.2. Les collègues de l'ASFC

Comme dans les situations fictives présentées en début de chapitre, la détention d'une personne non citoyenne implique de nombreux agents et agentes. La collaboration entre collègues s'avère essentielle dans la mise en œuvre de cette mesure et repose non seulement sur la collecte, mais aussi l'échange d'informations. Les données récoltées sur le sujet lors de mes entretiens illustrent la diversité de ces échanges sans toutefois permettre une analyse approfondie des enjeux ou défis qu'ils impliquent. Néanmoins, cette diversité rend compte de la multiplicité des acteurs et actrices nécessaires à la mise en œuvre des mesures de contrôle des frontières, ici au sein d'une même organisation.

Le partage de renseignements débute avant même l'arrivée de la personne non citoyenne au Canada¹⁵⁴¹. À ce titre, on m'a rapporté que les équipes de renseignement transmettent parfois des informations au personnel des points d'entrée pour les avertir de l'arrivée de personnes qui font partie de « groupes d'intérêt » pour l'ASFC, par exemple pour des raisons de sécurité (Camille, Qpf). Ces informations proviennent parfois d'autres pays :

On va avoir de l'info, des fois, de notre équipe de renseignements, qui vont nous dire qu'ils ont eu de l'info d'un pays : « Bon, voici telle personne, on pense qu'ils vont quitter vers le Canada, sont un groupe de trente », par exemple. On va comme les attendre, si on veut. (Claude, Qbi)

Ce type d'échanges de renseignements entre unités de l'ASFC (ici des équipes de renseignements aux équipes des points d'entrée) s'inscrit dans les multiples efforts déployés en amont de l'arrivée aux frontières des personnes jugées indésirables¹⁵⁴². Les équipes de renseignements et le personnel des points d'entrée travaillent également en commun pour tenter de colliger des indices au sujet de

¹⁵⁴⁰ Au sujet des relations entre personnes détenues et employées des CSI (gardes de sécurité ou agentes et agents de l'ASFC), mais du point de vue des personnes détenues, voir Bonenfant-Martin, *supra* note 436 aux pp 146 et s; Goettl et Jeanes, *supra* note 366 aux pp 12 et s; Gros et Van Groll, *supra* note 15 à la p 34.

¹⁵⁴¹ Voir par ex Pratt et Thompson, *supra* note 1329 aux pp 631 et s.

¹⁵⁴² Voir, au sujet de ces efforts, la section 2.2.2.1, ci-dessus.

certaines phénomènes ou tendances migratoires, comme la traite de personnes. Claude (Qbi) explique que ces informations servent par la suite à repérer de potentiels cas de traite¹⁵⁴³ :

C'est nos équipes de renseignement qui essaient de travailler là-bas, d'essayer de voir qu'est-ce qui peut se passer. C'est des dossiers qui malheureusement sont éprouvants. Puis on n'a pas vraiment de, tant qu'on n'a pas de déclaration [de la part de la personne], c'est pas évident à aller chercher. Mais on essaye de regrouper. C'est le renseignement qui va regrouper les indices. Ce qu'on peut voir souvent, dans ces cas-là, c'est des historiques qui sont, des historiques migratoires qui sont similaires. Les personnes transitent toujours, par exemple, dans telle ville aux États-Unis, après ça telle ville, telle ville. Oh! On a-tu pas présence d'un... Ça se peut pas, là, vingt personnes qui couchent au même hôtel, qui prennent le même taxi. Donc c'est là-dessus qu'on va essayer de brosser [un portrait] pour essayer de voir, mais, honnêtement, très difficile. Mais on essaye de garder ça à l'œil. [...] Souvent ça va être avec la collaboration des autorités d'autres pays qu'on va être capable d'essayer d'aller chercher de l'information.

Au moment de l'arrivée au Canada, les agentes et agents des points d'entrée qui sont chargés du contrôle secondaire communiquent aussi avec leurs collègues des bureaux intérieurs (ex. : renseignements, investigations, audiences¹⁵⁴⁴) lorsque le dossier de la personne suscite des interrogations. L'extrait suivant illustre quelques-unes des possibilités :

Si c'est sur les heures de travail régulières, je peux parler aux gens qui sont spécialisés en identité. Ou si on a des doutes sur quelque chose, on a une équipe de crimes de guerre, il y a une équipe... on a une personne qui fait les enfants à risque, des choses comme ça. Fait que si on a des questions spécifiques, oui. Les audiences, c'est plus pour après que la personne ait été détenue, mettons pour réviser le dossier, pour s'assurer qu'il se rende à bon port. Mais je sais que des fois les agents, aussi, communiquent directement avec les agents d'audience, s'ils ont des questions pour comment présenter le rapport de manière correcte et tout, ça, ça arrive aussi. (Camille, Qpf)

Au sujet des équipes de renseignements, Camille poursuit :

Mais oui, pour certaines tendances, ou on a des questions spécifiques sur certaines régions du monde, parce qu'on peut pas tout connaître, on peut les appeler, eux autres, pour savoir : « ça se peut-tu? », « qu'est-ce qui se passe dans ce coin-là du monde, est-ce qu'il y a des conflits, oui, non? ». Donc oui, il y a tout le temps quelqu'un qui est sur appel. [...] Donc c'est assez facile de communiquer avec eux.

¹⁵⁴³ Lorsque les agentes et agents de points d'entrée soupçonnent un cas de traite de personnes, elles et ils m'ont indiqué concevoir parfois la détention comme manière de protéger une victime potentielle. Voir la section 7.2, ci-dessous.

¹⁵⁴⁴ Les échanges avec les agentes et agents d'audience sont traités de manière approfondie dans la section 5.2.2, ci-dessous, qui traite du rôle de ces personnes comme relais des attentes des commissaires de la SI auprès de leurs collègues.

Comme vu plus haut, lors de la décision concernant le lieu de détention, les équipes des points d'entrée communiquent aussi avec le personnel des CSI pour confirmer leur choix, notamment lorsqu'on estime qu'il est nécessaire de détenir la personne dans un établissement carcéral.

Une fois qu'il est décidé que la personne non citoyenne sera détenue, les informations récoltées au point d'entrée sont transmises aux équipes des audiences, qui doivent présenter la position de l'ASFC devant les commissaires de la Section de l'immigration (SI). À l'étape du premier contrôle des motifs de détention (dans les 48 heures), une personne rencontrée affirme devoir parfois communiquer avec le point d'entrée pour obtenir des informations additionnelles, lorsque les notes ne sont pas assez détaillées. Elle donne l'exemple d'un dossier où il est simplement indiqué que la personne demande le statut de réfugié, sans mentionner si la personne a immédiatement demandé l'asile ou si elle l'a fait après avoir essayé de se faire admettre comme touriste, ce qui pourrait avoir un impact sur l'appréciation de sa crédibilité.

Deux personnes travaillant aux audiences soulignent le fait qu'il est parfois difficile de joindre le ou la collègue qui a procédé à la détention initiale dans un point d'entrée. En effet, alors que les agentes et agents d'audience travaillent généralement selon un horaire de semaine (du lundi au vendredi, de 8 h à 16 h), l'horaire des agentes et agents des points d'entrée s'étend sur sept jours et une plage horaire plus longue. Si ces échanges peuvent se produire sur une base régulière selon certains (Billie, GTpf), d'autres m'ont plutôt indiqué que cela arrive rarement :

J'ai jamais travaillé aux audiences, mais c'est rare qu'ils aient communiqué avec moi et j'imagine que c'est par un manque de temps, je pense qu'ils ont un volume très élevé de cas à présenter devant les commissaires. Lorsqu'on leur présente les rapports, nos notes, dans les dossiers physiques, on s'assure que nos notes apparaissent vers le haut du dossier, pour qu'ils aient facilement accès, pour ne pas perdre de temps dans le dossier physique. C'est sûr que s'ils veulent communiquer, s'ils ont besoin d'une information précise ils vont appeler le bureau. Mais on essaye de s'assurer que tout soit dans les notes. (Louison, Qpf)

À la suite de cette première audience, le dossier est transféré à un ou une agente d'exécution de la loi, qui prend en charge la poursuite des démarches (ex. : investigation sur l'identité, renvoi). Parfois, les équipes d'audience restent aussi impliquées, lorsque la personne est visée par une enquête pour interdiction de territoire. À cette étape du processus de détention, les échanges entre collègues sont multiples.

Après les contrôles des motifs de détention, si de nouvelles informations ont fait surface, elles sont communiquées aux collègues concernés. Selon une personne interviewée, le suivi n'exige parfois

que quelques courriels, mais peut aussi être exigeant en termes de temps, par exemple lorsqu'une SRD doit être mise sur pied et que l'on doit communiquer avec plusieurs collègues (ex. : agent ou agente de liaison communautaire, agent ou agente d'exécution de la loi).

De plus, des agentes et agents d'audience m'ont dit suggérer à l'occasion des pistes d'investigation à leurs collègues ou par exemple lorsqu'on a des doutes à propos de certains éléments du dossier. Elles et ils demandent aussi des informations ou des preuves documentaires supplémentaires aux agentes et agents d'exécution de la loi, dans le but de soutenir les motifs de détention ou d'interdiction de territoire (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Charlie, GTbi; Angel Pbi; Jamie, Ppf). Les équipes de renseignements sont également sollicitées pour fournir des informations sur des organisations criminelles, par exemple, ainsi que sur des personnes qui voudraient se porter garantes d'une personne détenue (Sacha, Qbi).

Des échanges de renseignements ont également lieu pour faire progresser la gestion du cas, par exemple pour signaler que les recours d'une personne sont épuisés, qu'elle est désormais « prête pour le renvoi » [ma traduction] et donc que les équipes d'exécution de la loi peuvent entamer les démarches pour la renvoyer (Sydney, GTbi).

À l'inverse, on communique aussi avec les équipes d'audience pour signaler certains éléments qui sortent de l'ordinaire :

We're pretty open about... like if we have something weird in the file, I'll call them. Say: « Hey, I'm sending you this, but it's strange, you know, this, whatever ». [...] They're usually pretty good to about calling back if there is something missing in the file or, you know, if they don't understand something, they'll call. (Alex, Qbi)

Quant au personnel des CSI, comme vu plus haut, il sert de courroie de transmission entre les personnes détenues et les agentes et agents d'exécution de la loi ou d'audience. Par exemple, l'information concernant le comportement de la personne dans le centre sera communiquée aux collègues qui se chargent du dossier d'immigration. Dans la région de Toronto, où les salles d'audience de la SI sont adjacentes au CSI, les agentes et agents d'audience parlent avec les gens du centre de détention pour avoir des informations pertinentes en vue de l'audience, mais aussi dans une perspective de sécurité (par exemple concernant le comportement de la personne).

Alex (Qbi) et Sam (Pbi) ont aussi expliqué le rôle du centre d'expertise de l'ASFC qui a pour mandat d'examiner les documents d'identité fournis par les personnes non citoyennes, notamment en les comparant à des documents fournis par les gouvernements d'autres pays.

[C]'est un centre d'expertise sur les documents. [I]l y a beaucoup de documents qu'on peut envoyer là-bas pour être expertisés. Donc, ils ont des documents, des comparatifs avec d'autres, qui ont été donnés par le gouvernement d'un autre pays, fait qu'on peut comparer. Est-ce que, au niveau sécuritaire, est-ce que le sceau est le bon? Est-ce que c'est comme ça qu'il devrait être? Fait qu'on fait beaucoup de comparaisons. Il y a beaucoup de petites lettres qui [sont] changées, qui [sont] modifiées par une autre [lettre]. D'un autre côté, on est aussi conscient qu'en Afrique c'est, comment dire? On paie pis on obtient un document. Fait qu'il faut être conscient de ça aussi. Mais on a besoin, quand même, d'expertiser des documents. Il y a des fois, comme je vous dis, des sceaux qui manquent, il y a des fautes d'orthographe dans l'en-tête du document. Il y a des pages biométriques collées avec la photo. Certains documents frauduleux, passeport, sont mieux faits que d'autres, mais d'autres moins bien, puis on peut le voir. (Alex, Qbi)

La vérification d'informations obtenues auprès des personnes non citoyennes se fait parfois par le biais des agentes et agents de liaison de l'ASFC, qui sont en poste à l'étranger (Claude, Qbi; Alex, Qbi; Jackie, GTbi). Un premier extrait met en lumière le genre de vérifications qu'il est possible de faire de cette façon :

A: Usually, if we need to contact someone internationally, we have our liaison officers. So, they are stationed, and they are responsible, some of them are responsible for a couple of countries. So then we have to send them an email and then they will request that information for us. (Jackie, GTbi)

On obtient aussi de cette façon de nouvelles informations sur les routes empruntées (ex. : dates, pays) ou sur les documents de voyage utilisés (ex. : nom et numéro de passeport) (Alex, Qbi). Un deuxième extrait expose aussi certains défis posés par la recherche d'informations auprès des agentes et agents de liaison.

Some [liaison officers] are wonderful, and they have really good contacts and they can get you anything. And some LOs are a little less embedded, I guess. They maybe don't have the contacts or maybe they're just not interested in having the contacts or... So, some countries we can get releasable information, that can be presented at the detention reviews. Some countries we can get information that's not releasable, so it's obtained through a third party and not an official agreement. (Alex, Qbi)

Enfin, la collaboration se fait également au sein d'une même unité ou d'une même région. Des agentes et agents d'audience disent par exemple s'échanger différentes informations sur des tendances relatives aux mouvements migratoires ou sur la jurisprudence. Certains collègues sont d'ailleurs réputés comme ayant développé une expertise sur une thématique particulière, à qui on peut poser des questions en cas de besoin.

À quelques exceptions près¹⁵⁴⁵, les personnes rencontrées ont décrit dans des termes positifs leurs relations avec leurs collègues de l'ASFC, qu'on travaille dans la même unité ou non (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Robin, GTpf). Une seule personne m'a fait part d'un conflit interpersonnel important (Charlie, GTbi). Sur le plan de l'échange d'informations, des personnes m'ont décrit quelques-unes des difficultés qui parfois se présentent et qui peuvent avoir une incidence sur les décisions prises par les commissaires de la SI, lorsqu'elles engendrent des retards considérés comme un manque de diligence de la part de l'ASFC¹⁵⁴⁶. Sacha (Qbi) mentionne les transferts de dossiers entre agentes ou agents d'une même unité qui font en sorte que certains suivis ne sont pas faits, certaines questions demeurent sans réponse. Elle explique certaines des difficultés de la collaboration entre collègues de différentes unités par le fait qu'elles ne se trouvent pas dans le même édifice :

Ce qui est dommage, puis ce qu'on trouve plus difficile, c'est que les agents sont dans un autre bâtiment. Donc c'est clair qu'au niveau de la communication c'est un peu moins facile. [...] Fait que généralement, je vous dirais quand même, c'est une bonne collaboration, mais des frustrations 'x' 'y' arrivent et probablement qu'ils ont certaines frustrations par rapport à nous. Mais, je vous dirais que probablement ces difficultés viennent du fait qu'on n'est pas dans le même bâtiment.

Alex (Qbi) illustre ces difficultés en décrivant comment des délais administratifs dans le transfert des dossiers entre unités empêchent de poursuivre certaines démarches d'enquête avant le prochain contrôle des motifs de détention. Il y a donc des contraintes liées à la configuration des unités de l'ASFC, qui font en sorte que l'information ne circule pas toujours de façon optimale. Dans certaines circonstances, cela peut avoir un impact sur l'issue des audiences de contrôle des motifs de détention, lorsque les retards engendrés sont attribués à un manque de diligence de l'ASFC.

5.1.3.3. L'avocate ou l'avocat de la personne détenue et son entourage

L'entourage de la personne détenue (ex. : membres de la famille, amies et amis, organismes communautaires, avocates et avocats) constitue un interlocuteur supplémentaire avec qui le personnel de l'ASFC échange des informations, qui serviront surtout à l'ajustement des modalités de l'incarcération. D'autres échanges se rapportent à la gestion du cas de façon générale, comme

¹⁵⁴⁵ Dont l'une est détaillée dans la section 5.2.2.2, ci-dessous.

¹⁵⁴⁶ Dans le cas d'une détention pour motif d'identité, les commissaires doivent entre autres tenir compte les efforts faits par l'ASFC pour prendre leur décision : *LIPR*, *supra* note 20, art 58(1)(d).

le partage des documents qui sont soumis en preuve. Selon Sam (Pbi), ces échanges peuvent être nombreux lorsque la détention se prolonge.

Une personne travaillant dans un CSI m'a indiqué que des membres du personnel d'organismes communautaires ainsi que l'avocate ou l'avocat de la personne détenue signalent des besoins particuliers qui font en sorte que des modalités d'incarcération peuvent être ajustées, voire que le placement soit revu. Des avocates et avocats vont par exemple faire part de nouveaux éléments d'informations au personnel des CSI pour justifier qu'une personne détenue dans un établissement correctionnel soit transférée vers un centre de détention de l'ASFC. À ce titre, il semble que les échanges entre le personnel du CSI de Toronto et les organismes communautaires ou les avocates et avocats paraissent plus limités que dans la région du Québec.

D'autres échanges concernent les SRD. Les avocats et avocates vont communiquer avec l'ASFC pour discuter du plan de remise en liberté proposé (Sacha, Qbi; Angel, Pbi; Sam, Pbi). D'autres personnes de l'entourage sont parfois sollicitées dans la mise sur pied d'une SRD, par exemple si elles désirent agir comme garantes. Lors des audiences de contrôle des motifs de détention, elles sont appelées à témoigner et vont fournir des informations dont se servent les agentes et agents d'audience pour évaluer la faisabilité de la SRD, c'est-à-dire déterminer si le plan soumis sera à même mitiger ou diminuer le niveau de risque que pose la personne. La teneur de ces informations peut être assez importante pour que l'on change de position en cours d'audience¹⁵⁴⁷. Par exemple, alors qu'on pensait recommander une SRD, le témoignage d'une personne tierce ou des informations à son sujet apprises en cours d'audience peuvent faire en sorte qu'on préconise plutôt le maintien en détention, comme dans le cas de M.

Dans le cas particulier où une personne est détenue afin d'établir son identité, les membres de sa famille peuvent également être sollicités pour faire parvenir des documents d'identité ou confirmer certains renseignements donnés par la personne (Robin, GTpf; Lou, Ppf; Jamie, Ppf; Louison, Qpf; Sam, Pbi; Camille Qpf), comme dans l'exemple de K. On communique aussi avec des membres de la famille dans certains cas où l'on soupçonne un risque de fuite, pour justement évaluer le risque que la personne se présente ou non pour son renvoi (Lou, Ppf).

Les personnes rencontrées décrivent leurs relations avec les avocates et avocats de façon généralement positive, bien qu'il semble parfois y avoir des situations plus conflictuelles. Sur le

¹⁵⁴⁷ Voir la section 6.2.2, ci-dessous.

plan de l'échange d'informations, certains seraient réticents à collaborer avec le personnel de l'ASFC, d'autres plus ouverts, de l'avis de Sam (Pbi).

5.1.3.4. Les corps de police¹⁵⁴⁸

« *You know, we're working really well together* ». C'est sur ces mots que Charlie (GTbi) conclut ses propos sur la collaboration entre l'ASFC et les forces policières, des relations fréquemment décrites de manière positive par les participants et participantes à ma recherche.

[F]or the most part, it is very good. We have excellent working relationships with them. It's mostly just educating the general duty members [...] on when to contact us on individuals that they may think they're of interest to us. But, for the most part, we have a very good relationship with our partner agencies and them contacting us when they think they have a subject of interest to us. (Max, Pbi)

Comme l'indique Jackie (GTbi), cette collaboration prend plusieurs formes, comme l'échange d'informations ou l'appui tactique qu'apportent les forces policières lorsque l'ASFC fait un raid pour lequel on évalue que les risques sont élevés :

But we do deal a lot with police agencies. [...] Because we do have a memorandum of understandings between us. Sometimes, if the police needs information, or we need information, regarding a foreign national. Let's say the police knows that we are actively looking for this person, then sometimes we will get tips from them that: « Hey, we also receive a tip that the person you're looking for lives at this address. » [...] I've worked on other cases, let's say when we did a raid, then obviously we'll have to get the police involved to help us secure the street, to, you know, just to have the police in uniform present at this site, or at a certain house. If we're going to a house where there's a high risk, you know, there's known firearms and stuff like that, then, obviously, we'll have the police with us, for back-up.

Jackie (GTbi) souligne que des membres du personnel de l'ASFC et de certains corps policiers travaillent au sein d'unités communes. De l'avis des participantes et participants, les forces policières constituent un partenaire important de l'ASFC – le Service de police de la Ville de

¹⁵⁴⁸ La collaboration entre les agences gouvernementales chargées du contrôle des frontières et les forces policières suscite de nombreux débats (ex. : mouvement des villes sanctuaires). Pour quelques données sur cette forme de collaboration au Canada, voir par ex Isabelle Hachey, « Vivre dans la clandestinité », *La Presse+* (10 juin 2017), en ligne : <plus.lapresse.ca/screens/2cc01e5c-174e-48d2-ab84-ba13fc0c97f9__7C__tu26whel9EE6.html>; Gaétan Pouliot, « Les policiers de Montréal ne pourront plus appeler directement les agents frontaliers », *Radio-Canada.ca* (8 octobre 2020), en ligne : ici.radio-canada.ca/nouvelle/1723427/spvm-policiers-montreal-sans-papier-agents-frontaliers>. Pour une analyse critique des enjeux que soulèvent cette collaboration, voir par ex Maynard, *supra* note 443 aux pp 215 et s. Sur le mouvement des villes sanctuaires au Canada : David Moffette et Jennifer Ridgley, « Sanctuary City Organizing in Canada: From Hospitality to Solidarity » (2018) 1:1 *Migration and Society* 147.

Montréal (SPVM) est d'ailleurs décrit par une personne rencontrée dans la région du Québec comme le principal partenaire de l'ASFC.

En ce qui concerne la recherche d'informations plus spécifiquement, des personnes interviewées dans les trois régions m'ont rapporté que les services de police portent certains cas à leur connaissance, comme dans l'extrait présenté plus haut. D'autres exemples m'ont été mentionnés :

Les cas qu'on va avoir aussi, c'est ceux qui sont... c'est [...] des gens qui ont disparu, qui sont arrêtés par la police lors d'une interception de route et qui sont transférés à l'agence. (Sacha, Qbi)

We get, we deal with all the police calls. So let's say a police officer did a roadside stop, so, just to check their plates, and then they run their name, and then they have a warrant, or the person doesn't have any identification on them or something like that. Then we will get the call and we will go deal with the police. (Jackie, GTbi)

[V]ery often, what happens is [the foreign nationals] have come to police attention, let's say, on a shoplifting charge, they're determined to have overstayed their status in Canada (Max, Pbi).

Certaines personnes m'ont d'ailleurs rapporté qu'une de leur tâche est d'être « de garde » pour les cas qui sont signalés à l'ASFC par différents partenaires, dont les corps policiers qui appellent par exemple pour des personnes qui sont visées par un mandat d'arrestation émis par l'ASFC.

Sur le plan de l'échange d'informations, une deuxième forme de collaboration consiste en l'accès, pour le personnel de l'ASFC, à la base de données de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) qui contient des informations relatives aux infractions criminelles commises au Canada, le *Centre d'information de la police canadienne* (Jackie, GTbi; Max, Pbi; Louison, Qpf).

De plus, les forces policières fournissent des documents qui servent de preuves dans le cadre d'enquêtes portant sur des interdictions de territoire ou de contrôle des motifs de détention (Sacha, Qbi; Charlie, GTbi). Dans le cas d'une SRD, l'ASFC peut solliciter des renseignements sur des personnes qui se proposent comme garantes, pour évaluer leur fiabilité (Charlie, GTbi).

De l'avis de personnes rencontrées, cette collaboration semble mutuellement bénéfique. D'un côté, les preuves fournies par les corps policiers facilitent le mandat de l'ASFC. De l'autre, le renvoi de personnes criminalisées soutient les objectifs de lutte contre le crime. Charlie (GTbi) m'a rapporté un cas où les forces de police ont pu fournir des preuves servant à soutenir les motifs de détention d'une personne reconnue coupable de plusieurs infractions. Par la suite, l'agent de police impliqué s'est réjoui lorsque Charlie lui a confirmé que la personne avait bel et bien été renvoyée.

Sacha (Qbi) a parlé plus longuement des avantages mutuels de cette collaboration :

Mais le plus gros partenaire, veut, veut pas, c'est le [service de police], parce que [...] bon, on obtient des documents, on a des ententes de partage d'informations. On obtient des documents de leur part pour nos enquêtes. Mais je dis ça aussi parce qu'ils ont un certain avantage, dans certains cas, presque, à travailler avec l'agence, parce qu'ils ont des – puis là c'est quelque chose que je me suis fait dire, là, mais – ils ont, veut, veut pas, des personnes qui sont sur la rue qui vont par exemple faire partie d'un gang criminel, mais c'est à répétition. Une fois qu'ils sont remis en liberté par Justice, ils reviennent au même endroit, puis ils recontinuent [...]. Fait que, veut, veut pas, je pense que le [service de police] est content, à un moment donné, quand ils savent qu'il y a un renvoi qui est fait d'un membre d'un gang de rue. Là, ils sont comme : « Ok, on a comme la paix pour un certain temps avec cet individu qui, finalement, se recriminalise constamment ». Fait que c'est ça, je pense que, quand même, il y a un certain avantage, probablement, pour eux. Mais oui, pour nous, c'est un partenaire. On est régulièrement contactés aussi par le [service de police] lorsqu'ils interceptent quelqu'un, qu'ils font une vérification, puis que la personne a pas de statut. Des fois ils font une vérification avec nous parce qu'ils sont pas capables d'identifier l'individu.

Q : Ok.

R : Donc, ils vont demander : « Est-ce que on a quelqu'un dans le système sous ce nom-là? ». Puis souvent c'est comme ça en fait que ça arrive : « Oui, puis il s'est pas présenté, il est mandat pour nous [l'ASFC] ».

5.1.3.5. Autres institutions fédérales ou provinciales

Au-delà des forces policières, le personnel de l'ASFC travaille avec de nombreux autres partenaires gouvernementaux, au niveau fédéral comme provincial. Par exemple, Alex (Qbi) et Max (Pbi) m'ont raconté avoir dû communiquer avec différentes agences afin de vérifier ou récolter des informations : le ministère des Affaires étrangères, Passeport Canada ainsi que des agences provinciales qui délivrent des documents d'identité, comme les permis de conduire.

Cependant, le partenaire le plus important semble être le ministère de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté (IRCC). Différents cas de figure m'ont été présentés : on peut obtenir des formulaires qui ont été soumis dans le cadre de demandes diverses et dans lesquelles des informations concernant des membres de la famille sont inscrites (Alex, Qbi); on communique avec des agentes et agents qui ont préparé des rapports concernant de « faux mariages, des mariages de convenance » (Sacha, Qbi).

À part les demandes d'informations, le personnel d'IRCC signale parfois des cas jugés problématiques afin que l'ASFC fasse de plus amples vérifications (Claude, Qbi). Alex (Qbi) mentionne quelques situations semblables :

[W]e used to get a few referrals from [IRCC] for identity cases, maybe where the person is a refused refugee claimant, can't be removed, because of the country they're from. They don't like their documents, they think there's something [strange] with the file. They would bring it to us to look at. Refugee claims too, once in a while, if there's something that they thought there's a real identity issue and they wanted us to, you know, they thought the person could be arrested, they would refer the file to us.

Enfin, les autorités carcérales constituent un dernier partenaire gouvernemental important. Elles transmettent parfois de nombreux renseignements qui sont utilisés pour justifier le maintien en détention en vertu de la LIPR lorsqu'une personne non citoyenne termine une peine d'emprisonnement. Ces informations concernent par exemple les détails sur les infractions commises (Sacha, Qbi), les gens qui ont visité la personne ou des évaluations au sujet du potentiel de récidive (Charlie, GTbi).

And... anyway, with this guy, I argued for continued detention because I said. He was very convincing, he was very persuasive, that he had rehabilitated, that he was no longer in the criminal life style, but I don't have visitor logs, I don't know who's been visiting him. And I don't have the assessment for decision, that the Corrections Canada report, which is what, the particular piece of evidence that would show, you know, the potential to reoffend, and rehabilitation, that kind of thing.

Dans le cas d'une SRD, on communique également avec les autorités carcérales pour s'assurer que les conditions imposées par la SI correspondent à ce qui a été prévu lorsque la personne a pu sortir de l'établissement correctionnel.

Dans les cas, finalement, où est-ce que les peines sont plus sévères, ils viennent du fédéral, les peines, je pense, de plus de deux ans. Bref, on travaille avec eux, s'il y a, aussi, des conditions à respecter, s'il doit aller voir un agent des libérations à tous les 'x' mois. Des fois il y a déjà une thérapie qui est prévue. On va pas commencer à rajouter des thérapies, je veux dire, il y en a une prévue. C'est quand même leur mandat, on veut s'assurer que le mandat soit rempli. (Sacha, Qbi)

Enfin, les services correctionnels sont impliqués dans la gestion de certaines SRD. Dans le cas des bracelets électroniques, ce sont eux qui surveillent le respect des conditions et qui avertissent l'ASFC lorsqu'une personne ne les respecte pas, par exemple si le bracelet n'émet plus de signal parce que la batterie est épuisée (Sydney, GTbi).

5.1.3.6. *Les autorités d'autres pays*

Les agentes et agents de l'ASFC coopèrent avec les autorités d'autres pays pour obtenir des renseignements au sujet de l'identité d'une personne non citoyenne, de son historique migratoire ou de ses antécédents criminels. Cette coopération se concrétise selon différentes modalités.

La première repose sur des ententes d'échange d'informations, qui donnent accès aux renseignements contenus dans différentes bases de données. Plusieurs personnes rencontrées (Claude, Qbi; Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Jackie, GTbi; Max, Pbi, Louison, Qpf) m'ont rapporté faire des vérifications dans des bases de données états-uniennes. Sacha (Qbi) précise que l'ASFC profite d'une « meilleure collaboration » avec les pays du Commonwealth lorsqu'il est question de l'historique migratoire. À ce chapitre, le Canada fait partie du Groupe des cinq, soit les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada, qui, parmi plusieurs types de renseignements, partagent entre eux des informations concernant l'immigration, dont des informations biométriques et biographiques, comme l'indiquent des documents officiels rendus publics¹⁵⁴⁹.

Les autorités consulaires sont parfois contactées pour corroborer ou infirmer des informations soumises par les personnes non citoyennes (Jackie, GTbi). On contacte également les autorités judiciaires d'autres pays pour obtenir des preuves au sujet d'infractions commises à l'étranger, infractions qui peuvent motiver une interdiction de territoire ou soutenir des motifs de détention (Jamie, Ppf).

Autrement, ce sont parfois les gouvernements étrangers qui communiquent avec les autorités canadiennes pour transmettre certains renseignements. On rapporte occasionnellement que des passeports ont été volés. L'ASFC diffuse alors cette information dans les points d'entrée afin de pouvoir « faire des vérifications » lorsque d'une personne voyageant avec un de ces passeports arrive au Canada (Sacha, Qbi), comme dans l'exemple de K. Les autorités états-uniennes avisent l'ASFC lorsqu'elles soupçonnent qu'une personne fuyant de la justice américaine est présente au Canada (Sacha, Qbi).

¹⁵⁴⁹ Bonnet, *supra* note 1526.

5.1.3.7. Sources supplémentaires d'informations

La totalité de ce travail de recherche ne repose pas que sur les stratégies de collaboration présentées plus haut. Les agentes et agents consultent également une diversité de sources qui ne dépendent pas de partenaires. Au cours des entretiens, plusieurs de ces sources m'ont été mentionnées; je les présente brièvement ici.

Il y a d'abord les bases de données internes à l'ASFC, dont certaines sont partagées avec IRCC (Alex, Qbi; Charlie, GTbi; Jackie, GTbi; Max, Pbi). Dans les points d'entrée, il arrive que ces systèmes informatiques dirigent automatiquement une personne vers le contrôle secondaire, par exemple en raison d'un « historique [néгатif] avec les services d'immigration » qui exige certaines vérifications (Louison, Qpf). D'autres sont aussi dirigées vers le contrôle secondaire par le programme de ciblage de l'ASFC¹⁵⁵⁰.

[U]n exemple très, très, très banal peut être quelqu'un qui, qui vient ici, qui est à [sa] première entrée au Canada, qui n'a pas de billet de retour, qui vient d'un pays dont la citoyenneté est pas son pays de naissance, qui a un parcours étrange pour se rendre au Canada depuis son pays de résidence. Ça peut sonner quelques cloches. (Louison, Qpf)

Ensuite, on consulte parfois quelques sources en accès libre, par exemple des articles de journaux (Dominique, Qpf; Robin, GTpf) ou des bases de données juridiques accessibles au public telles que CanLII (Dominique, Qpf; Robin, GTpf; Angel, Pbi). Des informations sont aussi tirées des médias sociaux (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Max, Pbi). Elles servent entre autres à confirmer ou à infirmer des renseignements déjà récoltés. On consulte aussi des documents disponibles en bibliothèque (Sacha, Qbi).

De plus, les agentes et agents reçoivent de l'information du grand public, par le biais de dénonciations anonymes concernant des personnes présentes au Canada (Sacha, Qbi; Max, Pbi). Une situation concrète qu'Alex (Qbi) a donnée en exemple est celle d'une personne dénoncée parce que l'on soupçonne qu'elle a frauduleusement obtenu son statut de réfugié.

Enfin, on recourt parfois à des expertises, par différents spécialistes, notamment pour établir l'identité. Charlie (GTbi) m'a mentionné différents exemples, dont l'analyse de la voix et des inflexions pour déterminer la nationalité.

¹⁵⁵⁰ Au sujet de ce programme, voir la section 2.2.2.1.2, ci-dessus.

* * *

Les propos des participantes et participants révèlent que la mise en œuvre de la détention implique d'importants efforts de recherche et d'échange d'informations. De ce point de vue, la détention est motivée soit par des informations qui indiquent un niveau de risques assez élevé à l'égard de la sécurité publique ou nationale ou de l'intégrité du système d'immigration pour la justifier – la détention pour danger ou risque de fuite – soit par une absence ou un manque d'informations – la détention pour identité.

So if it's identity, then we, before we decide to detain, we're gonna make every effort that we have, to talk to the person, to look them up in all sorts of system, maybe get family phone numbers and call people around and see if there's anybody that can give us a copy of some sort of identity documents. If they don't have any, we'll also make calls to our US partners and see if they have anybody by that name that might have crossed into the US. So that's for identity concerns. And then, if basically after we exhaust all of that, then we'll decide to hold them for identity. (Lou, Ppf)

Les informations disponibles revêtent ainsi une importance capitale dans la mise en œuvre de la détention; la capacité d'obtenir des informations joue un rôle important et déterminant dans la nature des décisions prises. Tous ces efforts exigent également des fonctionnaires de l'ASFC qu'ils se prononcent sur la fiabilité des renseignements récoltés et qu'ils tranchent d'un côté ou de l'autre lorsque ces renseignements sont contradictoires. Autrement dit, « ce qui à première vue peut apparaître comme une simple décision discrétionnaire [la décision initiale de détention] implique assez souvent une série un peu plus complexe de décisions » [ma traduction]¹⁵⁵¹.

Les résultats présentés plus haut constituent également une illustration de l'importance des partenariats et des réseaux dans la mise en œuvre des contrôles frontaliers. Sur le plan de la recherche de renseignements, le personnel de l'ASFC doit ainsi consulter de multiples sources pour récolter ou corroborer les informations nécessaires à l'atteinte de ses objectifs en matière d'immigration. Les multiples évaluations et décisions qui sont prises s'avèrent sous cet angle fortement tributaires de la collaboration de nombreux partenaires, y compris au sein de l'ASFC.

À cet égard, bien que les participantes et participants indiquent recourir à de nombreuses bases de données, les informations qu'elles contiennent ne semblent pas faire l'objet d'analyses automatisées aux fins de la détention liée à l'immigration. Ce pouvoir discrétionnaire ne subirait donc pas directement les impacts de l'utilisation de ces nouvelles technologies, par opposition à

¹⁵⁵¹ Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 27.

d'autres aspects du travail de l'ASFC où elles ont transformé de façon importante les pouvoirs discrétionnaires des agentes et agents¹⁵⁵². À tout le moins, il n'y a rien à ce sujet dans les données, sauf peut-être la mention qu'il y a parfois des alertes qui dirigent les personnes vers le contrôle secondaire. Ainsi, pour l'ASFC, en matière d'immigration, si les mécanismes de ciblage ou d'automatisation transforment probablement la nature des décisions prises lors de l'inspection primaire, il semble que le travail effectué lors du contrôle secondaire (ex. : décision d'interdiction de territoire ou de détention) demeure largement entre les mains des agentes et agents.

En terminant, bien que, comme nous le verrons, la détention participe avant tout d'un pouvoir souverain qui s'exerce sur le mode binaire de l'exclusion¹⁵⁵³, sa mise en œuvre repose de façon importante sur la capacité à accumuler des informations au sujet des personnes qu'elle vise, à l'instar des dispositifs disciplinaires. En effet, c'est à l'aide de ces renseignements que l'ASFC construit sa connaissance de la personne indésirable, qu'elle module l'application de ses mécanismes de contrôle et qu'elle peut ultimement l'exclure. Cependant, dès le premier contrôle des motifs de détention devant la SI, les décisions concernant le maintien en détention ou une SRD relèvent des commissaires, que l'ASFC doit convaincre du bien-fondé de ses positions. On doit alors combiner les informations récoltées avec les attentes des commissaires, de façon à produire un discours susceptible de les persuader.

5.2. *Collaboration et diffusion des attentes des auditoires*

Dans cette section, je montre qu'en plus des informations que les agentes et agents récoltent au sujet des personnes indésirables, la mise en œuvre de la détention doit, pour se concrétiser, prendre appui sur une autre forme de connaissance, soit ce que Chaïm Perelman nomme les attentes des auditoires¹⁵⁵⁴. Pour rappel, du point de vue de la rhétorique, les auditoires sont les personnes ou groupes de personnes à qui s'adresse un discours, que l'orateur cherche à convaincre du bien-fondé de ses arguments. Les auditoires et leurs attentes ne sont pas donnés naturellement, ils sont construits par l'orateur à partir de sa propre expérience. Le discours est donc construit en fonction de ce que l'orateur connaît de son auditoire et de ses attentes; l'orateur identifie ainsi les personnes

¹⁵⁵² Côté-Boucher, « Paradox of Discretion », *supra* note 223. Voir aussi la section 2.4.2.2, ci-dessus.

¹⁵⁵³ Au sujet des fonctions de la détention dans les termes de la problématique du contrôle des indésirables, notamment en matière d'exclusion, voir la section 7.1, ci-dessous.

¹⁵⁵⁴ Pour un exposé plus complet de ce concept, voir la section 3.2, ci-dessus.

qu'il veut convaincre et en fait son auditoire, duquel il doit tenter de cerner et d'anticiper les attentes. Dans le contexte juridique, certains auditoires sont d'une certaine manière imposés par le cadre juridique et les politiques administratives. Par exemple, on peut supposer – et c'est ce que semblent indiquer les propos des participantes et participants – que l'agente ou l'agent qui prend la décision initiale de détention s'adresse à son ou sa supérieure hiérarchique, qui doit confirmer sa décision¹⁵⁵⁵, ainsi qu'aux commissaires de la SI qui statueront sur le maintien en détention de la personne non citoyenne¹⁵⁵⁶.

Comme présenté en détail dans le chapitre suivant, il se dégage différents auditoires des propos des participantes et participants : les commissaires de la SI, la haute direction de l'ASFC, ainsi que la population canadienne¹⁵⁵⁷. Parmi ceux-ci, les deux premiers se démarquent en raison des impacts de leurs attentes sur les manières dont le personnel de l'ASFC organise ses activités relatives à la détention. Ces auditoires influencent les stratégies de collaboration adoptées aux fins de la mise en œuvre du régime de détention parce que leurs attentes doivent être diffusées pour que, notamment, les décisions de l'ASFC soient maintenues par la SI. Plusieurs moyens sont adoptés pour que les attentes soient ainsi relayées et ils gravitent surtout autour de deux groupes d'employés qui sont considérés par leurs collègues comme détenant l'expertise permettant de connaître et anticiper ces attentes. D'un côté, il s'agit des supérieurs et supérieures hiérarchiques, comme l'illustre l'extrait suivant :

In regards to supervisors, they're fantastic, I believe a lot of them are, they've been doing this a very long time. [...] [I]t's an open door policy with the supers, they let you come in and ask whatever you want and they'll help. The majority of them have been around for 25 years, they've seen the different acts, and how it works. (Robin, GTpf)

Dominique (Qpf) précise que les superviseurs et superviseuses sont justement aptes à réviser les décisions en raison de leur implication dans les dossiers de détention et de leur connaissance des facteurs de risques.

De l'autre côté, ce sont les agentes et agents d'audience qui sont considérés comme les experts, tel que le rapportent certaines personnes rencontrées.

¹⁵⁵⁵ ASFC, ENF 20, *supra* note 779 à la p 44.

¹⁵⁵⁶ LIPR, *supra* note 20, art 57.

¹⁵⁵⁷ Pour une discussion plus détaillée sur ces auditoires et leurs attentes, voir la section 6.3.3, ci-dessous. Voir aussi Jannard, « Contributions et limites de la surdétermination », *supra* note 1502.

C'est important d'avoir une communication parce que c'est quand même eux [les agentes et agents d'audience] qui ont une expérience, qui en ont vu. (Claude, Qbi)

I email them not daily, but weekly, probably, to get their opinions, cause they're the ones that are arguing our cases, I guess, to the Board members. (Robin, GTpf)

Sam (Pbi) m'a aussi indiqué que les agentes et agents d'audience connaissent mieux que leurs collègues ce que les commissaires pensent de certains faits ou de la façon de les présenter et qu'elles et ils sont donc plus en mesure d'identifier les dossiers susceptibles d'être approuvés par la SI.

À partir des propos des participantes et participants à ma recherche, je présente dans un premier temps les stratégies de collaboration qui sont mises en place afin que les supérieures et supérieurs hiérarchiques puissent relayer les attentes de la haute direction de l'ASFC et des commissaires de la SI (2.1). Dans un deuxième temps, je décris les stratégies adoptées pour que les agentes et agents d'audience transmettent les attentes des commissaires de la SI (2.2).

5.2.1. Les supérieures et supérieurs hiérarchiques relaient...

5.2.1.1. ... les attentes de la haute direction de l'ASFC

Les attentes de la haute direction de l'ASFC (l'administration centrale basée à Ottawa) s'expriment notamment par des documents administratifs, comme le manuel d'exécution de la loi ou les bulletins opérationnels. En guise d'illustration, les changements apportés aux politiques administratives dans la foulée de l'adoption du Cadre national en matière de détention liée à l'immigration (CNDI) traduisent entre autres des attentes relatives à un plus grand recours aux SRD¹⁵⁵⁸. Le chapitre du manuel d'exécution de la loi consacré à ce thème indique ainsi que

[I]e programme élargi de SRD [...] vise à accroître le nombre d'options dont l'ASFC et la [CISR] disposent afin de gérer les personnes faisant l'objet d'une détention liée à l'immigration. Le Programme de SRD offre aux agents une gamme élargie d'outils et de programmes qui leur permet d'optimiser la gestion des personnes mises en liberté dans la collectivité.

Le programme élargi de SRD se veut un mécanisme de protection de l'intégrité du système canadien de détention liée à l'immigration qui assure que les personnes sont traitées équitablement et en conformité avec le principe général selon lequel la détention est une mesure de dernier recours.¹⁵⁵⁹

¹⁵⁵⁸ Lorsque questionnées sur les changements apportés à leurs pratiques par le CNDI, les personnes rencontrées ont fréquemment mentionné ce nouvel accent mis sur le recours aux SRD. C'est la raison pour laquelle j'insiste sur cet exemple dans la présente section.

¹⁵⁵⁹ ASFC, *ENF 34*, *supra* note 339 à la p 6.

De plus, les politiques administratives exigent maintenant que la décision initiale de détention soit révisée par un ou une supérieure hiérarchique¹⁵⁶⁰. De façon générale, les participantes et participants décrivent ce processus de révision comme une discussion ou des allers-retours entre l'agente ou l'agent et la personne qui approuve sa décision, comme quelque chose d'assez fluide (Claude, Qbi; Dominique, Qpf; Robin, GTpf; Billie, GTpf; Lou, Ppf; Camille, Qpf). Par exemple, dans certaines unités, le ou la supérieure est déjà au fait de la détention lorsque vient le temps d'approuver le dossier ou non, certains documents ont déjà été lus (Camille, Qpf).

Lou (Ppf) décrit ainsi le fonctionnement de ce processus :

A: Yeah, so at the port of entry, pretty much any time you're looking at detention, [...], you will go to your superintendent and let them know what you have and that you're gonna be detaining somebody. And they will review the case with you and sort of, I guess, provide their approval that it's ok for detention. Like, you will present your detention grounds and let them know what your grounds are for detaining this person, and they will either approve or reject those detention grounds.

Q: Ok. And, for example, if they, they reject the grounds, what do you do?

A: Then you're looking at alternatives to detention. So that's usually when they feel you haven't done enough work to try and overcome the detention. So they will want you to look at a few more things and say: "Well, have you done this, have you done that, or can you do this instead?" And then you'll go out and make an effort. Like, it might have been something that you might have not considered and the superintendent says: "Well, have you done this?" and you're like: "No." So then they'll make you go and make an effort to kind of overcome that.

C'est notamment de cette façon que les attentes de la haute direction en matière de SRD sont relayées, comme dans l'exemple de K., lorsque le surintendant demande à l'agente de mieux expliciter ses efforts de recherche d'une SRD¹⁵⁶¹. Claude (Qbi) décrit les échanges entre « l'agent » et son « superviseur » :

Si l'agent est pas satisfait [de l'identité], il va procéder à l'arrestation. Il doit écrire des notes, quand même assez exhaustives, puis il doit présenter ça à un superviseur pour valider si les motifs sont bons. Le superviseur va vérifier, voir si « Ok, t'as-tu des bons motifs, t'as-tu couvert certains éléments et, point premier, est-ce que t'as considéré les alternatives à la détention ». Par exemple, s'il n'y avait pas d'alternatives à la détention sur les notes d'agent, le superviseur n'autorisera pas, va retourner à l'agent puis dire : « Écoutez, je pense que vous n'avez pas évalué les alternatives ». Quand tout ça a été fait, le superviseur, s'il est d'accord avec la demande d'arrestation, il va la confirmer.

¹⁵⁶⁰ Voir la section 2.3.2.1, ci-dessus. Selon Dominique (Qpf), ces changements ont par ailleurs été assez mal reçus par les agentes et agents des services frontaliers, qui les ont considérés comme une critique de leurs pratiques. Voir à cet égard Lipsky, *supra* note 31 aux pp 19 et s.

¹⁵⁶¹ Un autre moyen consiste par exemple en un audit systématique, ou un « contrôle qualité » de toutes les décisions de détention (Dominique, Qpf).

Lou (Ppf) décrit ce processus de façon similaire.

Par ailleurs, des personnes rencontrées m'ont rapporté consacrer davantage d'efforts à la recherche de SRD depuis l'adoption du CNDI (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Nikita, GTbi; Lou Ppf; Louison Qpf), et, souvent, à devoir justifier les raisons pour lesquelles il s'avère impossible d'y recourir, « quelque chose qui doit être très bien justifié et beaucoup, beaucoup de réflexions y sont consacrées » [ma traduction] (Jamie, Ppf). Du même coup, certaines affirment également que ces nouvelles exigences en matière d'approbation ont eu peu d'impacts sur les pratiques, qui n'en sont désormais que plus « formalisées » [ma traduction] (Max, Pbi) qu'auparavant¹⁵⁶². Selon Lou (Ppf) et Louison (Qpf), la considération plus poussée des SRD aurait mené à une diminution du recours à la détention : « d'après moi, l'emphase sur les alternatives à la détention a probablement fait baisser les détentions » (Louison, Qpf)¹⁵⁶³.

Dans les bureaux intérieurs de l'ASFC, lorsqu'il est question d'une détention pour motif d'identité, il existe un processus similaire d'approbation entre les agentes et agents d'exécution de la loi et une ou un supérieur, qui doit signer le formulaire d'« opinion du Ministre » voulant que l'identité n'est pas établie, mais pourra l'être. Dans l'extrait suivant, Alex (Qbi) décrit l'effet que certaines attentes de la haute direction en matière d'identité ont eu sur sa pratique, notamment dans les interactions avec sa supérieure.

Q: And, does it happens that the assistant director disagrees with your assessment?

A: I haven't personally had that happen. It could. A lot of times she will pose some extra questions about things. I'm trying to think of an example of a time when that's happened. I personally haven't seen it myself. But I would think with newer people, and we do have a few newer people on the team right now, that she would be a lot more strict with them. I think once you've worked decently for some time and your supervisor knows you, they have a little more confidence in your decisions. So I don't think she would think I'd be recommending a detention for a case that, you know, she would have to question or... And I think, personally, I think I'm quite fair about it. And I think, especially in light of all of the pressure from Ottawa and everything, I think, personally I can say I've backed off a little bit on some cases where I may be more on the fence. Where maybe before we would have said: « Ok, yeah, I think, you know, we need another 30 days with this guy. » And I look at it a little bit in the light of the fact that they don't want detention solely for identity. We may be, look at it a little bit...

¹⁵⁶² Cela m'a également été rapporté pour d'autres changements apportés par le CNDI, notamment le nouveau formulaire à remplir au sujet des besoins médicaux de la personne détenue, qui formalise des questions qui étaient déjà posées (Dominique, Qpf; Billie, GTpf). Une autre est d'avis que c'est le traitement du cas en général qui se trouve un peu plus formalisé (Camille, Qpf).

¹⁵⁶³ Le constat d'Alexis Spire sur l'inertie des pratiques des fonctionnaires face aux nouvelles directives administratives pourrait ainsi être nuancé, quoiqu'il s'agisse de contextes nationaux différents : Spire, *Accueillir ou reconduire*, supra note 84 à la p 32.

it's a little more, I don't want to say relax, cause it's not the right word in this context at all. But, I think a see a little more flexibility there, than there would have been before, where you could maybe come to your conclusion a little faster that, maybe, we'll never be satisfied with this guy.

Q: Ok.

A: Or, you know, in that type of situation where I can already see where it's going. And I think by releasing a few cases like that, it also helps your credibility on cases you do want to keep detained, because you are seen as a little more... fair, I guess is, and not just detention, detention, detention, detention, you know.

Dans cet exemple, le processus d'approbation semble effectivement constituer une manière de relayer les attentes de la haute direction. La collaboration entre un employé et son supérieur, collaboration ici imposée par des procédures administratives, sert de véhicule pour s'assurer que les attentes de la haute direction sont prises en compte dans le processus décisionnel. Alex affirme ici dans des termes assez clairs tenir compte des « pressions d'Ottawa » relatives aux détentions pour identité pour maintenir sa « crédibilité » [ma traduction] auprès de sa supérieure.

5.2.2.2. ... les attentes des commissaires de la SI

Les supérieures et supérieurs hiérarchiques agissent également comme courroie de transmission pour les attentes des commissaires, attentes qui s'expriment notamment à travers leurs décisions et leur façon de présider les audiences. Comme vu en introduction de cette section, si ces personnes n'en ont pas une connaissance de première main, elles possèdent assez d'expérience au sein de l'ASFC pour connaître ce qui doit être présenté au tribunal. Les attentes des commissaires sont relayées de façon similaire aux attentes de la haute direction, c'est-à-dire au moment de la révision des décisions initiales.

Q : [D]ans la révision qui se fait des dossiers, est-ce que ça vous arrive d'être en désaccord avec l'appréciation...

R : Oui, ça arrive. Puis en bon français on va dire à l'agent d'aller refaire ses devoirs. Comme je vous ai dit, on a beaucoup, ça fait partie de, j'imagine, la démographie, tout ça, on a une rotation de personnel, on a beaucoup de nouveaux agents, on a une courbe d'apprentissage. La loi, comme je vous dis, elle est très large, dans l'interprétation des risques de détention, je pense, c'est [les articles] 243-244-245 [du règlement], on a des manuels d'exécution qui viennent éclaircir ce que l'intention du législateur était lorsqu'on parle de risque de fuite, lorsqu'on parle de danger, lorsqu'on parle d'identité. Puis souvent, bien, avec des nouveaux agents, c'est de les réorienter pour l'interprétation, justement, de la réglementation du législateur, puis d'aller faire ressortir les éléments qui sont importants.

Q : Ok.

R : Des fois, avec des anciens agents, c'est que, on le sait que, parce qu'on connaît les dossiers, que les facteurs de risques, ils sont présents, mais il me les fait pas ressortir. Donc là c'est de rediriger l'agent, de lui dire : « Bien, c'est ok, je vois que t'as ça, mais moi, là, je veux dire, je suis le commissaire, je suis Monsieur Madame Tout-le-Monde, je regarde ça, c'est pas suffisant pour une détention. Va me chercher les éléments. Vous me dites que la crédibilité est pas établie, démontre-moi-le. Vous me dites que la personne va fuir les procédures puis quitter aux États-Unis, qu'est-ce qui te mène à croire ça? » Donc, c'est compléter, aller chercher les plus de détails, approfondir la teneur des dossiers. Puis des fois, bien, les éléments ne sont juste pas là. Mais, en général, je vous dirais, [i]ls ont besoin de travailler les dossiers pour aller plus en profondeur pour aller faire ressortir les éléments.

[...]

Puis pour répondre à la question initiale, oui, ça arrive qu'on n'est pas d'accord. Est-ce que ça arrive tout le temps? Non. Je vous dirais, la majeure partie du temps, quand on n'est pas d'accord, on demande d'aller chercher plus d'éléments. Puis, une faible portion des dossiers on va dire que les motifs, ils le sont pas, puis tout ça. Puis, l'agent aussi, il gagne en expérience, il comprend ce qu'on recherche, ce qu'on veut intercepter versus ce qu'on peut gérer le risque. (Dominique, Qpf)

L'extrait précédent montre aussi que la connaissance des attentes relatives aux décisions de détention, parmi d'autres éléments, s'acquiert avec l'expérience de travail. Les supérieures et supérieurs soutiennent leurs collègues dans ce processus d'apprentissage d'application et d'interprétation des dispositions législatives, réglementaires et administratives.

A: In regards to supervisors, they're fantastic, I believe a lot of them are, like, they've been doing this a very long time. And so, for them, detention, and this is something we focused on lately, [...] detention grounds aren't just like blanketly approved. They'll come and say: "Listen, this isn't strong, you need to either, like, go back, look at your notes, and if not, maybe this is not the right course of action. They can't fetter our decision for inad... for admissibility, but they can not approve your detention grounds. And for me, if my detention grounds aren't being approved, maybe my report, or maybe my, the reason for refusing them [entry] isn't strong enough. [...] I've been doing this for a while, so I kind of know where to detain. There are newer officers that, you know, they need that, and they get that guidance. [I]t's an open door policy with the supers, they let you come in and ask whatever you want, and they'll help. The majority of them have been around for 25 years, they've seen the different acts, and how it works. (Robin, GTpf)

And if I disagree with their grounds, or I believe their grounds need to be strengthened, I work with them to identify what those issues are. [I]t's something where we work as a team, the whole idea being, is that we want grounds to be strong, one way or the other, and in the same that I say that we have to be able to state the reasons why we've detained or our grounds to detain, equally you have to be able to give grounds why you release. (Billie, GTpf)

Ces extraits montrent également que cet apprentissage ne se limite pas aux seules attentes des commissaires. Elles semblent toutefois y jouer un rôle, aux côtés d'autres éléments. Robin (GTpf) exprime par exemple le souhait que les décisions des commissaires soient mieux disséminées parmi le personnel de l'ASFC :

A: So, say you've written a file and it's overturned, why was it overturned?

Q: Okay.

A: You know what I mean?

Q: Yeah, yeah.

A: Or if there was a detention and the person was released. Why are they being released? What's the focus?

Q: Ok.

A: And that kind of stuff could be definitely shown, could be... not shown, like, given to the officers more readily so that they can understand: "Ok, yeah, you know what, we detained this guy for this, this, this, and this, but the [Board member]..." And the thing is, it's so subjective, you're, it depends, if you read a lot of this stuff, it depends on the Board member, it depends on who's actually looking at it, right? So, when I detain the guy for this, it's been upheld before, but then it goes to this one and it's not upheld, for [...] almost the exact same thing as this case, the grounds, everything was the exact same, but this guy got, this guy was, the detention was continued, this guy was released. Why? Just so we can be better, right? This type of information, if it was presented, more regularly I guess, we could say... But then again, like, I don't know, like. A lot of us, we don't get to see that side of it, so the hearing side. I'm hoping to have those opportunities, but yeah, we haven't seen that side, so we don't know how it plays out.

5.2.2. Les agentes et agents d'audience relaient les attentes des commissaires de la SI¹⁵⁶⁴

Comme j'ai dit, les agents d'audience, eux, ils défendent directement les cas que nous on leur envoie. Donc c'est tout à leur intérêt d'être en communication avec nous, puis nous d'être à l'écoute de eux, pour être sûr que la préparation de dossier est correcte. [Qu'e]lle est conforme à ce qu'ils ont de besoin pour être bien capables de représenter les dossiers devant le commissaire.

[...]

Puis si on se mettrait à détenir de façon abusive, bien nos collègues des agents d'audience, ils nous le communiqueraient. (Dominique, Qpf)

¹⁵⁶⁴ Dans le cadre de conversations informelles avec la haute direction de l'ASFC au sujet de mon projet de recherche, on m'a également dit recourir aux agentes et agents d'audience pour diffuser certaines attentes auprès du personnel de l'ASFC en raison de l'influence que leur confère leur poste et le rôle d'expert qui y est associé. On m'a au départ également suggéré de mener ma recherche auprès de ces personnes puisqu'on considérait que c'étaient elles qui connaissaient le mieux le programme de détention.

Cette citation exprime un sentiment qui semble partagé par les membres du personnel de l'ASFC : en matière d'exécution de la loi (ex. : interdiction de territoire et détention), les agentes et agents d'audience possèdent, en raison de la nature de leur travail, l'expertise nécessaire pour articuler et documenter les positions de l'ASFC de manière à convaincre les commissaires du bien-fondé de ses décisions. Cette expertise repose entre autres sur une connaissance pointue des attentes des commissaires, attentes qui sont diffusées auprès des autres membres du personnel de l'ASFC de différentes manières, comme l'illustre Claude (Qbi) :

Q : Puis est-ce que vous êtes amenés à travailler avec les agents d'audience? Est-ce qu'ils vous reviennent avec des questions?

R : Oui, ça va arriver fréquemment. Ce qu'on va faire souvent, c'est qu'on va se communiquer avant l'audience. C'est des gens qui sont quand même, qui ont une charge de travail assez *heavy metal*, je dirais. Donc on s'assure que les dossiers sont quand même bien montés. Mais oui, on va se donner du feed-back avant, après. Donc c'est sûr et certain qu'on travaille avec eux. On envoie des agents aussi, faire du *shadowing* pour observer, voir comment, comment ça fonctionne. Puis on est en contact quotidiennement avec eux.

Q : Du *shadowing*, c'est-à-dire?

R : Juste voir comment l'agent va préparer son dossier, pour essayer de voir si ce qu'on fait comme travail ici correspond à leurs attentes là-bas, à leurs attentes de travail, juste pour être sûrs qu'on est sur la même longueur d'onde. On va souvent les appeler pour savoir qu'est-ce qu'ils en pensent du cas : « Est-ce que tu penses que j'ai des motifs? ». Ils vont nous le dire : « Non, t'as pas de motifs ». « Oui, on dirait, mais bon ». C'est important d'avoir une communication parce que c'est quand même eux qui ont une expérience, qui en ont vu. Donc, ça va être beaucoup des gens qui vont nous conseiller, dans le but d'une arrestation ou non. Donc, ouais, c'est une partie importante de communiquer avec eux.

Comme dans cet extrait, deux types de stratégies de collaboration se dégagent de ce que m'ont rapporté les participantes et participants à ma recherche. Les premières visent à diffuser les attentes des commissaires de manière générale, sans reposer sur un cas précis (2.2.1). Les deuxièmes, plus nombreuses, sont mobilisées dans le cadre de décisions qui se rapportent à un cas particulier (2.2.2).

5.2.2.1. La diffusion des attentes de façon générale

Une première stratégie consiste en des formations qu'offrent des agentes et agents d'audience à leurs collègues des points d'entrée, formations que Dominique (Qpf) décrit de la manière suivante.

On a des ateliers qu'on donne en partenariat, avec des fois les programmes, avec des agents d'audience, donc on va regrouper une partie de nos agents, dans des locaux, puis il va y avoir des

présentations combinées avec un agent d'expérience ici puis un agent d'audience. Pour pouvoir répondre directement, en plus, aux questions, que ce soit pas des courriels, des agents sur admettons la détention, sur la présentation des rapports, sur quels sont les éléments à présenter avant le 48 heures, comment préparer le rapport, bien sélectionner les bons motifs, les erreurs courantes, tout ça. Donc il y a beaucoup de communication qui est faite pour être sûr que le programme est appliqué [...] correctement. (Dominique, Qpf)

On cherche par exemple à apprendre aux collègues de quelle manière présenter les rapports, les éléments et les types de preuves qui doivent se retrouver dans le dossier, les démarches à entreprendre, ce qui fonctionne, ce qui ne fonctionne pas, les questions à poser, les critiques qui sont faites aux dossiers par les commissaires.

En décrivant ces formations, certaines personnes mentionnent des limites à cette stratégie, entre autres le haut taux de roulement du personnel dans les points d'entrée, qui fait en sorte que ces efforts sont « toujours un peu à recommencer » (Sacha, Qbi), ce qui explique peut-être pourquoi une Nikita (GTbi) dit qu'elles ne sont pas assez fréquentes.

Le jumelage¹⁵⁶⁵ (ou « *shadowing* ») entre une ou un agent d'audience avec une ou un agent d'un point d'entrée ou d'un bureau intérieur constitue une deuxième stratégie mentionnée Claude (Qbi) en début de section. On vise ici à s'assurer que les dossiers soient adéquatement préparés avant d'être transmis.

Une dernière stratégie dont une personne interviewée m'a parlé vise plutôt à la dissémination de l'expertise entre les agentes et agents d'audience, au sein d'une même unité, mais aussi entre différentes régions. Ces échanges portent à la fois sur des tendances, mais aussi sur des points particuliers qui ont pu être soulevés au cours d'une audience. Dans ce cas-ci, le manque de ressources semble mettre un frein à ces initiatives.

5.2.2.2. *La diffusion dans un cas particulier*

En ce qui a trait à la collaboration dans le cadre de cas précis, les stratégies semblent plus variées; les personnes rencontrées m'en ont parlé plus longuement.

¹⁵⁶⁵ Le jumelage qui est défini comme un « [m]ode de formation en cours d'emploi consistant à associer un travailleur débutant à un travailleur expérimenté qui a pour mandat de transmettre au nouvel arrivant ses connaissances et son savoir-faire tout en l'épaulant dans son apprentissage afin que celui-ci développe plus rapidement des compétences similaires aux siennes »: Grand dictionnaire terminologique, *sub verbo* « jumelage », en ligne : <gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=17009096>.

Au moment d'un premier contact avec la personne non citoyenne, les agentes et agents des points d'entrée et des bureaux intérieurs contactent leurs collègues des audiences lorsque la situation présente des circonstances inhabituelles, tant en ce qui a trait aux interdictions de territoire qu'aux motifs de détention. Les raisons sont très variées. On les contacte pour « leur demander conseil sur certains cas » ou pour obtenir des « clarifications sur certains éléments » [ma traduction] (Jackie, GTbi); pour « savoir comment présenter le rapport de manière correcte » (Camille, Qpf); pour « avoir une idée de ce que [les agents] recherchent [...] et ce que recherchera la CISR lorsqu'on finit par se rendre au contrôle des 48 heures » [ma traduction] (Lou, Ppf); pour savoir si l'on devrait détenir « ou plutôt considérer des solutions de rechange à la détention » [ma traduction] (Lou, Ppf); pour savoir, au moment d'écrire un rapport d'interdiction de territoire, « quels types d'éléments sont recherchés et quels types de preuves ils veulent que nous mettions au dossier » [ma traduction] (Lou, Ppf); pour s'assurer « que les dossiers sont quand même bien montés » et savoir « ce qu'ils en pensent du cas » et des motifs (Claude, Qbi); pour être « dirig[és] dans des points [...] qui sont plus nébuleux » (Claude, Qbi); pour « avoir leur opinion » ou « connaître la jurisprudence, les décisions précédentes » [ma traduction] (Robin, GTpf).

Selon ce qu'on m'a rapporté, ces pratiques varient d'une région à l'autre ainsi qu'entre unités à l'intérieur d'une même région. Quelques personnes m'ont décrit des modalités de collaboration très étroite entre les points d'entrée et les agentes et agents d'audience lorsque le cas est considéré comme relevant de la sécurité nationale.

At some point, in those cases, we are constantly liaising with our hearings officers. [...] When we are working on these types of files, it's an ongoing communication. So, we will present the evidence as it comes in, be it, submit the interviews, any documentary evidence we have, any other evidence we've received. And the hearings officers, their assessment is ongoing, based on the evidence we have supplied. [...] The decision ultimately rests with us. If we want to send someone to, if we feel there are grounds to send somebody to an admissibility hearing, the hearings officers advise us on what could strengthened the case, what... If there's a lack of evidence, they will tell us. (Jamie, Ppf)

Les discussions portent sur les motifs d'interdiction de territoire, mais aussi de détention. Certaines personnes rencontrées décrivent l'implication des agentes et agents d'audience comme étant plus grande que dans d'autres cas, comme une conversation entre l'unité d'audiences et le point d'entrée. On conseille par exemple d'amasser plus de preuves ou de poser des questions additionnelles.

En guise d'exemple, Sam (Pbi) indique que les questions posées aux agentes et agents d'audience peuvent se rapporter aux particularités de certaines interdictions de territoire ou aux documents d'identité qui sont présentés. Les agentes et agents d'audience partagent alors l'expérience acquise dans des cas similaires et rappellent les facteurs réglementaires.

À l'exception de cette situation particulière, décrite par Angel (Pbi) comme étant « unique » [ma traduction], certaines personnes rencontrées m'ont dit communiquer avec les agents et agentes d'audience « quotidiennement » (Claude, Qbi), « assez fréquemment » [ma traduction] (Lou, Ppf) ou de façon hebdomadaire (Robin, GTpf), alors que pour d'autres il s'agit plutôt de « l'exception à la règle » [ma traduction] (Max, Pbi). Une personne explique les contacts fréquents entre ses collègues et les agentes et agents d'audience par le fait que les membres du personnel des points d'entrée sont moins expérimentés :

And that, again, has a lot to do with having a lot of young new staff at the port of entries. So it turns around, so you're not gonna have a lot of people that have a lot of experience dealing with detentions. So, usually, right away, if we're kind of going that way, the superintendent will know and then we'll get in touch with somebody inland to get guidance from the start, so we don't do anything wrong. [Laughs ...] For immigration, it's just one of those, really, the often complex part of the CBSA. And there's just so much to it, and there's a lot of discretion, a lot of deep grey areas. So, there's always multiple ways to do one thing. So, generally, if it's something that you're not experienced with, then we will start contacting and liaising with our inland officers pretty early on in the exam, cause they have more experience, dealing with sort of the "in Canada" stuff. (Lou, Ppf)

Dans la même veine, une autre personne dit les contacter sur une base hebdomadaire « pour avoir leur avis, parce que ce sont eux qui défendent nos cas devant les commissaires » [ma traduction] (Robin, GTpf). Claude (Qbi) affirme que ne pas avoir cette relation « pourrait être problématique » puisque ce sont les agentes et agents d'audience qui savent ce qui est nécessaire pour présenter un dossier :

Puis eux vont être à même de savoir quels documents ça prend aussi, puis s'il manque des trucs, ils vont nous appeler, donc, c'est un lien qu'il faut avoir, sinon ça pourrait être problématique.

D'autres personnes expliquent leur peu de communications avec les agentes et agents d'audience en raison d'horaires de travail peu compatibles entre certains points d'entrée et les bureaux intérieurs.

Q : Puis, au moment d'écrire vos motifs, est-ce que des fois vous communiquez avec les agents d'audience, si vous avez des doutes?

R : Non. Ici, le point d'entrée on travaille jusqu'à très, très, très tard le soir, très tard la nuit, alors tous les autres bureaux sont fermés. Alors, non, on communique pas avec les agents d'audience, pour les détentions. (Louison, Qpf)

Q: And sometimes do you consult with hearings officers when you, for example, you have a doubt?

A: Part of the practical application that goes along with that, is hearings are operating between 8 in the morning and four in the afternoon. [...] I was working from 12'o clock, noon, 'til ten o'clock at night.

Q: Ok.

A: Which meant, over half my shift, they weren't there. So, asking them, you'd send them an email, perhaps, and have something the next day or the day after. But given that this is a 24/7 operation, more often than not, they're not available to us.

Q: Ok, yeah, that's interesting.

A: It's yet another one of those factors that exacerbates the situation for us. Because [...] they're not even open, or at least a lot of our resourcing isn't even open to us a third of the time that we operate here. Monday to Friday, 8 to 4. Basic common hours, [...] and we're open seven days a week. (Billie, GTpf)

Certaines personnes rencontrées ont souligné trouver ces conseils très utiles et, dans cette perspective, avoir de bonnes relations de travail avec leurs collègues des audiences.

I have a great working relationship with hearings. Especially with, like, complex files, for, say, like [sections] 34, 35, 37 [of IRPA]. Or, it can be. And even serious criminality, at times, the documents that they need, or what they believe to be, what they think will be successful. [...] So these are things, like questions, like hypothetical questions we'll always pose to hearings, and they're really good, they try to respond, you know, as quickly as they can, they have a huge workload over there too. But they love for us to reach out and help them. (Robin, GTpf)

[T]here can be times when you're dealing with contentious criminal equation file, or an organized crime file, and there are good, some hearings officers that we do have good relationships with and that we can go to for guidance, on how to prepare those files. (Max, Pbi)¹⁵⁶⁶

D'autres stratégies de collaboration prennent aussi forme entre les agentes et agents d'audience et celles et ceux qui sont chargés des mesures d'exécution de la loi. Il s'agit surtout pour les agentes et agents d'audience d'évaluer le dossier au fur et à mesure qu'avance l'enquête relative à une interdiction de territoire, de façon à s'assurer de disposer des « informations » (Sam, Pbi) ou des « preuves » (Charlie, GTbi) nécessaires pour présenter le cas devant la SI. Cette forme de

¹⁵⁶⁶ Cette même personne affirme par ailleurs avoir des relations de travail difficiles avec certains agents et agentes d'audience en raison des attentes élevées des commissaires dans la région Pacifique. Pour plus d'informations sur ce point, voir la section 6.3.3.1, ci-dessous.

collaboration est par ailleurs perçue comme étant une « bonne utilisation des ressources » [ma traduction] (Nikita, GTbi), bien qu'elle puisse être exigeante en termes de temps.

Si ce travail commun sur les dossiers porte surtout sur les interdictions de territoire, on discute également de questions entourant la détention, cependant dans des « circonstances plus rares » (Nikita, GTbi). Cela permet notamment de préparer les dossiers à l'avance (Sam, Pbi) ou de simplement déterminer s'il existe des motifs suffisants pour justifier la détention (Nikita, GTbi).

Lorsque les agentes et agents d'audience et leurs collègues travaillent au même endroit, cela paraît faciliter la collaboration sur ce type de dossiers. Dans une région en particulier, où les bureaux de l'ASFC se trouvent dans différents édifices, cet « éloignement » entre collègues semble être la source de quelques frustrations, dans ce qui est cependant qualifié de « bonne collaboration » par des personnes rencontrées dans cette région.

Collaboration avec les agents d'investigation, je vous dirais que c'est bon. Ce qui est dommage, puis ce qu'on trouve plus difficile, c'est que les agents sont dans un autre bâtiment. Donc c'est clair qu'au niveau de la communication c'est un peu moins... facile. [...] Fait que généralement, je vous dirais quand même, c'est une bonne collaboration, mais des frustrations 'x' 'y' arrivent et probablement qu'ils ont certaines frustrations par rapport à nous. Mais, je vous dirais que, que probablement ces difficultés viennent du fait qu'on n'est pas dans le même bâtiment. (Sacha, Qbi)

Basically, hearing officers, my relation with them is great. Our team deals with them a lot, because we do detentions, obviously. I don't have any concerns. (Alex, Qbi)

Pour « pallier à cet éloignement », Sacha (Qbi) indique qu'on a adopté la stratégie de séances hebdomadaires de travail en commun sur les dossiers entre les unités d'audience et d'investigation, de manière à ce que chaque personne apporte son expertise particulière pour répondre aux questions de l'autre ou pour faire progresser le dossier (Sacha, Qbi).

Dans une autre région, toutefois, une personne m'a fait part de relations de travail difficiles avec certains collègues. Les désaccords entourant la voie à suivre dans un cas particulier auraient mené à un conflit assez important entre deux personnes pour qu'elles ne s'adressent plus la parole (Charlie, GTbi). Des divergences d'approches créent certaines frictions :

So there is that friction sometimes, and I haven't spoken to that officer since nor he me. [...] We do try to collaborate, we don't always come to an agreement. And we don't always agree on the approaches, and this is, this is a frequent refrain I hear from my colleagues is that: they don't understand the pressures and the new environment we're under. (Charlie, GTbi)

Enfin, une troisième forme de collaboration au sujet de cas particuliers se concrétise sous la forme de rétroaction donnée par les agentes et agents d'audience à leurs collègues des points d'entrée, mais aussi des bureaux intérieurs. Cela se fait parfois si les agentes et agents d'audience estiment que les motifs de détention sont insuffisants¹⁵⁶⁷. Une personne interviewée dit alors communiquer avec le fonctionnaire qui a procédé à l'arrestation afin d'expliquer les raisons pour lesquelles (ex. : motifs insuffisants, preuves manquantes, proposition de SRD mise de l'avant) elle décide plutôt de remettre la personne non citoyenne en liberté avec le premier contrôle des motifs de détention. La rétroaction négative peut parfois être mal reçue, certains collègues étant plus réceptifs que d'autres à la critique¹⁵⁶⁸. Pour certaines, la charge de travail fait en sorte qu'il n'est pas toujours possible d'offrir cette rétroaction et qu'on ne la fait pas aussi fréquemment qu'elle devrait l'être.

Plusieurs (Sacha, Qbi; Sydney, GTbi; Nikita, GTbi; Angel, Pbi; Jamie, Ppf) m'ont dit qu'à la suite de l'audience, la rétroaction concerne parfois des commentaires ou questions formulées par le ou la commissaire, portant par exemple porter sur l'exhaustivité des entrevues. Des attentes parfois très « concrètes » des commissaires sont alors relayées :

I might also get emails from hearings officers, that have just come back from a hearing, and it will be something along the lines: « We had this person's detention review today, and the end of the detention review, the Board member asked that I refer this case [...] for ATD assessment, [...] So then we take those directions, and then we'll kind of reach out and do the ATD assessment, or the ATD referral at that time. (Sydney, GTbi)

La rétroaction à la suite des audiences illustre ainsi très clairement le rôle de relais que jouent les agentes et agents d'audience quant aux attentes des commissaires.

* * *

Cette préoccupation au sujet des attentes des commissaires, partagée par plusieurs des participantes et participants, apparaît néanmoins paradoxale à certains égards. En effet, parmi les critiques formulées à l'endroit de la mise en œuvre du régime, certaines sources documentaires mettent en lumière le fait que, en matière de contrôle des motifs de détention, les commissaires de la SI se reposent trop largement sur les positions de l'ASFC¹⁵⁶⁹. Il s'agit notamment d'un des points

¹⁵⁶⁷ De même que dans le cas de rapports d'interdiction de territoire que l'on juge mal fondé (Sacha, Qbi).

¹⁵⁶⁸ Dans la région du Pacifique, les attentes des commissaires de la SI semblent, de l'avis quasi unanime des personnes interrogées, être plus élevées qu'ailleurs au Canada. Selon une Sam (Pbi), cette situation engendre des relations parfois difficiles entre collègues.

¹⁵⁶⁹ Voir la section 2.3.3.10, ci-dessus.

soulignés dans l'évaluation externe commandée par la CISR sur la conduite des audiences dans le cas des détentions à long terme¹⁵⁷⁰, critique d'ailleurs relevée par la Cour suprême dans l'affaire *Chhina* :

en principe, la Section de l'immigration devrait être impartiale et indépendante de l'Agence des services frontaliers du Canada; en pratique, dans bien des cas, la Section de l'immigration s'appuie excessivement sur les observations de l'Agence canadienne des services frontaliers.¹⁵⁷¹

Ces conclusions recourent en partie les propos de certaines personnes rencontrées. L'une d'elles affirme que, jusqu'à somme toute assez récemment, les propos et les représentations de l'agence n'étaient que peu remis en question par les commissaires. L'ASFC était presque assurée que ses recommandations de détention allaient être approuvées sans discussion, et qu'en ce sens les contrôles des motifs de détention étaient surtout du *rubber-stamping* des positions de l'ASFC.

Sacha (Qbi) explique que l'issue de ces contrôles semble acquise pour l'ASFC, surtout dans les cas de détention pour identité :

Mais c'est sûr qu'on s'attend pas mal à une détention. C'est pas ça le gros défi, des fois. Parce qu'on voit qu'il y a eu tellement d'efforts. La personne, la collaboration est pas claire, fait que c'est clair, on peut déjà s'attendre à ce qu'il y ait une détention. Puis, je pense que des fois, ce qui est ressorti dans les médias, ce que j'ai pu lire, ils considèrent que c'est comme un *rubber-stamping*, là, quasiment que c'est évident. Mais, le fait est que dans certains cas d'identité, le fait est que oui, ça pourrait paraître ainsi, parce que veut, veut pas, bien, l'identité, c'est [...] la pierre angulaire de l'immigration.

Deux nuances offrent peut-être des pistes d'explication pour comprendre ce paradoxe. D'une part, les critiques à l'effet que les positions de l'ASFC ne sont pas remises en question concernent au premier chef les détentions à long terme, qui s'allongent pendant plusieurs mois. Ce manque d'indépendance des commissaires à l'égard de l'ASFC se manifeste peut-être moins dans le cas de détentions de plus courte durée. D'autre part, les participantes et participants discutent des attentes du tribunal à la fois en matière d'interdiction de territoire et de détention. Celles qui se rapportent aux interdictions de territoire revêtent peut-être une plus grande importance que celles relatives à la détention.

Ces conclusions au sujet des attentes des commissaires doivent aussi se lire dans un contexte où au moins la moitié des détentions ne font jamais l'objet d'un contrôle par la CISR parce qu'elles ne

¹⁵⁷⁰ CISR, *Rapport de vérification – Contrôles*, supra note 1095.

¹⁵⁷¹ *Chhina* CSC, supra note 381 au para 63.

durent qu'une ou deux journées¹⁵⁷². Un exemple souvent mentionné est celui des personnes qui se présentent au Canada, demandent un visa de visiteur (tourisme) qui leur est refusé, qui repartent donc le lendemain sur un vol de la même compagnie aérienne et qui sont détenues entretemps (Dominique, Qpf; Robin, GTpf; Billie, GTpf). Est-ce que les efforts de justification de motifs de détention dont on sait au départ qu'ils ne seront jamais contrôlés par la SI pourraient être moindres? Toutefois, l'analyse des entretiens n'a pas révélé d'indices qui soutiendraient cette hypothèse. Au contraire, la détention, même lorsqu'elle est de courte durée, semble considérée avec gravité par un certain nombre de participantes et participants.

En terminant, à la lecture des propos des participantes et participants, on constate une sensibilité certaine à l'égard de la question de l'entrave au pouvoir discrétionnaire¹⁵⁷³, et ce, en dépit de l'expertise reconnue des agentes et agents d'audience et du fait qu'on les consulte parfois régulièrement. On dit leur demander conseil, mais ne faire que ça. On insiste pour dire que la décision de détenir une personne non citoyenne (ou d'envoyer son dossier pour enquête) relève toujours uniquement de l'agente ou l'agent qui prend la décision.

I would say, if anything, it's an exception to the rule. That we would be seeking counsel on [detention]. Cause it's almost borderline on fettering decisions, and we really try to avoid that. (Max, Pbi)

The decision ultimately rests with us. If we want to send someone to, if we feel there are grounds to send somebody to an admissibility hearing, the hearings officers advise us on what could strengthened the case. (Jamie, Ppf)

Any of the final decision-making has little of nothing to do with the hearings officer as it pertains to, you know, whether that person remains detained, or whether that person is referred to an admissibility hearing or anything to that effect. That decision is ultimately made by the airport or by the ports of entry. (Angel, Pbi)

Sous cet angle, les personnes rencontrées semblent afficher un réel souci pour les règles qui encadrent l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires, dont le principe selon lequel l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne doit pas être entravé. Cela rejoint les constats d'Andrée Lajoie au sujet de l'importance des règles dans l'application et l'interprétation du droit¹⁵⁷⁴. Nous verrons plus loin

¹⁵⁷² Voir l'introduction du deuxième chapitre, ci-dessus.

¹⁵⁷³ Qui constitue l'un des types d'abus de pouvoir discrétionnaire susceptible de rendre une décision invalide, s'il devait y avoir contrôle judiciaire de cette décision. Voir la section 2.3.2.5, ci-dessus.

¹⁵⁷⁴ Qui pour ces raisons rejette les approches réalistes et critiques du droit. Elle souligne que ces approches posent certains problèmes théoriques quant aux facteurs qui influencent la prise de décision des juges, notamment « l'insistance sur les facteurs psychologiques au détriment du contexte sociopolitique, la sous-estimation de l'effet des

que même si les règles du droit de l'immigration sont considérées par les participantes et participants comme indéterminées, elles jouent un rôle certain dans les orientations de la mise en œuvre du régime de détention¹⁵⁷⁵.

Cependant, bien que les personnes rencontrées affichent un réel souci d'indépendance décisionnelle, il n'en reste pas moins que leurs décisions sont tributaires de la contribution de collègues et de partenaires. Ce type d'échanges permet notamment de réduire l'indétermination des règles, de fond comme de procédure (ex. : appréciation des preuves, préparation du dossier), et en cela permet de « démêler un cas difficile ou de préciser un point de droit complexe »¹⁵⁷⁶. Ainsi, alors que la délégation de pouvoir discrétionnaire vise à remettre entre les mains d'un décideur particulier le soin de trancher un cas, celui-ci se repose souvent, de façon paradoxale, sur ses collègues (ainsi que sur l'apport d'informations et d'évaluations par des partenaires extérieurs à l'ASFC) pour pouvoir exercer ce pouvoir avec justesse. Apparaît ici clairement le fait que l'espace discrétionnaire que la loi aménage pour le décideur se meuble – entre autres – des contributions et des influences de plusieurs acteurs et actrices plutôt que d'être rempli en toute autonomie par le décideur.

Conclusion

Cette description des pratiques administratives que les membres du personnel de l'ASFC adoptent aux fins de l'application du régime de détention des personnes non citoyennes illustre l'importance cruciale et la centralité de l'information pour l'exercice du pouvoir de détention. La nature des renseignements disponibles influence de façon déterminante les décisions qui sont prises, entre autres en matière de détention pour identité. En cela, l'information est essentielle pour apprécier l'indésirabilité d'une personne et la réponse qui doit lui être donnée. Anna Pratt souligne à cet effet que les agentes et agents qui travaillent aux frontières mobilisent toute une diversité de savoirs aux fins de leur mandat de contrôle des frontières¹⁵⁷⁷. Les pages qui précèdent ont en quelque sorte levé

normes, ou encore l'affirmation de l'indétermination radicale du produit judiciaire malgré des liens pourtant visibles avec le contexte politique » : Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 35 à la p 133.

¹⁵⁷⁵ Bien entendu, je n'ai eu accès qu'au discours des participantes et participants sur leurs pratiques et non aux pratiques elles-mêmes. Voir la conclusion du chapitre 4, ci-dessus, au sujet de ces limites.

¹⁵⁷⁶ Dubois, *Contrôler*, *supra* note 87 à la p 326.

¹⁵⁷⁷ Pratt, « Making suspicion reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 à la p 462.

le voile sur deux catégories de savoirs qui doivent s'arrimer pour que le pouvoir de détention puisse effectivement s'exercer (du moins au-delà du premier contrôle des motifs de détention par la SI).

D'un côté, on retrouve les informations qui concernent la personne non citoyenne. En cela, on ne saurait sous-estimer l'importance primordiale des réseaux de partenaires dans la mise en œuvre des mesures de contrôle frontalier. Ces partenaires sont nombreux et variés, du citoyen lambda qui dénonce un voisin sans statut aux autorités d'autres pays, en passant par les différents corps policiers canadiens. Cette collaboration des partenaires se concrétise notamment par des stratégies de partage d'informations concernant, parmi d'autres éléments, l'identité, le parcours migratoire ou les antécédents criminels des personnes non citoyennes.

De l'autre côté, il s'agit des attentes des auditoires, notamment celles des commissaires de la SI, en raison du contrôle du tribunal sur les décisions de l'ASFC. L'application efficace des mesures d'exécution de la loi comme le renvoi ou la détention – qui dépend dans plusieurs cas d'une approbation par les commissaires de la SI – exige que les agentes et agents impliqués dans leur mise en œuvre soient au fait des attentes du tribunal à l'égard de leurs décisions. Pour cela, les agentes et agents d'audience (de même que les supérieures et supérieurs hiérarchiques) partagent avec leurs collègues leur expérience et leur expertise de la pratique des commissaires, de différentes façons. Ainsi, au sein même de l'agence chargée du contrôle des frontières, la collaboration s'avère capitale. On constate par ailleurs que la diffusion des attentes du tribunal oriente la recherche d'informations, notamment lorsque les agentes et agents d'audience proposent des pistes d'investigation à leurs collègues, leur transmettent les suggestions des Commissaires ou leur demandent de rechercher un élément de preuve qui permettra de soutenir les positions de l'ASFC.

La circulation de ces deux types de savoirs occupe une part importante du travail des fonctionnaires de l'ASFC en matière de détention. Ces deux savoirs doivent se combiner pour produire un discours susceptible de fonder et légitimer l'exercice de ce pouvoir : les connaissances au sujet de la personne détenue servent d'éléments de base pour la construction de ce discours, qui est formaté en tenant compte des attentes des auditoires. De plus, au-delà de la détention initiale, l'information ne cesse de s'accumuler et doit faire l'objet d'une constante réévaluation, parfois en direct.

A: I mean, it's an ongoing assessment process. [Clicking fingers] Like you are constantly... one of our new colleagues, anecdotal again, one of our new colleagues, he comes up to me the other day and he says, I said: "How are you liking it? – Oh I really like it, but I am so mentally exhausted when I get home, because it's so different that being an officer." I go: "Because you are, you're turned on,

your brain is literally turned on from the moment you arrive until the moment you leave, because you're constantly in...". The best way to describe our position is you are constantly evaluating and reevaluating the information, as it's coming in in real time. Trying to, in your head, reconcile: "Ok, I've just received this information, I already know this, is this enough to overcome this?". And that is a constant, it is [laughs] mentally exhausting...

Q: Yes.

A: ... but it is a, you're constantly receiving and reevaluating information, and then coming up with whatever your position is going to be, and it happens like [clicking fingers] that. [...] Because that constant, like, at the risk of sounding really plain language, the hamster wheel is like just going crazy [laughs].

Q: [Laughs.]

A: Cause there is so much coming at you and you have to figure out in your own mind how you're going to address all of that. (Nikita, GTbi)

Dans une perspective foucauldienne, on peut ainsi constater que l'extraction et l'accumulation de l'information est non seulement nécessaires à l'exercice d'un dispositif disciplinaire, mais aussi aux fins d'un dispositif de mise en œuvre du pouvoir souverain d'exclusion (qui est loin d'être exercé par le seul souverain ou par son délégué, par ailleurs, comme en témoigne l'implication de nombreux partenaires).

En conclusion, ces résultats révèlent que le contexte institutionnel dans lequel se trouve l'agente ou l'agent de l'ASFC exerce une influence évidente sur ses décisions en matière de détention, d'au moins trois façons. D'abord, la décision repose en grande partie sur des informations qui proviennent de collègues ou d'organisations avec qui l'ASFC a conclu des ententes de partage de renseignements, comme certains corps policiers. Ensuite, l'organisation du travail impose des contraintes qui limitent les possibilités de collaboration ou la fluidité des échanges d'information, par exemple de banales différences d'horaire de travail ou le fait de travailler dans des endroits distincts¹⁵⁷⁸. Enfin, une décision repose en partie sur la participation d'une multitude d'acteurs et d'actrices aux processus de mise en œuvre des mesures de contrôle frontalier. Ces acteurs et actrices contribuent de plusieurs façons aux multiples décisions qu'implique le fait de décider si l'on doit détenir, ou non, une personne non citoyenne. De même, les décisions en matière de détention ont également un impact sur d'autres aspects des contrôles frontaliers, comme dans le cas où le doute quant à la crédibilité d'une personne détenue pour identité justifie une intervention

¹⁵⁷⁸ Anna Pratt et Sara Thompson soulignent notamment que les informations disponibles varient selon les points d'entrée où l'on se trouve : Pratt et Thompson, *supra* note 1329 à la p 624.

de l'ASFC devant la Section de la protection des réfugiés au moment de l'examen de la demande d'asile (Alex, Qbi), intervention qui vise justement à mettre en doute la crédibilité de la personne et de ses allégations¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁹ Tyler Goettl et Jeanny Jeanes rapportent d'ailleurs plusieurs cas où des demandeuses et demandeurs l'asile détenus pour identité ont vu l'ASFC intervenir dans le processus de détermination du statut de réfugié : Goettl et Jeanes, *supra* note 366.

CHAPITRE 6 – LES FACTEURS QUI ORIENTENT ET CONTRAIGNENT L’EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE DÉTENTION

Introduction

Dans le chapitre précédent, nous avons vu que la décision de détention peut se concevoir comme s’inscrivant dans une série de décisions et d’évaluations – sur l’identité, l’(in)admissibilité, l’évaluation des risques, les modalités de la détention – auxquelles contribuent de nombreux acteurs et actrices, à la fois par la recherche et le partage d’informations ainsi que par la diffusion des attentes des commissaires, entre autres auditoires. L’information (ou son absence dans les cas de détention pour motif d’identité) joue un rôle clé dans la détermination de l’indésirabilité d’une personne non citoyenne et du choix du mécanisme de contrôle le plus approprié pour l’atténuer.

Dans ce chapitre et le suivant, je me concentre principalement sur les décisions qu’implique l’exercice du pouvoir de détention qui est délégué au personnel de l’ASFC. Mon objectif consiste à cartographier les facteurs qui interviennent aux étapes de la décision initiale de détention (qui comprend le choix de l’établissement de détention) ainsi que de la décision d’un ou une agente d’audience de recommander le maintien en détention, une solution de rechange à la détention ou la remise en liberté. Je cherche également à comprendre de quelle(s) manière(s) ces facteurs surdéterminent ces décisions. Selon la classification retenue dans le cadre théorique présenté au chapitre trois, je m’intéresse dans les pages qui suivent aux deux premiers niveaux de facteurs susceptibles de surdéterminer ces décisions, soit les éléments de niveaux micro (ex. : les faits et circonstances du cas) et méso (ex. : les contraintes organisationnelles). Les facteurs de niveau macro, de nature plus générale, sont traités au chapitre suivant.

Puisque ce questionnement trouve son origine dans le degré élevé d’indétermination du régime juridique qui encadre la détention des personnes non citoyennes, je commence par aborder les perceptions qu’ont les participantes et participants de ce régime juridique et de leurs pouvoirs discrétionnaires. La première section de ce chapitre porte ainsi sur le discours des agentes et agents au sujet de ce régime juridique et des pouvoirs qui leur sont délégués (6.1). Je procède ensuite par ordre de « proximité » des éléments qui composent le champ de la surdétermination avec le cas qui fait l’objet des décisions pour m’intéresser à l’application concrète des pouvoirs de détention. La deuxième section traite des facteurs qui se rapportent aux faits du cas, à la personne détenue et aux

interactions (6.2), alors que la troisième s'attarde aux facteurs de nature institutionnelle, entre autres par le biais d'une analyse des contraintes opérationnelles et des attentes des auditoires (6.3). Cette schématisation des éléments qui composent le champ de la surdétermination des décisions relatives à la détention des personnes non citoyennes poursuit des fins analytiques, de manière à approfondir la compréhension de ces décisions, à ouvrir la fameuse « boîte noire » des pratiques administratives de contrôle des frontières. Seulement, ces éléments interagissent de façon fluide et sont inextricablement liés. Je tenterai également d'illustrer ces liens.

6.1. Mettre en œuvre la LIPR : une tâche complexe

And as someone that's spent the first eight years doing nothing really but immigration law, I'm telling you right now, there is a reason why so many officers avoid immigration if they possibly can. Because of how involved it is. Because of what they need to know and do and because really of the responsibilities that occur with it. [...] Like we generally say to a lot of the people when they come out of [the CBSA's] college: « If there is an exception to an exception to the rule, it's not just the French language, it's also immigration law ». There is a lot of grey. (Billie, GTpf)

Comme l'illustre cet extrait, la mise en œuvre du droit et des politiques d'immigration apparaît comme un aspect exigeant du travail des agentes et agents de l'ASFC. Il s'agit de la « partie complexe » [ma traduction] de leur mandat, qui comprend également l'application de plusieurs autres lois et règlements (Lou, Ppf)¹⁵⁸⁰. Selon les participantes et participants, une part importante de cette complexité trouve sa source dans différents aspects du droit de l'immigration. Comme le résume Lou (Ppf) : « il y a tellement d'éléments, et il y a beaucoup de discrétion, beaucoup de zones d'un gris profond » [ma traduction]. En ce qui a trait à la quantité de choses à savoir, une autre affirme que le travail en immigration implique un apprentissage continu. L'expertise se développe au fil des années d'expérience, expérience qui ne garantit toutefois pas que l'on aura réponse à toutes les questions :

R : Ça prend des années et des années à acquérir les connaissances techniques et l'expérience pratique pour être vraiment fonctionnel. Même avec mes dix ans d'expérience, j'ai des situations où je consulte mes autres collègues, pour des situations que même moi j'ai pas les réponses. Ou, que j'ai la réponse, mais que je sais pas comment m'y prendre pour l'appliquer.

Q : Ok.

¹⁵⁸⁰ Selon cette même personne, cette situation ne serait pas unique au Canada, l'immigration constituant un domaine complexe dans tous les pays.

R : Alors ça c'est vraiment, c'est important de comprendre que l'apprentissage est, les connaissances, c'est tout le long de sa carrière. (Louison, Qpf)

De surcroît, le droit de l'immigration ne constitue qu'une des nombreuses branches du droit que le personnel de l'ASFC est chargé de mettre en œuvre. Pour les nouveaux et nouvelles agentes, cela fait beaucoup à connaître et à apprendre.

A: And so, any of our new officers that are expected to do everything, and know everything at all times, it becomes a bit of a... a bit of a... pain.

Q: Ok.

A: Because it's a lot to know. It's like drinking out of a fire hose. [...] So, everything is coming at you, you better start swallowing, or you're done [laughs]! (Billie, GTpf)

Ainsi, de façon générale, appliquer la LIPR « dans la réalité »¹⁵⁸¹ se révèle être une tâche d'une grande complexité. La mise en œuvre du régime de détention n'échappe pas à cette réalité, selon les propos recueillis auprès des membres du personnel de l'ASFC rencontrés. S'il existe quelques grandes balises qui orientent les agentes et agents (6.1.1), plusieurs aspects du régime juridique complexifient sa mise en œuvre, notamment l'indétermination de ses dispositions (6.1.2), les multiples éléments sur lesquels les agentes et agents doivent se prononcer et à propos desquels il y a des choix à faire (6.1.3), l'inévitable subjectivité des agentes et agents (6.1.4) ainsi que le fait que les décisions se prennent de manière individualisée, au cas par cas (6.1.5).

6.1.1. Quelques grandes balises orientent l'exercice de la discrétion

Selon les personnes rencontrées, il existe certaines grandes balises qui encadrent ou orientent l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Autrement dit, la détention d'une personne non citoyenne exige que la situation réponde à quelques conditions de base.

D'une part, les participants et participantes mentionnent l'importance que la détention soit justifiée, notamment au regard des motifs et facteurs énoncés par le régime juridique.

If it has come to that point, [detention is] deemed necessary. Things to take into consideration: legislative authority, first and foremost. Ensuring that, you know, there are regulatory factors and there are conditions. You have to know why you're detaining. (Jamie, Ppf)

¹⁵⁸¹ L'expression est de Guy Rocher : Rocher, *Études*, supra note 23 à la p 29.

Pour Robin (GTpf), si le pouvoir de détention est discrétionnaire parce qu'il revient à l'agent ou l'agente de décider de détenir la personne non citoyenne ou non, il faut toute de même que les motifs soient présents. On ne peut donc pas détenir dans n'importe quelle circonstance. Ainsi, Claude (Qbi) et Dominique (Qpf) décrivent leur pouvoir discrétionnaire comme étant d'abord limité par les faits et les critères prévus par le régime juridique, dans la mesure où, pour détenir quelqu'un, il faut pouvoir le justifier en fonction des critères de la loi et des faits de la situation. Autrement, il s'agirait d'une décision arbitraire (Claude, Qbi), et la détention ne « peut pas être juste arbitraire » (Sacha, Qbi).

Dans un même ordre d'idées, il faut de plus que la détention serve à atteindre un objectif du droit de l'immigration qu'aucune autre mesure (comme une SRD) ne pourrait permettre d'accomplir (Claude, Qbi), par exemple atténuer les risques liés à la sécurité (Angel, Pbi).

Il faut toujours que tu te demandes c'est quoi la plus-value de le détenir. Qu'est-ce que ça va donner? Si c'est parce qu'il a été baveux pendant l'entrevue : « tiens, je vais t'arrêter, là »... n'importe quoi. Même si la personne te sacre après, c'est quoi la plus-value? Est-ce que je sauvegarde la sécurité du public? Est-ce que je vais être capable de démontrer son identité pendant qu'il est détenu? [...] C'est de regarder c'est quoi l'objectif puis la plus-value. (Claude, Qbi)

Je pense à chaque fois qu'on applique le programme de détention, c'est en lien avec les objectifs de la loi, on... je peux pas dire qu'on prend des décisions qui sont arbitraires ou qui vont à l'encontre de, de l'esprit de la loi en général. [...] T'sais, sont jamais fait à cause que, t'sais, je lance des idées comme ça, mais qu'on veut pénaliser le voyageur ou on va faire ça contre la personne, c'est fait selon les éléments qui ont été recueillis, avec toujours en tête l'application de l'objectif de la loi puis de l'atteinte des résultats, qu'on doit d'avoir, avec les méthodes qu'on a. (Dominique, Qpf)

Ainsi, lorsque l'objectif visé par la détention est atteint, par exemple lorsqu'on obtient les preuves pour établir l'identité d'une personne détenue, on doit procéder à la libération (Lou, Ppf).

Dès que l'identité est établie, par exemple, même s'il y a une date qui est fixée... Exemple : dans un de mes dossiers, la prochaine date, c'est la fin mars, c'est un [contrôle de] trente jours. Dès qu'on va connaître l'identité, on demande un anticipé¹⁵⁸². Donc on va pas garder la personne deux semaines en détention pour rien. Puis ça c'est quand même déjà dit que l'Agence a tendance à faire des demandes d'anticipés, là, régulièrement. (Sacha, Qbi)

Autrement, si l'objectif poursuivi ne peut être atteint, il faut procéder à la libération. Robin (GTpf) cite les exemples d'une personne qui ne pourrait être déportée en raison d'un moratoire sur les

¹⁵⁸² C'est-à-dire que l'ASFC demande à la SI de tenir un contrôle des motifs de détention avant la prochaine échéance (7 ou 30 jours). Voir les *Règles de la SI*, *supra* note 841, art 43.

renvois vers son pays d'origine ou d'une autre qui, bien qu'étant considérée comme dangereuse, serait autorisée à rester au Canada.

D'autre part, plusieurs soulignent ainsi que la détention doit constituer une mesure de dernier recours : « *[w]e do, generally, make quite a bit of effort to not have to detain people if we don't have to* » (Lou, Ppf). Billie (GTpf) ajoute :

But I would argue that that is something that we try to do less if at all possible. Because we recognize that detaining people, especially for a non criminal situation, is a less desired reaction.

Plusieurs insistent ainsi sur le fait qu'il s'agit d'une solution de dernier recours; lorsque l'on décide de détenir, c'est qu'il n'y a plus d'autre choix possible. Autrement dit,

si on répond aux inquiétudes et qu'une solution de rechange à la détention peut être envisagée et présentée et qu'elle est considérée comme étant raisonnable, vous savez, le Ministre n'est pas autorisé à garder une personne en détention. [...] Vous savez, le Ministre n'est pas là pour garder les gens en détention simplement parce qu'on en a envie. [ma traduction] (Angel, Pbi)

Comme le résume Robin (GTpf), « on ne veut pas détenir les personnes qu'on n'a pas besoin de détenir » [ma traduction]. Ainsi, il faut s'assurer d'avoir fait tous les efforts possibles, d'avoir tenté tous les autres moyens pour éviter la détention. Faire tous ces efforts constitue selon Camille (Qpf) une « responsabilité ». Il s'agit par exemple de

s'assurer qu'on a offert toutes les avenues possibles pour que la personne obtienne ses documents, qu'on ait vérifié les bagages de la personne pour voir s'il y avait des pièces d'identité, qu'on a fait nos recherches dans ce qui est *open source*, si on est capable de corroborer de l'information que la personne nous donne, de parler avec un interprète, si nécessaire, de faire une entrevue complète.

Et toujours selon Camille, « on détient jamais parce que c'est l'fun ». Jamie (Ppf) affirme dans ce même esprit que personne parmi ses collègues ne se présente au travail avec le but ou avec l'envie de détenir les non-citoyens et non-citoyennes. Ce n'est pas quelque chose que l'on fait par plaisir :

We all do this job in good faith and, like I said, nobody arrives to work seeking to send anyone home, or to detain anybody. These are... Detention is certainly a last resort, and it's not something that we do for pleasure or to be punitive. It's something we take very seriously. I mean, I personally take it very seriously.

La privation de liberté qu'entraîne la détention est donc considérée avec gravité, comme quelque chose de « très sérieux » [ma traduction], dans les mots de Charlie (GTpf). Claude (Qbi) précise :

Bien, c'est dernier recours. Même si c'est administratif, vous privez la liberté de quelqu'un. La personne est détenue. Ç'a beau être administratif [...] Parce qu'arrêter quelqu'un, c'est quand même

lourd, la personne est détenue. Donc notre [CSI], même si c'est pas un pénitencier fédéral, vous pouvez pas sortir. Donc ça demeure quand même de la détention.

Dans ce contexte, Charlie (GTbi) et Sam (Pbi) ont affirmé que les personnes non citoyennes se voient souvent donner une « chance », dans la mesure où lorsqu'il s'agit d'une première « interaction » avec l'ASFC, la personne est souvent remise en liberté sous conditions : « *generally speaking, people are accorded one shot where, you know, they know what terms they have to meet* » (Charlie, GTbi).

So we, we always have to look at the context in which they were conducting that, or doing that action. But we usually, because detention is a last resort [...] if it is our first interaction with them, they are often released on conditions. (Sam, Pbi)

Malgré qu'il s'agisse d'une solution de dernier recours, la détention n'est pas moins perçue comme étant nécessaire pour accomplir les objectifs du droit de l'immigration. Elle est considérée comme un mécanisme inévitable pour que le droit de l'immigration puisse être mis en œuvre.

Do I believe that the government enjoys detaining people? No. It's not a very Canadian thing to do. That being said, there are many things that we have to do within a law enforcement agency, such as the CBSA, and sometimes saying « no » and having a way to mean « no means no », has to happen. (Billie, GTpf)

Leslie (GTbi) explique que, à son avis, le recours à la détention est nécessaire, voire inévitable, puisque dans tout groupe il y a toujours des personnes qui ne respectent pas les règles. En l'occurrence, certaines personnes non citoyennes qui ne sont pas autorisées à demeurer au Canada choisiront de ne pas respecter l'obligation qu'elles ont de retourner dans leur pays d'origine.

So, most do follow. But again, anytime you have a large number, you know, if you go to a Blue Jays game and, these days, it's like 15 000 people but, you have 15 000 people, you're gonna have 300 or 400 who just, you know, don't follow the rules. That, you know, spit on the seat or whatever, try to smuggle alcohol in, or whatever, you know. So, in any group that's the case. And so, here, you have most of people who will leave, but you're gonna have a few who choose not to and, for whatever reason [...] Whatever the reason is, they decide not, they choose that they're not gonna show up, they're not gonna leave. So, our officers have to go out, find them and arrest them and detain them, and then you have to detain them or have, if they're offered release, whatever, have some kind of heavy bond on them, to ensure that, going forward, they will attend all their interviews, they will report when they're required to, and that they will show up if it gets to a point where they have to show up at the airport to be removed.

Des exemples concrets de situations où la détention s'avère nécessaire m'ont été donnés :

[I]f this person [...] clearly showed that they're not cooperating with us and they are telling us that they will absolutely not go. As an officer, like, you're not giving me any alternative to your detention. Because you are telling me that « I'm not going, for sure, you know, no matter what, you can try and force me to go, I'm not gonna go ». Then, to me, then, detention will be the only option for me right now, to ensure that the law and that any proceedings will lead to your removal. (Jackie, GTbi)

[D]etention is a very necessary tool, in other cases, like for removal. If we've had someone who's not showing up several times. I had a case recently, he didn't present himself for his removal, he was stopped by the police, he ran from the police, he fought with the police, he had to be pepper sprayed and in running from the police he ran through someone else's house, in the front door, out the back door, someone he didn't know, I mean. His family was all aware that he didn't show up. This is the type of file where you're going to keep them detained until their removal. I mean I think that that's not, it's not realistic that he's going to actually show up. (Alex, Qbi)

Lorsque les conditions sont réunies, le recours à la détention devient donc une possibilité. Néanmoins, le simple fait de déterminer si les conditions sont effectivement réunies implique en lui-même une série de décisions, par exemple : les faits correspondent-ils aux motifs de détention prévus par la loi? Existe-t-il une autre mesure qui permettrait d'atténuer le risque de fuite ou le danger pour la sécurité publique? Ces décisions sont entre autres rendues complexes par l'indétermination du droit de l'immigration.

6.1.2. Gris, la couleur du droit de l'immigration

L'indétermination du droit constitue un thème récurrent chez les participantes et participants, qui en parlent souvent en référence à la couleur grise (Robin, GTpf; Billie, GTpf; Jackie, GTbi; Lou, Ppf). La LIPR est perçue – à juste titre si l'on considère l'avis de plusieurs spécialistes¹⁵⁸³ – comme étant émaillée de zones grises qui laissent une large place à l'interprétation. Billie (GTpf) m'a offert un exemple de complexité découlant de l'indétermination de la loi, qui concerne la différence entre le contrôle secondaire fait à un point d'entrée et la détention : à quel moment le contrôle qui s'allonge, période pendant laquelle la personne qui fait l'objet du contrôle n'est pas libre de ses mouvements, se transforme-t-il en détention?¹⁵⁸⁴

¹⁵⁸³ Voir l'introduction du chapitre 2, ci-dessus.

¹⁵⁸⁴ Cette question a été traitée par la Cour suprême dans la décision *Dehghani*, *supra* note 795. Dans cette affaire, la cour conclut que le contrôle secondaire ne constitue pas une détention au sens de l'article 10(b) de la *Charte canadienne* (*supra* note 173). Billie connaissait par ailleurs cette décision.

De façon assez unanime, la loi est vue comme étant très large (Dominique, Qpf), remplie de trous (Nikita, GTbi) ou alors comme une « loi squelette » [ma traduction] dont les trous sont comblés par la réglementation et les politiques administratives (Charlie, GTbi). Dominique (Qpf) cite comme illustration de l'indétermination de la LIPR le besoin d'orientation des nouvelles recrues lorsqu'elles interprètent les motifs de détention. Ces « trous » dans la loi exigent en effet un important travail d'interprétation (Nikita, GTbi). La difficulté vient parfois de la façon dont la loi est rédigée, ce qui ajoute à son indétermination :

I'd also say the way the Act is written is challenging. Like: « will not leave by the period authorized for your stay » is the worst language I've ever, like, [...] it could be written far easier, for when you have these types of cases. Yeah, I don't love the way it's written. (Robin, GTpf)

Pour Billie (GTpf), la nature administrative du droit de l'immigration contribue également à sa complexité et aux difficultés liées à son interprétation et à son application.

I mean, technically, in terms of definition, a criminal is someone who breaks the law. However, we're talking about administrative immigration law. It's not the same as the criminal code. And it should not be treated the same way. There should be extra considerations taken, [...], it's a quasi-judicial methodology, it's everything like that. So, as a result, it's what is reasonable, what is not? Why is it reasonable, what arguments can you make one way or the other?

La notion de raisonnabilité (sur laquelle Billie insiste d'ailleurs tout au long de l'entretien) semble constituer une porte d'entrée pour cette complexité, en raison de son caractère indéterminé¹⁵⁸⁵. En comparaison avec le droit criminel ou la *Loi sur les douanes*, la façon d'argumenter en droit de l'immigration serait plus exigeante puisqu'il faut soutenir l'opinion qui nous paraît la plus raisonnable. C'est ce qu'illustre l'échange suivant, toujours avec Billie :

A: [...] Because, if you have worked, mostly, on the customs' side, all the detentions and arrests that you have done, are either related to the customs act, or the criminal code. And that's a different reality of detention or arrest.

Q: Ok.

A: It's not a quasi-judicial, it's criminal! Yes, Charter rights are still the same. Rights are rights are rights. However, how you report that, what factors you take into effect, etc., are very different than the ones you take into effects in immigration. In the same way that your [inadmissibility] report, that you write in immigration: « I am of the opinion that this person will not appear ». Well, why is that? Well here is my persuasive argument. Ok, the person has come to Canada, they have no reason to be here. They cannot name a single tourist destination, they cannot do any of those things. They have

¹⁵⁸⁵ Sur le concept de « notion confuse » et de ses impacts sur le pouvoir discrétionnaire, voir la section 1.2.2.1, ci-dessus.

good-bye letters, they have work tools with them, therefore I am of the opinion, reasonable opinion, that this person is not a tourist to Canada, they have not revealed, they will not abide by conditions, therefore they won't leave. I can't say: « at this time, I opened the bag, at this time I found the work tools, and this time they are inadmissible, dot. » That, that's not the same style of report. So it's a difference in the way of thinking, and it becomes overwhelming, because there is a lot of paperwork that goes into the immigration versus the customs. In immigration, a reporting file can be two inches thick of paperwork, whereas a customs report is four pages long.

L'indétermination du régime juridique ouvre donc la porte à un certain pouvoir discrétionnaire, soit celui qui découle de la nécessité d'interpréter des règles imprécises, augmentant ainsi la part dévolue au champ de la surdétermination dans la précision du sens des règles¹⁵⁸⁶.

Les agentes et agents disposent de différents outils pour les appuyer dans ce travail de précision du sens de la loi et consultent ainsi une multitude de sources. Selon Dominique (Qpf) et Charlie (GTbi), une partie de ce travail serait accomplie par la réglementation et les documents administratifs, documents que Dominique décrit comme plaçant des « barèmes » ou des « limites » aux dispositions législatives. Robin (GTpf) justifie son recours quasi quotidien au manuel d'exécution de la loi par le caractère très « gris » et très « subjectif » [ma traduction] du travail en immigration. Louison (Qpf) parle de ce manuel comme un « outil extrêmement important » et une « encyclopédie de réponses [aux] questions opérationnelles ». Lou (Ppf) ajoute que dès qu'il est question d'une détention « nous nous référons au manuel d'exécution de la loi, afin d'avoir des indications sur ce qui constitue les motifs et si les motifs sont suffisants » [ma traduction].

De plus, les agentes et agents (qui n'ont pour la majorité pas de formation en droit) accordent une grande importance aux décisions des tribunaux, qu'il s'agisse des fonctionnaires qui participent aux contrôles des motifs de détention (qui doivent jongler régulièrement avec ces décisions) ou de ceux qui travaillent dans les points d'entrée. Ces fonctionnaires disposent de nombreux outils et stratégies pour prendre connaissance de la jurisprudence : échanges d'informations entre collègues, sources en accès libre comme CanLII¹⁵⁸⁷, consultation de l'agent de liaison – Justice¹⁵⁸⁸ ou alors certaines personnes-ressources parmi l'ASFC reconnues comme ayant développé une expertise

¹⁵⁸⁶ Au sujet des relations entre indétermination et pouvoir discrétionnaire, voir la section 1.2.3, ci-dessus.

¹⁵⁸⁷ Le site de l'Institut canadien d'information juridique (en anglais le Canadian Legal Information Institute : en ligne <www.canlii.org/fr/>.

¹⁵⁸⁸ C'est-à-dire un agent ou une agente de l'ASFC dont la responsabilité principale est d'assurer un lien entre l'ASFC et le ministère de la Justice, par exemple dans le cas de contrôles judiciaires.

particulière (Sacha, Qbi; Angel, Pbi). Se garder au fait des nouvelles décisions (comme des changements aux politiques) représente toutefois un défi (Max, Pbi) :

Because, the problem is, there's so much case law and jurisprudence out there, that you have to constantly, and everyday cases are being released, you have to try and keep up, with the reading of those, and figure out where, if at all, it's applicable to anything you're working on, and then make those appropriate arguments. (Nikita, GTbi)

De surcroît, les agentes et agents des points d'entrée, qui mettent en œuvre de multiples lois, doivent suivre les développements de la jurisprudence dans différentes branches du droit, en droit de l'immigration, mais aussi en droit criminel (pour par exemple les infractions qui découlent de la *Loi sur les douanes*). Ce qui n'est pas sans défi. Robin (GTpf) mentionne explicitement la difficulté de faire de recherches dans CanLII ou le fait que les décisions de la SI ou de la Cour fédérale ne soient pas disséminées assez rapidement. À son avis, une meilleure diffusion permettrait d'améliorer les pratiques en fonction des exigences des tribunaux. Certaines questions restent alors sans réponse.

Le texte des différentes lois et règlements fait aussi partie des outils de tous les jours dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans l'exemple suivant, les infractions prévues au Code criminel serviront à apprécier la dangerosité d'une personne :

Q : Ok. Puis, vous avez mentionné la connaissance de la loi. Est-ce que vous devez souvent y référer ou, par exemple, au guide opérationnel?

R : Bien oui, mettons, dans mes favoris d'internet de job, j'ai mon Code criminel, ma LIPR, ma Loi sur les douanes, mais spécifiquement, pour les besoins du travail ici, ça va vraiment être la LIPR, le règlement, puis le Code criminel. Parce que, justement, pour un cas de danger, souvent, c'est des gens qui ont des condamnations à l'étranger, faut qu'on fasse les équivalences. Je peux pas juste dire « t'as fait telle chose, donc t'es dangereux ». Parce que ça se peut que ce soit moins grave au Canada, et vice-versa. Et il y a des choses qui sont illégales dans leur pays qui ne le sont pas ici. (Camille, Qpf)

Billie (GTpf), qui avait apporté une version annotée de la LIPR lors de notre entretien, mentionne que la complexité de la loi fait en sorte que cet ouvrage est consulté quotidiennement, notamment pour « comprendre les motifs des jugements » [ma traduction]. Billie indique également se référer régulièrement à la loi, aux règlements et aux documents administratifs.

Well, the reason I brought the Act in with me is because I refer to them. You go back and read it. It's, right up there, well, the number one thing I try and teach new officers when they come in. And I even review it myself, you start with ENF 4, part of entry examinations. And you work your way through that. ENF 4, ENF 20, the regs, and all of our operational bulletins.

Une agente d'audience indique également se référer au texte réglementaire en cours d'audience dans les cas de détention pour risque de fuite, en examinant les critères précisés l'un à la suite de l'autre.

Par ailleurs, nous avons vu précédemment que la surabondance de règles a parfois pour effet d'amplifier plutôt que de réduire l'espace discrétionnaire des fonctionnaires, ce que Karine Côté-Boucher a documenté dans le cas des agentes et agents de l'ASFC affectés aux contrôles douaniers commerciaux¹⁵⁸⁹. De surcroît, l'ASFC souligne elle-même que les règles administratives (comme les chapitres du manuel d'exécution de la loi) ne sont pas adéquatement mises à jour, « ce qui donne lieu à diverses compréhensions, à des solutions de rechange et à une exécution décousue du programme d'une région à l'autre »¹⁵⁹⁰. Ainsi, si ce type d'outils aide à éclairer certaines zones d'ombre de la loi, ils ne parviennent pas à en combler tous les vides. Malgré les outils variés dont disposent les agentes et agents pour interpréter le sens des règles, le recours aux collègues d'expérience s'avère souvent nécessaire pour s'assurer de la justesse des décisions, comme illustré dans le chapitre précédent. Les règles demeurent en partie indéterminées, ajoutant à l'aspect discrétionnaire du pouvoir de détention.

6.1.3. Les multiples facettes du pouvoir discrétionnaire

Comme vu plus haut¹⁵⁹¹, sur le plan juridique, le pouvoir discrétionnaire est conceptualisé comme la possibilité, devant une série de faits donnés, de choisir entre différentes actions, incluant celle de ne pas agir. Cependant, différents travaux issus des sciences sociales révèlent que l'aspect discrétionnaire d'un pouvoir ne se limite pas au seul choix que met en lumière sa qualification juridique. Le fait de devoir déterminer le sens des règles accentue déjà cet aspect discrétionnaire. De surcroît, derrière le choix entre différentes actions possibles se profilent plusieurs autres choix ou décisions que l'on pourrait qualifier de secondaires. Les réponses qui m'ont été données par les participantes et participants au sujet du caractère discrétionnaire de leur pouvoir de détention en révèlent justement des facettes variées.

L'extrait suivant illustre plusieurs d'entre elles :

¹⁵⁸⁹ Côté-Boucher, « Paradox of Discretion », *supra* note 223 à la p 59. Voir également la section 1.2.2.1, ci-dessus.

¹⁵⁹⁰ ASFC, *Audit de l'exécution de la loi*, *supra* note 1144 au para 62.

¹⁵⁹¹ Voir la section 1.2, ci-dessus.

[C]omment je pourrais dire ça? Oui, c'est discrétionnaire, oui. Je veux dire, un agent, il pourrait faire une analyse de risques que selon lui, la personne en avant de lui constitue pas un risque selon son analyse de faits. Mais lorsqu'il croit que la personne en avant de lui présente un risque, bien ça relève pas seulement de lui, il y a une autre personne qui doit être d'accord. Donc, si on peut dire, la [décision] de ne pas détenir, il y a peut-être de la discrétion. La décision de détenir, n'est pas discrétionnaire, selon mon interprétation à moi. La discrétion, elle l'est au niveau de ne pas détenir. Mais au niveau de détenir, ce n'est plus du discrétionnaire, il faut que les faits soient là. (Dominique, Qpf)

Dominique indique dans un premier temps que le cœur du pouvoir discrétionnaire de détention se trouve dans l'analyse du risque que présente la personne non citoyenne. Dans un deuxième temps, la décision ne serait pas discrétionnaire parce qu'elle doit être soutenue par les faits. Peut-être s'agit-il ici d'une confusion entre la discrétion et l'arbitraire, où l'exercice du pouvoir serait injustifiable au regard de la loi? Dans un troisième temps, la décision serait moins discrétionnaire puisqu'elle doit maintenant être confirmée par une deuxième personne, ce que corroborent certains de ses collègues pour qui la décision de détention serait également moins discrétionnaire depuis qu'un ou une supérieure hiérarchique doit la réviser (Claude, Qbi; Robin, GTpf). La discrétion semble ici comprise comme étant relevant d'un pouvoir exercé par une seule personne; l'implication d'autres personnes en réduirait l'étendue. Quoi qu'il en soit, la mention de la nécessité de l'approbation d'un collègue montre que le détenteur du pouvoir discrétionnaire ne l'exerce pas de manière autonome, détachée de tout contexte, notamment organisationnel. L'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention s'inscrit dans une série de décisions auxquelles participent plusieurs personnes, décisions qui donc ne dépendent pas que de l'agente ou l'agent qui exerce formellement ce pouvoir.

Certaines personnes rencontrées situent explicitement l'exercice du pouvoir discrétionnaire au moment de l'entrevue avec la personne non citoyenne, pour différentes raisons¹⁵⁹². Pour Max (Pbi), l'exercice de la discrétion se manifeste dans l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la situation de la personne sur le plan de la santé mentale ou encore de son niveau de collaboration avec l'ASFC, une conception qui renvoie aux multiples déterminations qu'un ou une agente doit faire lorsqu'elle considère détenir quelqu'un. De plus, l'exercice de cette discrétion constitue un

¹⁵⁹² Ce qui traduit peut-être l'importance de l'entrevue et des interactions avec la personne non citoyenne pour la prise de décision. Pour une discussion plus poussée, voir la section 6.2.2, ci-dessous.

savoir-faire qui s'acquiert avec l'expérience et qui occupe une place importante dans la décision de détenir quelqu'un ou non.

Absolutely, discretion is a big part of it. And it's experience, I would say, over time... learning the right questions to ask, to be able to form those opinions and to practice that discretion. And I think that's just, that, ultimately, comes down to experience and interviewing techniques and skills. (Max, Pbi)

Pour l'autre, l'entrevue est cruciale parce que si elle sert d'une part à poser des questions pour faire ressortir les motifs de la détention, elle vise d'autre part à donner la chance à la personne de s'expliquer – et donc d'aller chercher toutes les informations possibles pour prendre la décision la plus appropriée.

L'équité procédurale. C'est, ça c'est vraiment vraiment vraiment important, là, de donner l'opportunité à la personne de répondre à nos inquiétudes. Si on est inquiet sur un facteur quelconque, il faut lui donner la chance de s'expliquer. Peut-être la personne est capable de s'expliquer, nous fournir des explications pour que cette inquiétude ne soit plus une inquiétude. (Louison, Qpf)

L'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention impliquerait donc certains choix procéduraux. À ce titre, le droit est encore ici évoqué comme l'une des balises du pouvoir de détention, cette fois sur le plan procédural : on ne peut détenir une personne que lorsque, par exemple, elle s'est vue offrir la possibilité d'offrir des explications supplémentaires sur certains éléments. L'importance de respecter les principes d'équité procédurale est aussi mentionnée par Dominique (Qpf), qui relate une situation hypothétique où, au moment d'apprécier la crédibilité, on doit se demander si une personne que l'on soupçonne de mentir peut avoir des raisons légitimes de le faire, comme un homme qui mentirait sur des actes criminels passés lorsqu'interrogé en présence de son épouse, qui ne connaîtrait peut-être pas ses antécédents.

D'autres, comme Camille (Qpf), se réfèrent aux motifs de détention pour décrire leur pouvoir discrétionnaire, dont l'étendue varie en fonction de chacun des motifs prévus par la loi :

Q : Quelle forme prend la discrétion dans cette prise de décision-là?

R : Bien, comme je vous parlais, pour les pièces d'identité qui étaient acceptées, on a une certaine discrétion. Dans le sens que, [ailleurs], ça passerait jamais. Mais ça se peut que considérant les facteurs, considérant le volume, considérant tout plein de choses, est-ce que je suis prêt à accepter que la personne m'ait donné uniquement un certificat de naissance, puis genre des bulletins scolaires, si je suis capable de corroborer d'autres informations? Ça se pourrait. Ma discrétion est là. Ou de donner certaines conditions à la place de détenir, compte tenu de facteurs familiaux, de facteurs de santé, ma discrétion elle est, elle est là.

Q : Ok.

R : Mais... autre que ça? Je vois pas vraiment d'autres facteurs où est-ce qu'elle serait appliquée ici. La discrétion, je la vois plus au point d'entrée.

Q : Ok.

R : Parce que, justement, pour le risque de fuite, c'est ça, il y plus de jeu, un peu, là-dessus. [...]

Q : Puis alors que, pour danger, mais là...

R : Presque pas. Parce que si je suis rendu à penser que quelqu'un est trop dangereux pour être libéré, j'ai pas vraiment d'autres avenues. Parce que je peux pas lui donner un agent de libération conditionnelle ou quoi que ce soit, il a pas passé par le système judiciaire canadien. Puis danger, oui, on en a, mais c'est pas si fréquent que ça.

Q : Ok.

R : Fait que non, la discrétion, elle est un peu plus limitée, sur celle-là. Sur les cas d'identité, il y a plus de pouvoir discrétionnaire. Sur les cas de danger, moins, parce que, généralement, c'est très noir sur blanc.

De façon générale, les motifs de risque de fuite ou d'identité sont considérés comme laissant plus de latitude au personnel de l'ASFC, alors que la détention pour motif de danger pour la sécurité publique est perçue comme laissant peu de marge de manœuvre. Le motif d'identité permet de prendre en compte de plus amples facteurs que l'on doit évaluer (ex. : les documents soumis, les facteurs familiaux ou de santé) et de peut-être choisir d'imposer des conditions, en fonction de ces évaluations. Par exemple, une personne interviewée affirme que parfois, en raison de contraintes liées à l'organisation du travail, une personne non citoyenne qui présente un faible risque de fuite et qui serait normalement détenue pourrait plutôt se voir imposer des conditions. Elle précise toutefois qu'une personne qui présenterait un danger pour la sécurité publique ne serait jamais relâchée ainsi. Ici, le motif de détention pour risque de fuite permet au personnel de l'ASFC de tenir compte d'autres facteurs, comme des contraintes organisationnelles, au moment d'exercer leur pouvoir discrétionnaire, ce qui n'est pas le cas lorsque la personne est considérée comme présentant un danger pour la sécurité publique. Ce dernier motif de détention laisse peu de place à la subjectivité : « [q]uand c'est des cas de danger, c'est très étayé. C'est très, c'est pas subjectif, là. C'est très objectif » (Dominique, Qpf).

D'autres extraits mettent en lumière l'étendue variable du pouvoir discrétionnaire en fonction des motifs de détention. Il est intéressant de noter, dans le premier de ces extraits, la complexité qui est associée au motif de détention pour identité, motif qui laisse une plus grande marge d'appréciation aux agentes et agents.

Il y en a qu'on joue sur la ligne. Je reviens souvent sur identité, l'identité, c'est quelque chose qui est pas noir ou blanc. Si vous êtes condamné pour vol aux États-Unis de 25 000\$, c'est noir sur blanc, j'ai les papiers de cour. [...] Donc, un dossier d'identité, c'est plus compliqué. Beaucoup plus compliqué qu'un dossier qu'on arrêterait pour criminalité pour l'enquête. (Claude, Qbi)

[P]eut-être que je vous parle de moi, mais je pense qu'on est tous un peu comme ça. Quand c'est un danger, j'ai l'impression qu'on part du principe que la personne devrait pas être remise en liberté, puis faut qu'on nous persuade que c'est correct qu'elle le soit. (Sacha, Qbi)

En somme, les propos des personnes rencontrées laissent voir différentes conceptions du pouvoir discrétionnaire. Certaines insistent sur les balises juridiques : l'importance que la décision s'appuie sur les faits ou, comme indiqué plus haut, le respect de l'équité procédurale. D'autres mentionnent l'importance de l'entrevue, notamment pour être en mesure d'aller chercher le maximum d'informations de façon à prendre la décision la plus appropriée. D'autres enfin soulignent que l'étendue du pouvoir discrétionnaire varie en fonction du motif de détention : si l'agente ou l'agent conclut à la présence d'un motif de danger pour la sécurité public, la détention s'impose; toutefois, les motifs de risque de fuite ou d'identité comportent des décisions plus complexes en raison du nombre de facteurs sur lesquels on doit se prononcer.

6.1.4. La discrétion, entre subjectivité et contrepouvoirs

Ainsi, quelques participants et participantes reconnaissent explicitement, mais parfois avec hésitations, le caractère subjectif du pouvoir discrétionnaire de détention. Les extraits suivants montrent que les décisions qui découlent de l'exercice de ce pouvoir peuvent varier en fonction de la personne qui prend la décision :

And you'd notice, if you'd looked at all of us, hum, there is a, a deviation from, like, throughout. Like, you wouldn't see it be necessarily consistent across. Hum, because the way people look at cases is different, right? Each individual is different, so. Hum, well I would argue that they're probably pretty consistent with the way we approach cases. There will be some, some deviation, uh, in, in regards to the way people approach things. [hésitations (ex.: hum) non supprimées dans la transcription] (Nikita, GTbi)

So, that "may" is sort of where that discretion comes in. [...] The subject may have this and this or, you know, the grounds for detention « may » include the following. So that's kind of where you're discretion comes in, cause it, you might have, you know, two of those things, but not five of them, so that's where your discretion is gonna come in to build your grounds, based on your exam. [accent par la personne interrogée] (Lou, Ppf)

Entre autres, la subjectivité se manifesterait dans l'appréciation de la crédibilité d'une personne (premier extrait) ainsi que dans l'évaluation du niveau de risque qu'elle pose (deuxième extrait).

Une personne qui arrive sans document, mais qui est crédible, qui va expliquer, c'est quoi son nom, l'agent fait par exemple une vérification, dans un système... C'est tellement, tellement, tellement individuel, pis c'est tellement l'agent qui va... Est-ce qu'il croit la personne? Ou est-ce qu'il croit pas? Un autre agent à côté, pis malheureusement, ça demeure subjectif, quand même, l'agent à côté peut ne pas être satisfait alors que lui l'aurait été. Ça arrive. (Sacha, Qbi)

A: So, yeah. That's, in terms of risk analysis, the majority of it comes from just the way we talk.

Q: Ok.

A: It's, again. It's going to be subjective, there's gonna be some objective part to it, like your history, your criminal history. But a lot of it is going to be, like, how do we talk. (Robin, GTpf)

La littérature fait abondamment état de l'influence de préférences personnelles des fonctionnaires de première ligne dans les processus de prise de décisions¹⁵⁹³, ce que reconnaissent certaines personnes interviewées¹⁵⁹⁴. Les deux derniers extraits montrent aussi que les interactions entre le fonctionnaire de l'ASFC et la personne non citoyenne ont un impact sur les décisions.

L'exercice discrétionnaire du pouvoir de détention demeure toutefois, selon l'avis de plusieurs personnes rencontrées, contrebalancé ou encadré par une série de contrepouvoirs prévus par le régime juridique et administratif, au stade de la décision initiale, mais aussi par la suite. Depuis l'adoption du CNDI, cette décision doit maintenant être approuvée par une personne en position d'autorité. Dominique (Qpf) affirme que cette révision constitue un moyen de faire une évaluation « non arbitraire » des motifs de détention. De plus, Claude (Qbi) perçoit cette exigence comme une garantie supplémentaire pour s'assurer du bien-fondé des décisions :

[J]e trouve que c'est fait pour éviter des arrestations arbitraires. Il y a beaucoup de documents à remplir. Les notes des agents sont, vous savez, c'est depuis deux ans qu'une arrestation doit être vue par un superviseur, avant c'était au niveau des agents, là. Maintenant, le superviseur doit regarder. Donc, c'est sûr et certain qu'on va aller chercher un, si je peux m'exprimer, pas un *safety*, mais il y a un contrôle de plus pour valider les motifs.

Claude poursuit, plus tard au cours de l'entrevue :

Ça, à mon sens, c'est une bonne décision. Est-ce que tout le monde la partage? Peut-être pas. Moi, je la partage. En partant du principe que deux têtes valent mieux qu'une... il y a une partie qui est

¹⁵⁹³ Voir la section 3.1, ci-dessus.

¹⁵⁹⁴ D'ailleurs, personne parmi les participantes ou participants qui ont discuté de la nature de leur pouvoir discrétionnaire n'a affirmé qu'il s'exerçait de façon purement objective.

discrétionnaire, mais le superviseur est quand même là maintenant pour faire une vérification... je suis assez d'accord avec ça. Parce que ça demeure que tu enlèves la liberté à quelqu'un. Si tu libères pas, c'est au moins 48 heures que la personne est détenue. Fait que, c'est lourd. Moi, je trouve que c'est un pouvoir qui n'est pas à prendre à la légère. Mais je dirais qu'il est peut-être moins discrétionnaire, maintenant. Avant, l'arrestation pouvait se faire, le superviseur le sait pas, pis la première personne qui contrôle les motifs, c'est le commissaire. Là je trouve intéressant qu'il y ait un superviseur. Il contrôle pas les motifs, mais [il peut] dire « tu... t'arrêtes pas cette personne-là ». Ben ouais. « Tu l'arrêtes pas, parce que ta, ta, ta, ta, ta ». « Ah ok, ouin ». Ben, fiouf! Si un superviseur était pas passé dans ce dossier-là, ben la personne était partie pour [le CSI].

Comme mentionné dans le chapitre précédent¹⁵⁹⁵, cette exigence aurait, pour certains fonctionnaires, surtout eu pour effet de formaliser des pratiques qui étaient déjà en place, alors que d'autres ont noté une diminution du recours à la détention, notamment parce qu'elles se voient forcées d'examiner plus attentivement les SRD disponibles. Robin (GTpf) estime que les dossiers sont désormais mieux complétés et justifiés, ce qui lui semble pertinent dans une unité où travaillent beaucoup de nouvelles recrues.

Puis, selon Angel (Pbi), l'approbation par un ou une supérieure hiérarchique fait en sorte que la décision de détention devient plus forte, la justification plus solide. En réponse à une question sur l'évaluation du risque que pose la personne détenue, Angel affirme :

*[W]ell, first and foremost, I believe it's important to identify what the concerns are, of the officer who made the arrest to begin with. I'm not the one making the arrest. And then, there's the additional step thereafter of that arrest, being reviewed by the Manager and the Manager also concurring that the person should remain in detention. So, it's important that I look at and identify what is was that led to the ongoing detention of that person.*¹⁵⁹⁶

De l'avis de Dominique (Qpf), la décision d'instaurer cette étape supplémentaire d'approbation n'aurait toutefois pas été bien reçue partout et aurait eu un certain effet démoralisant, des membres du personnel de l'ASFC ayant interprété cette décision comme indiquant que la haute direction ne voulait plus de détention et comme un désaveu de leur pratique. C'est aussi ce que laisse deviner

¹⁵⁹⁵ Voir la section 5.2.1.1, ci-dessus.

¹⁵⁹⁶ Cet extrait laisse supposer que plus on passe d'étapes, moins il y a de chance que les contrepouvoirs soient efficaces puisqu'on se dit que la décision doit être justifiée étant donné le nombre de personnes impliquées. Charlie (GTbi) et Nikita (GTbi) indiquent néanmoins devoir garder un esprit critique à l'égard des décisions de leurs collègues. Néanmoins, il semble y avoir un certain marquage de la personne par les décisions qui la concernent – ce qui m'avait par ailleurs été souligné lors de ma rencontre avec la haute direction pour discuter de l'accès au terrain : une personne détenue étant d'emblée considérée comme étant davantage dangereuse. Il n'est pas exclu non plus qu'on reprenne les décisions des collègues en raison de contraintes découlant du contexte organisationnel, notamment le manque de temps. Michael Lipsky nomme ce processus qui consiste à reprendre les évaluations des collègues le *rubber-stamping* : Lipsky, *supra* note 31 à la p 129.

l'une des citations précédentes, lorsque Claude (Qbi) suppose que ce n'est pas « tout le monde » qui estime que l'ajout d'une étape d'approbation constitue « une bonne décision ». Billie (GTpf) a également exprimé quelques réticences devant la multiplication des étapes à suivre pour procéder à une détention :

Do I believe that, to a degree, we have gotten to a point where we are bending over backwards to find every mechanism when the only true mechanism to deal with the situation is detention? Yes. Sometimes, it's very, very clear and simple. This person has broken our laws, has shown disregard for [...]. They won't appear voluntarily as proven by their actions thus far. Why am I having to justify to the nth degree why this person is being detained? Well, because it's good practice. Period. It's a good thing to do, but have we gotten to the point where we are going beyond what a reasonable person ought to be doing? It could be argued. The checks and balances are becoming... de facto checks and balances. It's, it's, it's... We do it why, because another layer has been added on. So why do we have to do this form, now, on top of the five other forms that say the same thing? Well, again and again to justify what we're doing – and it's good that we justify it – but is there a more simplified or a more straightforward way of dealing with it so I don't have to do an extra fifteen minutes of paperwork for the sake of paperwork?

Enfin, après la décision initiale, la possibilité pour les agentes et agents d'audience de libérer la personne détenue avant le contrôle des 48 heures constitue un autre contre-pouvoir prévu par la LIPR, qui viserait à poser un regard critique sur les décisions initiales de détention. Ainsi, un fonctionnaire travaillant aux audiences affirme procéder régulièrement à la remise en liberté de personnes qui ont été détenues par ses collègues, donc avant que la SI ne contrôle les motifs de détention. Un autre m'a dit être d'avis que ce pouvoir de mise en liberté n'était pas assez utilisé au sein de l'ASFC. Cela laisse justement entrevoir des conceptions variées des motifs qui justifient la détention et donc d'une appréciation subjective de chaque cas.

Enfin, Billie (GTpf) affirme qu'avec ces « pouvoirs et contre-pouvoirs » [ma traduction], on s'assure que les décisions qui sont prises sont de bonnes décisions :

And [detention is a process] where I like, I'd like to think that on the overall, trust is there. Ok, officers that are doing these things, and with the checks and balances that are in place for detentions, at this point, that officers can be trusted to make decisions, to work with, and to make appropriate decisions.

6.1.5. Des décisions individuelles aux éléments de contexte fluctuant

Lorsque questionnés sur la façon d'évaluer le risque que pose une personne non citoyenne et d'exercer leur pouvoir de détention, les participantes et participants insistent d'abord sur le fait que

les décisions se prennent au cas par cas, en fonction des circonstances particulières de chacun d'eux (Dominique, Qpf; Billie, GTpf; Nikita, GTbi; Lou, Ppf; Jamie, Ppf).

Pour cette raison, il peut être difficile de généraliser tous les éléments qui sont pris en compte (Jamie, Ppf). Il n'y a donc pas de « formule » [ma traduction], selon Nikita (GTbi), pour prendre les décisions. Pour Lou (Ppf), la discrétion se manifeste justement dans l'appréciation des facteurs pertinents pour chacun des motifs de détention. En faisant son examen de la situation, l'agente ou l'agent doit sopeser les facteurs les uns par rapport aux autres, dans le contexte du cas particulier :

[T]here's a lot of discretion in immigration [laughs]. So I guess it's just the way the Act and the regulations are written. They're not written generally in a, you know, that you must do it this way or that you must have this. Generally, IRPA and the regs are written « may », right? So, that « may » is sort of where that discretion comes in. So, that may, that the subject may have this and this or, you know, the grounds for detention « may » include the following. So that's kind of where you're discretion comes in, cause it, you might have, you know, two of those things, but not five of them, so that's where your discretion is gonna come in to build your grounds, based on your exam. Like, IRPA is meant to leave it open to each individual case, cause not every case is gonna be the same. [accent par la personne interrogée]

Lou comprend la LIPR comme laissant aux agentes et agents la possibilité de décider chaque cas individuellement parce que tous les cas sont différents, en donnant l'exemple d'une situation où l'absence de passeport pourrait ou non mener à la détention pour identité, dépendamment des autres facteurs, comme la présence de membres de la famille ou de renseignements tirés des bases de données qui viendraient corroborer les informations données par la personne non citoyenne. Ce type de situation est également évoqué par Claude (Qbi).

Ce constat rejoint la façon dont Robert Emerson et Blair Paley conceptualisent le contexte d'une décision¹⁵⁹⁷. Selon eux, le contexte d'une décision n'est pas donné d'avance, il émerge de la situation dans laquelle se prend la décision et des interactions qu'elle implique. Autrement dit, les facteurs contextuels qui seront pris en compte dans le cadre d'une décision précise n'acquièrent leur pertinence aux fins de cette décision qu'au moment où celle-ci se prend. On ne peut savoir à l'avance lesquels seront pertinents, puisqu'ils dépendent du cas. Il n'y a donc pas de formule possible. Néanmoins, Billie (GTpf) affirme que ses décisions, bien qu'elles se prennent au cas par cas, paraissent souvent similaires puisque ce sont les mêmes facteurs qui sont pris en compte.

¹⁵⁹⁷ Emerson et Paley, *supra* note 251.

* * *

Lorsque questionnées sur leur pouvoir de détention, les participantes et participants insistent sur la gravité avec laquelle on décide de priver quelqu'un de sa liberté et sur la nécessité de prendre en compte les circonstances particulières de chaque cas, ainsi que les facteurs et objectifs énoncés dans le cadre juridique. Cependant, le droit de l'immigration qui met en place ces facteurs et objectifs présente un haut niveau de complexité, entre autres en raison de ses nombreuses zones grises, qui laissent une large place à l'interprétation, ainsi que du caractère discrétionnaire du pouvoir de détention. Ainsi, il semble que, malgré certains outils comme les directives administratives, les dispositions du régime juridique donnent aux agentes et agents une marge de manœuvre certaine pour prendre en considération différents facteurs, abordés dans les sections suivantes. Ce constat se rapproche de ce que rapporte Anna Pratt, dans la mesure où les agentes et agents d'immigration considèrent comme vaste leur pouvoir discrétionnaire, l'interprétation concernant à la fois les politiques, les textes juridiques, mais aussi les « faits, les situations, les circonstances, les caractères, etc. » [ma traduction]¹⁵⁹⁸.

En outre, différentes études ont montré que ce pouvoir discrétionnaire constitue une composante importante de l'identité professionnelle du personnel de l'ASFC¹⁵⁹⁹. Des personnes interviewées dans le cadre de ma recherche insistent par ailleurs sur l'importance d'avoir acquis une certaine expérience pour être en mesure d'exercer adéquatement leur pouvoir discrétionnaire de détention. Comme pour les agentes et agents de visa¹⁶⁰⁰, on peut supposer que l'expérience, si elle permet d'exercer adéquatement sa discrétion en matière de détention, influence aussi la façon de jauger les facteurs relatifs au cas.

6.2. Les facteurs relatifs aux faits et à la personne détenue

Selon les propos des participantes et participants, nombreux sont les facteurs pris en compte dans les décisions relatives à la détention – décisions qui, je le rappelle, s'inscrivent dans une série de

¹⁵⁹⁸ D'autres membres du personnel de Citoyenneté et Immigration Canada (l'ASFC n'avait pas encore été créée au moment des recherches de Pratt) étaient d'avis qu'il n'existait pas de pouvoir discrétionnaire. Lorsque les faits étaient constatés, le pouvoir de détention devait être exercé : Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 64.

¹⁵⁹⁹ Côté-Boucher, « Paradox of Discretion », *supra* note 223; Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 62.

¹⁶⁰⁰ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 55–56. Voir aussi Hawkins, « Perspectives », *supra* note 25 à la p 40.

décisions prises par divers acteurs et actrices du système d'immigration, avec au premier chef les décisions qui concernent l'(in)admissibilité de la personne non citoyenne. Ces facteurs se retrouvent au cœur de l'évaluation de l'indésirabilité de la personne et de la détermination du mécanisme de contrôle le plus approprié pour faire face à cette indésirabilité, évaluations aussi intimement liées à ces autres décisions. Le poids de chacun s'évalue en relation avec le poids des autres. Il en résulte un exercice parfois compliqué ou complexe de mise en balance, comme dans les cas de détention pour motif de risque de fuite ou d'identité. Avant d'entrer dans le fin détail de ces facteurs, je présente, en le résumant, un exemple qui m'a été donné et qui laisse voir la multitude d'éléments qui entrent en ligne de compte et qui font pencher, ou non, la balance du côté de la détention.

Il s'agit d'un citoyen mexicain¹⁶⁰¹, qui arrive par avion et sans billet de retour. Il affirme venir au Canada pour un voyage six mois. Il possède 4000\$ en argent comptant. Ses intentions sont imprécises : il dit vouloir connaître « ce qui se passe ici ». Il n'a pas de dossier criminel ni d'historique migratoire qui indiquerait par exemple un non-respect des conditions relatives à son statut. De plus, il est menuisier de profession, une occupation considérée comme « mobile », c'est-à-dire un métier qui peut facilement s'exercer peu importe l'endroit où l'on se trouve. Sur la base de ces éléments, l'agent estime que son voyage au Canada ne constitue pas quelque chose de raisonnable. Il lui semble plutôt qu'il s'agit d'un visiteur de mauvaise foi qui ne respectera pas ses conditions d'entrée et qui vient au Canada pour chercher du travail sans les autorisations nécessaires. Puisque l'agent estime que le voyageur ne respectera pas ces conditions, il ne croit pas qu'il quittera le pays une fois son visa de visiteur échu. À ce point, le voyageur est interdit de territoire¹⁶⁰², il doit repartir. Toutefois, le vol de retour n'a lieu que le lendemain. L'agent doit donc décider de ce qui adviendra du voyageur entretemps.

Le voyageur dit connaître un citoyen canadien qui pourrait se porter garant. Après vérifications, l'agent décide de ne pas détenir le voyageur parce que le citoyen en question est doté d'un profil

¹⁶⁰¹ Billie (GTpf), qui me rapporte cet exemple, prend le soin de mentionner qu'au moment de l'entretien, le Mexique constitue un « sujet chaud » et qu'il s'agit d'un type de cas qui se présente très fréquemment. Par ailleurs, pour l'année 2018-2019, l'ASFC indique que les personnes de nationalité mexicaine représentent 47,2% du nombre total de personnes détenues et explique cette situation par la levée de l'exigence de visa en 2016 : ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

¹⁶⁰² Par la combinaison d'une interdiction de territoire pour manquement à la loi, le manquement étant le non-respect de l'obligation pour la personne qui veut devenir résident temporaire de prouver qu'elle « aura quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée » : *LIPR*, *supra* note 20, art 20(1)(b), 41.

« raisonnable » (ex. : pas de criminalité impliquant le passage de clandestins) et se dit d'accord d'agir comme garant et de s'assurer que le voyageur se présente à l'aéroport pour son départ.

Cependant, admettons que le voyageur ne connaisse personne qui peut se porter garant. Il possède assez d'argent pour se payer une chambre d'hôtel pour la nuit, mais le fait qu'il semble mentir sur ses intentions incite l'agent à approfondir ses recherches. Dans son téléphone, il trouve une quinzaine de contacts au Canada, alors qu'il affirme n'en avoir aucun. D'ailleurs, la moitié de ces contacts concernent des offres d'emploi. Dans ses bagages, il trouve une lettre d'adieu, ce qui soutient l'impression que la personne ne quittera pas le Canada. L'agent trouve aussi des outils de travail, ce qui confirme que la personne lui a caché ses intentions, lui a menti. À la lumière de ces éléments, l'agent estime que le voyageur ne se présenterait pas pour son départ, s'il devait le laisser aller jusqu'au moment du vol de retour. Il paraît donc plus raisonnable à l'agent de le détenir. De plus, la détention sera de courte durée, puisqu'elle ne durera qu'une seule nuit.

En contre-exemple (également rapporté lors du même entretien), le voyageur mexicain qui dirait ouvertement venir au Canada pour travailler, et qui donc serait interdit de territoire, pourrait dans certains cas ne pas être détenu jusqu'au moment de son départ malgré l'absence de personne prête à s'en porter garante. Après avoir expliqué les règles d'immigration au voyageur, l'agent pourrait estimer qu'en raison de sa franchise et de sa volonté affichée de respecter lesdites règles, il serait raisonnable de ne pas le détenir.

Il se dégage de ces exemples deux principaux types de facteurs. D'une part, on retrouve les facteurs relatifs aux faits et circonstances du cas (ex. : l'absence de billet de retour, la présence d'une lettre et d'outils, un contact au Canada, la durée prévue de la détention) (6.2.1) et, d'autre part, il y a les facteurs qui se rattachent aux interactions de la personne non citoyenne (ex. : comportement, crédibilité) (6.2.2), que j'examinerai successivement. Comme expliqué dans le troisième chapitre, une autre série de facteurs s'ajoutent enfin, soit ceux qui se rapportent aux personnes non citoyennes. Je les divise en deux types, soit les facteurs qui indiquent ce que l'ASFC désigne comme une « vulnérabilité » (6.2.3) ainsi que les facteurs relatifs au profil sociodémographique des personnes non citoyennes (6.2.4).

6.2.1. Les facteurs relatifs aux faits et circonstances

Par facteurs relatifs aux faits et circonstances, j'entends les éléments factuels ou matériels plus facilement objectivables (une condamnation pour une infraction criminelle, par exemple, par opposition à l'appréciation de la crédibilité) qui permettent de déterminer s'il y a présence ou non de l'un des motifs de détention. Ces éléments recourent en partie les facteurs prévus par le RIPR et les documents administratifs, notamment le chapitre 20 du manuel d'exécution de la loi, bien que les facteurs qui y sont mentionnés ne soient pas exhaustifs.

J'analyse dans cette section les propos des participantes et participants en procédant par motif de détention. J'examine successivement les motifs de danger pour la sécurité publique (6.2.1.1), de risque de fuite (6.2.1.2) et d'identité (6.2.1.3). Pour chacun de ces trois motifs, j'indique les éléments qui selon les agentes et agents rencontrés en sont constitutifs ainsi que leur impact sur leur prise de décision. Les motifs de détention pour compléter le contrôle et pour motifs raisonnables de soupçonner une interdiction de territoire ont été très peu discutés lors des entretiens. Je les laisse donc de côté, faute de matériau suffisant¹⁶⁰³.

6.2.1.1. Motif de danger pour la sécurité publique

Au chapitre de la détention pour danger pour la sécurité publique, les éléments qui sont susceptibles de mener les agentes et agents à conclure à la présence de ce motif gravitent principalement autour de la question de la criminalité, à laquelle se lient des enjeux de violence et de criminalité organisée. D'autres éléments n'ont été que mentionnés au passage, soit les problèmes de santé mentale (Lou, Ppf) ou le terrorisme (Dominique, Qpf).

¹⁶⁰³ Selon Dominique (Qpf), toutefois, les motifs de détention pour contrôle et pour risque de fuite peuvent être utilisés dans des situations similaires. Il s'agit par exemple d'une situation où l'agente ou l'agent détermine que la personne est interdite de territoire. À ce moment, elle ou il peut offrir à la personne non citoyenne de retirer sa demande d'entrée (ce qui évite le constat d'interdiction de territoire, la prise d'une mesure de renvoi et les conséquences qui en découlent) plutôt que de rédiger un rapport d'interdiction de territoire. Néanmoins, si l'agente ou l'agent estime qu'il est probable que la personne ne se présente pas pour son renvoi (sur la base d'éléments similaires à ce qui a motivé son interdiction de territoire, voir plus bas) elle ou il peut détenir la personne pour compléter le contrôle, qui prend fin lorsque « l'agent constate son départ du Canada » (*RIPR, supra* note 365, art 37(1)), par exemple si le vol de départ n'a lieu que le lendemain. Si la personne ne veut pas retirer sa demande, l'agente ou l'agent doit alors rédiger un rapport d'interdiction de territoire. Dans ce cas, le contrôle prend fin lorsque la personne quitte le point d'entrée. Elle est alors détenue au motif de risque de fuite, le contrôle étant terminé.

En matière de criminalité, les participantes et participants ont illustré leurs propos à l'aide de plusieurs exemples d'infractions criminelles : des voies de faits ou autres actes violents, comme de la violence conjugale ou domestique (Claude, Qbi; Sacha, Qbi; Robin, GTpf; Jackie, GTbi; Lou, Ppf; Sam, Pbi; Camille, Qpf), certaines infractions impliquant des drogues, comme le trafic (Claude, Qbi;, Sacha, Qbi; Billie, GTpf), des infractions impliquant des armes (Sacha, Qbi; Charlie, GTbi; Billie, GTpf; Lou, Ppf; Camille, Qpf), un vol d'un montant élevé (Claude, Qbi;), l'introduction par effraction (Robin, GTpf), « l'invasion de domicile » [ma traduction] (Charlie, GTbi), l'agression sexuelle (Nikita, GTbi; Jackie, GTbi), l'homicide (Jackie, GTbi; Camille, Qpf) ou des atrocités commises en temps de guerre (Camille, Qpf). Certains contre-exemples ont été évoqués comme ne constituant pas une infraction pouvant mener à la détention pour danger, tels que le vol « mineur » [ma traduction] (Robin, GTpf; Billie, GTpf; Nikita, GTbi), consommer de l'alcool sur la voie publique (Billie, GTpf), la fraude ou autres crimes de nature financière (Sydney, GTbi; Camille, Qpf). Ainsi, la nature des infractions a un impact sur l'évaluation que fait l'agente ou l'agent :

I'm just trying to give you different levels. Got a petty theft charge, most likely not gonna detain. But if I have somebody who's had a history of violence, or any type of, I guess, yeah, any type of violence, or breaking and entering and dwelling in houses, like serious criminality. Yeah, the majority of those cases will be detained. (Robin, GTpf)

Comme dans les contextes policier ou pénal, les perceptions personnelles des fonctionnaires au sujet des infractions semblent entrer en ligne de compte¹⁶⁰⁴. Nikita (GTbi) illustre ce point en parlant de son « échelle personnelle » pour évaluer le « niveau de danger que pose un individu » [ma traduction] et du traitement différencié du cas qui peut en résulter, notamment en raison d'impacts différents pour les victimes de cette personne.

I think that there's also a level of danger that somebody poses, right? I don't think it's you're a danger to the public, and that's that. [...] So say you get a broken nose. Psychologically, as a victim, the impact on your broken nose, you may, may have some psychological impact. But I'm gonna argue, and research sure supports me, that it's not gonna have the same psychological impact than somebody who's been the victim of a sexual assault. So, I, even though, the Act doesn't tell us, and jurisprudence doesn't really talk about it, I think that there is a scale of the danger somebody poses. And I treat those cases based on where I think that person falls within that scale. And it may be such that if somebody's detention is being, coming lengthy or whatever, an alternative may be in place

¹⁶⁰⁴ Badrudin, *supra* note 243; Blais et al, *supra* note 1355.

that would address danger to the public concerns, because their danger risk can be mitigated cause it's not as high or whatever.

Dans cet extrait, Nikita indique incidemment que cette échelle personnelle vient combler un vide laissé par la LIPR et la jurisprudence, illustrant ainsi un interstice où s'insère la subjectivité des fonctionnaires de l'ASFC.

Outre la nature des infractions commises, les antécédents criminels sont appréciés à l'aune de différentes circonstances. Des condamnations récentes et multiples pour des actes qui impliquent de la violence ou une organisation criminelle sont considérées comme des circonstances aggravantes, dans la mesure où elles soutiennent le motif de danger (Sacha, Qbi; Dominique, Qpf; Charlie, GTbi; Robin, GTpf; Billie, GTpf; Jackie, GTbi; Jamie, Ppf; Sam, Pbi). Comme le dit Sam (Pbi), « habituellement, c'est une personne qui a plusieurs condamnations violentes, des condamnations récentes » [ma traduction]. Sydney (GTbi) a également mentionné les crimes qui sont connus pour un haut taux de récidive. On va par exemple examiner les peines imposées et le temps passé en prison (Sacha, Qbi; Charlie, GTbi). Beaucoup de temps écoulé depuis que l'infraction a été commise, un potentiel démontré de réhabilitation (par exemple par un rapport des services correctionnels) ou le jeune âge peuvent mener à conclure à un danger moins grand (Charlie, GTbi; Billie, GTpf; Camille, Qpf). Les extraits suivants décrivent le type d'évaluation qui peut se faire de ces différents facteurs :

Puis quand je parle danger, c'est toujours possession d'armes, lien avec les drogues, violences. Fait que c'est, c'est ça. Si c'est un élément de danger, oui ça existe mais ça date de dix ans, ok. On parle plus de la même chose. Oui, c'est danger, mais c'est secondaire. Fait que, là, en dix ans, il y a beaucoup, beaucoup, beaucoup de temps qui s'est écoulé, là, c'est pas la même chose. Je vous parle d'un danger qui est répétitif, constant, tout ça. (Sacha, Qbi)

[C]e qu'on a le plus fréquemment, c'est des choses de violence, donc des assauts, des affaires d'armes à feu, violence conjugale. C'est ça. Puis, généralement, c'est des choses plus récentes. Si c'était quelque chose qui s'était passé il y a 25 ans, c'est peut-être une autre histoire. Tu seras pas admissible, tu seras probablement pas recevable, mais est-ce que je vais te détenir pour quelque chose qui s'est passé il y a 25 ans? Peut-être pas. (Camille, Qpf)¹⁶⁰⁵

De l'avis des participantes et participants, la présence d'un danger suscite de grandes préoccupations. Pour Angel (Pbi), c'est la « plus importante considération » [ma traduction]. Sacha (Qbi) affirme que « la plus grosse responsabilité que moi je ressens, personnellement, c'est

¹⁶⁰⁵ L'admissibilité renvoie à l'interdiction de territoire tandis que la recevabilité renvoie à la demande d'asile.

vraiment les cas de danger parce que, on sent [...] une responsabilité envers le public ». Ce souci de protection du public dans ce type de cas est partagé (Dominique, Qpf; Nikita, GTbi; Jamie, Ppf; Sam, Pbi).

La gravité avec laquelle les agentes et agents considèrent les cas de détention pour motif de danger a un impact sur leurs décisions. Comme vu plus haut, les participantes et participants estiment généralement que le motif de danger leur laisse peu de marge d'appréciation, comparativement aux autres motifs de détention. Comme le résume Sam (Pbi), « si on pense qu'une personne est un danger, on veut qu'elle soit en détention parce qu'elle est dangereuse » [ma traduction]. Le « risque » que pose la personne se révèle très difficile à atténuer autrement que par le recours à la détention :

So is the person an ongoing danger to the public? If that's the case, then yes I would say that there's very, very little that is going to mitigate that. It's very little, insofar as a plan, that's going to allow for me to be secure and ensure that that person is not going to continue to, to be a problem. If they're, if they're continuing to, you know, commit crimes throughout Canada, then again, there's very little, aside from detention, in my estimation, that's going to mitigate that risk. (Angel, Pbi)

Cet avis est très largement partagé dans la mesure où les personnes rencontrées disent préférer que la personne reste en détention (Jackie, GTbi; Camille, Qpf) : « on part du principe que la personne devrait pas être remise en liberté » (Sacha, Qbi). Dominique (Qpf) indique que s'il y a « des facteurs atténuants », ils « sont mieux d'être très significatifs ». Le recours à une SRD demeure donc exceptionnel (Jamie, Ppf; Camille, Qpf).

So it's very hard to argue for release on danger, without a strong component, so [...] a strong supervisory component, a strong residence. And this sounds, this sounds a little sexist, but, you know, it's my experience that if you have, you know, maybe a strong male person or persons, and you have evidence of rehabilitation, that together could help mitigate. But very frequently people don't come up with a good plan. (Charlie, GTbi)

Ainsi, de l'avis général, pour la personne considérée comme constituant un danger pour la sécurité publique, notion fortement rattachée à la criminalité, le mécanisme de contrôle le plus approprié demeure la détention. Il s'agit dans la grande majorité des cas du seul moyen susceptible d'atténuer le niveau de risque que présente la personne.

Quant au lieu de détention, une personne que l'on détient pour ce motif sera très généralement détenue dans un établissement correctionnel et pas dans un CSI (Claude, Qbi; Dominique, Qpf; Candide, Qbi; Leslie, GTbi; Louison, Qpf; Camille, Qpf).

6.2.1.2. Motif de risque de fuite

De l'avis des personnes interviewées, la décision de détenir une personne non citoyenne pour motif de risque de fuite se prend en fonction de la réponse à une question – une sorte de test – décrite de la manière suivante :

Do I trust them to release them to come back to me? (Billie, GTpf)

Is it better for them to not appear down the road, for a proceeding with immigration, because their fear is greater of being removed from Canada than completing their immigration processes and procedures? (Max, Pbi)

[A]t the end of the day, are they going to be in a position where they appear voluntarily for their removal from Canada? (Angel, Pbi)

Il s'agit donc d'estimer la probabilité qu'une personne décide de ne pas se présenter pour une procédure d'immigration, très généralement le renvoi. Charlie (GTbi) explique ce test comme étant quelque chose qui relève du sens commun, en l'illustrant ainsi :

[I]t's fairly common sense-ical. The closer somebody is to something that they don't wanna do, and that's usually removal, the greater the flight risk. So, if we've got a passport, if the flight have been scheduled, and there's no other legal impediment to removal, such as a Pre-Removal Risk Assessment, then we would say that the flight risk is great.

Voici deux situations hypothétiques que des participantes et participants m'ont présentées pour expliquer la manière d'appliquer ce test et d'apprécier les différentes circonstances d'un cas :

A: For example, in that case where someone is making a fresh refugee claim to us, what is the likelihood that that person will return to our office to complete all the necessary documents and application processes to remain in Canada legally? And is it more likely that that individual would go underground – is one of the term that we use – as opposed to complete all that paperwork cause their fear is higher of being return to their country of origin, as opposed to completing the necessary steps and procedures to remain in Canada legally?

Q: Ok.

A: And to tell us their true identity, to avoid removal from Canada to whichever country of origin?
(Max, Pbi)

La personne représente un risque de fuite, par exemple, on rapporte la personne qu'elle est inadmissible parce que, elle est une visiteuse de mauvaise foi parce qu'après l'analyse, la personne est même pas capable d'expliquer c'est quoi son itinéraire, qu'est-ce qu'elle va faire au Canada, visiter, où elle va rester. Puis admettons qu'on trouverait des éléments que cette personne-là risque d'aller fortement aux États-Unis parce qu'elle a de la famille là-bas, elle a été déportée antérieurement, récemment des États-Unis. Elle a des contacts, elle a des routes. Bien, là l'agent il va

vouloir procéder à une détention pour, le motif ça va être risque de fuite, parce qu'il y a des éléments de croire que si je donne des conditions à cette personne-là, de se présenter à son départ demain, elle viendra pas parce qu'elle va essayer de rentrer soit légalement ou illégalement aux États-Unis. (Dominique, Qpf)

Les facteurs considérés pour conclure à l'existence d'un risque de fuite sont nombreux. Comme le dit Dominique (Qpf), « risque de fuite, je vous dirais, c'est le, dans les motifs de détention, c'est celui qui est le plus large, puis qui contient le plus d'éléments à considérer. [...] il y a beaucoup, beaucoup d'éléments ».

Certaines personnes (Robin, GTpf; Angel, Pbi) mentionnent explicitement les facteurs réglementaires (établis par les articles 245 et 248 du RIPR), qui selon Sam (Pbi) sont « pas mal clairs » [ma traduction]. Parmi les éléments mentionnés, plusieurs sont liés à ces facteurs. Les participantes et participants font d'abord référence à l'historique migratoire des personnes non citoyennes, comme le non-respect des conditions imposées par les autorités migratoires, au Canada comme à l'étranger (Sacha, Qbi; Dominique, Qpf; Charlie, GTbi; Billie, GTpf; Jackie, GTbi; Sam, Pbi), le fait d'avoir déjà été renvoyé (Dominique, Qpf; Robin, GTpf), le fait d'avoir vécu sans statut ou d'avoir négligé de le renouveler (Lou, Ppf; Max, Pbi). Sam (Pbi) a aussi mentionné l'exemple d'un individu qui s'est battu avec les agents de l'ASFC qui l'escortaient pour son renvoi.

Les liens de la personne non citoyenne avec le Canada ou le pays d'origine entrent aussi en ligne de compte. L'absence de lien avec le pays d'origine (Robin, GTpf; Billie, GTpf) et le fait qu'une personne dise explicitement ne pas vouloir quitter le Canada (Sacha, Qbi; Charlie, GTbi; Jackie, GTbi; Lou, Ppf; Angel, Pbi; Sam, Pbi) constituent des indicateurs de risque de fuite, tout comme le manque de transparence, d'honnêteté ou de crédibilité (Dominique, Qpf; Charlie, GTbi; Billie, GTpf; Jackie, GTbi; Max, Pbi; Louison, Qpf)¹⁶⁰⁶. La criminalité passée a également un impact sur l'appréciation du risque de fuite, comme le fait d'être un fugitif, soit de fuir les autorités judiciaires (Claude, Qbi; Dominique, Qpf; Robin, GTpf; Max, Pbi; Sam, Pbi) ou ne pas avoir respecté les conditions imposées par un tribunal (Sam, Pbi). Certaines ont aussi évoqué le fait d'acquérir un statut ou de vivre sous une fausse identité (Charlie, GTbi; Sam, Pbi).

De plus, l'imminence du renvoi (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Charlie, GTbi), la durée anticipée des procédures migratoires pendant lesquelles la personne devrait être détenue (Dominique, Qpf;

¹⁶⁰⁶ À ce sujet, voir la section 6.2.2, ci-dessous.

Billie, GTpf; Camille, Qpf), le fait de ne pas vivre à une adresse fixe et de manquer d'argent pour se loger (Billie, GTpf; Jackie, GTbi; Lou, Ppf; Max, Pbi) – parce que l'ASFC doit pouvoir faire des vérifications (Jackie, GTbi) – sont d'autres éléments pris en compte.

Certains participants et participantes disent considérer la disponibilité des SRD (Sacha, Qbi; Charlie, GTbi; Robin, GTpf; Billie, GTpf), comme le fait qu'une personne puisse se porter garante (Dominique, Qpf; Max, Pbi). À propos de l'imposition de conditions, comme celle de se présenter lorsque convoqué pour son renvoi, Lou (Ppf) estime que, pour la plupart des gens, le fait de rappeler que de ne pas se présenter mène à l'émission d'un mandat d'arrêt a un « assez bon effet dissuasif » [ma traduction]. Dans les cas de détention pour risque de fuite, Sacha (Qbi) dit être « beaucoup plus neutre » dans l'évaluation d'une SRD en comparaison avec un cas de détention pour motif de danger.

Comment mentionné plus haut, les agentes et agents estiment que le motif de détention pour risque de fuite est l'un de ceux où leur marge de manœuvre – leur pouvoir discrétionnaire – est vaste. Au cours des entretiens, elles et ils ont aussi discuté de leur façon d'interpréter ou d'appliquer ces différents facteurs. Comme le dit Louison (Qpf) :

Tout ça, c'est vraiment, c'est une multitude de facteurs, puis non pas un ou deux facteurs, faut vraiment que une multitude de facteurs se bâtissent et ça, ça peut nous mener à croire qu'il y a un risque de fuite assez significatif pour la détention.

D'autres reprennent cette idée que les facteurs doivent être « significatifs » [ma traduction] (Sam, Pbi) et que le risque de fuite s'évalue le long d'un continuum. Ainsi, dans plusieurs exemples mentionnés par les participantes et participants, on parle d'un risque de fuite faible ou élevé.

Dans la détermination de ce niveau de risque, il y a ainsi le contexte ou les circonstances à prendre en compte. Les exemples de situation suivants illustrent l'impact que les circonstances peuvent avoir :

[W]e always have to look at the circumstances in which... why they're doing it. So if it's someone, if it's a genuine refugee trying to get to Canada and they're using a fraudulent document to do so, it's not gonna be given here as much weight as a fugitive trying to come to Canada to hide and using a fraudulent document. So we, we always have to look at the context in which they were, they were conducting that, or doing that action. (Sam, Pbi)

When refugees come here, refugee claimants, I should say, they're given an acknowledgement of terms and conditions. There's standard terms on those, which is to report as required for any purpose under the Immigration Act, report for removal. I don't know if they put report for removal, but to

keep your address updated. Now the issue is, it would say, updated with IRCC and not necessarily CBSA. So we're kind of like; "Okay, maybe somebody really did not understand that acknowledgement of terms and conditions". You give them the benefit of the doubt, you don't really count that as one strike against them. (Charlie, GTbi)

Justement à ce sujet du respect des conditions imposées par les autorités migratoires, une façon d'envisager ce facteur largement partagée est la suivante :

[I]f you can't even comply with basic conditions imposed upon you, then how can we ass[ess], how can we think that you will comply with showing up for removal if required? (Sam, Pbi)

Charlie (GTbi) confirme que « le comportement passé est un indicateur du comportement futur » [ma traduction]. Néanmoins, lorsque confrontées à une première occasion de non-respect des conditions, les agentes et agents semblent vouloir donner le bénéfice du doute à la personne non citoyenne :

[U]sually, because detention is a last resort, people, if it is our first interaction with them, they are often released on conditions. And it's on the second or third time that they've breach the conditions, that we would detain and say that they're unlikely appear. (Sam, Pbi)

À propos du fait d'être fugitif, Claude (Qbi) mentionne que la gravité de l'infraction peut donner du poids à ce facteur :

On s'entend, quelqu'un par exemple, qui aurait des infractions au code de la route pas payées aux États-Unis, qui sait pas qu'il est mandat, on est ailleurs qu'avec quelqu'un qui a fait une tentative de meurtre. Donc, c'est sûr. Ça va avec la gravité de l'infraction, évidemment.

De plus, quelques personnes rencontrées ont longuement discuté d'une situation fréquente dans certains points d'entrée et dans laquelle les motifs de détention sont intimement liés à ce qui motive l'interdiction de territoire, illustrant ainsi les liens parfois forts entre la décision de détention et les décisions antérieures. Il s'agit de la situation où se présente un « voyageur de mauvaise foi » (Dominique, Qpf), ou en anglais un « *non-genuine visitor* » (Robin, GTpf; Billie, GTpf). Robin décrit cette situation de la façon suivante :

[Y]ou have this person, normally they're first time travelers, I'll be honest with you, the majority of people that are non-genuine visitors, they're first time travelers, and I think usually there's an ulterior motive for them coming here, whether it's no... And in my experience it's normally, like, economic migration, they're coming to seek work. And there's nothing wrong with coming to seek work, but they can't support themselves, they're not explaining why they're coming here truthfully, so they'll say they're here for a vacation. They can't tell you anything they've come to see. So, when they can't do these things, it, it's [sighs] it's difficult.

Robin explique les liens entre l'interdiction de territoire et le risque de fuite dans ce type de situation.

So we write them under 41(a) of the Act, non-compliance with [the Act], we don't believe they will leave by the period authorized for their stay¹⁶⁰⁷. For me, those are more of flight risks ones. That's where I would detain somebody for, as a flight risk, because if I don't believe that you're going to leave Canada by the period authorized for your stay, how do I believe that if I release you, you're gonna come back and go on your flight? So you won't, you won't, basically. You're not gonna leave, and then I'm releasing you. It kind of contradicts what I've written, a report of what I found you inadmissible for, so that's where I tend to use flight risk.

Après avoir donné des explications similaires, Dominique (Qpf) conclut que « [q]uand on est devant un visiteur de mauvaise foi, les risques de fuite, ils commencent à être élevés ».

Enfin, dans certains points d'entrée, « le risque de fuite, c'est le [motif de détention] majeur » (Dominique, Qpf), celui auquel on recourt le plus souvent. Dans d'autres unités, c'est un motif beaucoup plus rarement utilisé. Ce qui fait dire à Camille (Qpf) que « c'est un cas plus de point d'entrée, risque de fuite ».

6.2.1.3. Motif d'identité

Pour ce qui est de la détention pour motif d'identité, les agentes et agents rencontrés accordent une importance particulière au fait de pouvoir établir l'identité des personnes non citoyennes¹⁶⁰⁸. En bref, on considère l'identité comme la « pierre angulaire du système d'immigration » parce qu'elle s'avère nécessaire pour faire les vérifications qui permettent d'évaluer le niveau de risque que présente la personne, par exemple en raison d'antécédents criminels ou d'historique migratoire. Les participantes et participants estiment que la détention s'impose généralement tant qu'il est impossible de faire de telles vérifications.

[Identity] is of the utmost importance because, without knowing the person's true identity, and without being able to check any of the background of that person, any of the other potential factors can come into play. We don't know this person's history, we don't who they are, we don't know where they came from. Could they be an ongoing danger? Could they be a security risk? All of those factors. You know, we need to know the person's identity in order to be able to establish those things. So, you

¹⁶⁰⁷ Il s'agit de l'obligation prévue à l'article 20(1)(b) de la *LIPR* (*supra* note 20). L'interdiction de territoire en question est l'interdiction pour manquement à la loi.

¹⁶⁰⁸ Cette question est abordée en détail plus loin. Voir la section 7.3, ci-dessous.

know, again, having someone on the loose in Canada and not knowing who they are, that is hugely problematic for the safety and security of Canada. (Angel, Pbi)

Sur le plan juridique, afin de maintenir une personne en détention pour motif d'identité, l'ASFC doit, en bref, simplement démontrer à la SI qu'elle « fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger » ou que celui-ci « n'a pas raisonnablement coopéré »¹⁶⁰⁹. La SI ne peut se prononcer sur la question de l'identité en tant que telle, c'est-à-dire qu'elle ne peut faire sa propre appréciation des informations données par la personne non citoyenne ou récoltées par l'ASFC. Cette question est de l'unique ressort des agentes et agents de l'ASFC. Les personnes rencontrées m'ont offert quelques indications sur ce point, soit sur la manière d'établir l'identité de la personne¹⁶¹⁰. Claude (Qbi) explique ainsi que « dans le fond, l'identité, il faut arriver à une courbe où la prépondérance des probabilités fait que on pense qu'on est satisfait de l'identité. Si l'agent est pas satisfait, il va procéder à l'arrestation ». Il s'agit là de l'explication générale la plus détaillée qui m'a été donnée. Autrement, les personnes rencontrées m'ont surtout présenté des exemples pour illustrer de quelle façon elles décident de détenir quelqu'un pour ce motif. De ceux-ci, il est possible de déduire que le « test » auquel doit répondre une personne non citoyenne pour satisfaire une ou un agent de son identité consiste en la possibilité, pour l'ASFC, de corroborer les informations données par la personne non citoyenne à l'aide de sources que le personnel de l'ASFC considère comme légitimes. L'extrait suivant donne un aperçu des principaux moyens qui existent pour établir l'identité ainsi que de certains autres facteurs qui entrent en ligne de compte :

So, one person, for identity, for example, like, they might not have a passport, and somebody might detain. But then you might have somebody who doesn't have a passport, but they give you the right name, they have an immigration history with you, they have family members in Canada who can come to the border and say: "Yeah, I know who this person is". So in that case you won't detain. But then you might get somebody who doesn't have a passport but then doesn't have any record in the system, has no family members that can say who they are. So in that same case, your ground for not having a passport will be good, whereas in the other case, it won't be good, because you have all these other things that can establish identity. (Lou, Ppf)

Ainsi, si le passeport occupe une place centrale, une personne non citoyenne dispose d'autres manières pour satisfaire l'agente ou l'agent de son identité. Il se dégage en effet des propos des participantes et participants que la meilleure façon d'établir son identité demeure un passeport ou

¹⁶⁰⁹ LIPR, *supra* note 20, art 58(1)(d).

¹⁶¹⁰ Le RIPR et le manuel d'exécution de la loi contiennent une série de critères, non exhaustifs, à prendre en compte lors de l'appréciation de la preuve de l'identité de la personne non citoyenne. Voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

un autre document d'identité officiel (ex. : émis par les autorités d'un pays). Pour Sam (Pbi), « si vous arrivez avec absolument zéro document, c'est hautement probablement que vous soyez détenu » [ma traduction]. De l'avis d'Angel (Pbi), l'absence de document d'identité « qui paraît légitime » [ma traduction] constitue en soi un motif raisonnable de détention. La possession d'un document n'est pas en soi suffisante, il faut également que l'agente ou l'agent le considère comme légitime :

Grosso modo, c'est ça, donc, il faut que vous ayez un document d'identité, avec des critères de sécurité, puis que vous nous démontrez, par suite de questionnaire [lors du contrôle], que ce document a été obtenu légitimement et que c'est bien la nationalité dont vous dites que vous possédez. C'est pas juste d'avoir le passeport. Oui le passeport, mais comment? Si j'ai votre passeport, ça veut pas dire que c'est mon identité. (Dominique, Qpf)

Les personnes interviewées m'ont présenté plusieurs cas de figure où un document d'identité n'est pas vu comme légitime : lorsque les documents paraissent frauduleux ou contrefaits (Alex, Qbi; Camille, Qpf), par exemple s'ils contiennent des erreurs (Sacha, Qbi), ainsi que lorsqu'une personne a en sa possession un document qui ne lui appartient pas (Claude, Qbi; Sacha, Qbi; Dominique, Qpf; Louison, Qpf). Sam (Pbi) m'a également rapporté le cas d'un document qui avait été créé après le début de la détention :

[A] document that was created while the person was in detention here was sent instead. Which doesn't help our investigation because we want, we want something that shows what, like what the person had before they arrived. What, what have they been living with, what have they been using for their lives. So something that's been created since they were in detention is, in this particular case, just not obviously helpful.

Sacha (Qbi) m'a fait part d'une certaine méfiance envers les documents provenant de certains pays, dans la mesure où « on est aussi conscient qu'en Afrique... c'est, comment dire? On paye pis on obtient un document ». De plus, le fait d'avoir détruit ses documents d'identité peut être perçu négativement (Jamie, Ppf).

Lorsque la personne non citoyenne n'a pas de tels documents, des agentes et agents rencontrés indiquent qu'avant de décider de détenir la personne, il faut faire « tous les efforts raisonnables » (Camille, Qpf) pour corroborer ses dires, que « tous les outils lui sont donnés afin qu'elle puisse fournir son identité » (Louison, Qpf). Plusieurs méthodes sont possibles¹⁶¹¹ : faire des vérifications dans les bases de données canadiennes ou américaines (Claude, Qbi; Sacha, Qbi; Dominique, Qpf;

¹⁶¹¹ Voir, à ce sujet, la section 5.1.3, ci-dessus.

Billie, GTpf; Lou, Ppf, Louison, Qpf) ou auprès de « partenaires » (Alex, Qbi; Billie GTpf), contacter des membres de la famille ou d'autres personnes au Canada qui peuvent attester de l'identité ou apporter des documents d'identité (Claude, Qbi; Alex, Qbi; Lou, Ppf; Louison, Qpf). Des documents comme un certificat de mariage, de naissance, des bulletins scolaires ou des photocopies de documents officiels sont parfois acceptés, souvent lorsque combinés avec d'autres éléments (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Dominique, Qpf; Louison, Qpf; Camille, Qpf). Ainsi, comme dans l'extrait présenté plus haut, si on arrive à corroborer les informations données par la personne, il se peut qu'elle ne soit pas détenue (Lou, Ppf).

En plus des sources d'informations et de l'appréciation de leur légitimité, « c'est plein d'éléments [qui] sont pris en compte ensemble » (Sacha, Qbi). Plusieurs de ces facteurs se rapportent aux interactions (ex. : collaboration, crédibilité, transparence) ou aux éléments de vulnérabilité (ex. : présence d'enfants), abordés plus bas¹⁶¹². Les extraits suivants montrent l'impact que ces éléments peuvent avoir sur la prise de décision :

Qu'est-ce qui nous amène à détenir pour identité... c'est que... les éléments qu'on a face à nous démontrent clairement que la personne a... soit a tenté de nous donner des documents puis on réussit à démontrer que ce n'est pas les bons documents, où il y a des indices qu'on peut penser que la personne... ses déclarations sont fausses, ça c'est un autre facteur. (Claude, Qbi)

Une personne qui arrive sans document, mais qui est crédible, qui va expliquer c'est quoi son nom, l'agent fait par exemple une vérification, dans un système. C'est tellement, tellement, tellement individuel, pis c'est tellement... L'agent qui va, est-ce qu'il croit la personne? Ou est-ce qu'il croit pas? Un autre agent à côté, pis malheureusement, ça demeure subjectif, quand même, l'agent à côté peut ne pas être satisfait alors que lui l'aurait été. Ça arrive. Mais généralement, si l'agent n'est pas satisfait, souvent il n'a pas de document, quand l'agent lui pose des questions, il y a des problèmes, un peu, de crédibilité, c'est pas, c'est flou, c'est ci, c'est ça. (Sacha, Qbi)

Inconsistencies. A lot of identity is credibility-based, I find. So, if they're telling us this is who they are and we discover that the entire story of where they've said they've been and what they've been doing is false, it sheds, it puts a little doubt, it casts a doubt on their... what they're telling us about their identity. (Alex, Qbi)

Nous, on va accepter, parfois, des choses qui ne sont pas des documents de voyage, émis par une autorité gouvernementale. Si j'ai assez de preuves documentaires sur l'identité de la personne, ça se peut qu'on prenne la décision de pas la détenir, mais de lui imposer des conditions pour qu'elle obtienne un document national. Parce que la plupart du temps, ils en ont, ils les fournissent pas ici. Soit ils sont dans leur pays d'origine, soit ils sont avec de la famille, soit au Canada, soit aux États-Unis. Mais c'est ça. Si on a assez de preuves documentaires, que ce soit des actes de naissance,

¹⁶¹² Voir les sections 6.2.2 et 6.2.3, ci-dessous.

certificats de mariage, qui me prouvent que c'est vraiment la bonne personne, et qui me semblent être authentiques, ça se peut que la personne soit pas détenue. (Camille, Qpf)

Mais ça se peut que considérant les facteurs, considérant le volume, considérant tout plein de choses, est-ce que je suis prêt à accepter que la personne m'ait donné uniquement un certificat de naissance, puis genre des bulletins scolaires, si je suis capable de corroborer d'autres informations? Ça se pourrait. Ma discrétion est là. Ou de donner certaines conditions à la place de détenir, compte tenu de facteurs familiaux, de facteurs de santé, ma discrétion elle est, elle est là. (Camille, Qpf)

Le dernier extrait montre aussi l'ampleur que peut prendre la discrétion lorsque l'agente ou l'agent estime que l'identité n'est pas prouvée : discrétion dans l'appréciation des documents fournis à la lumière d'autres informations (dont la légitimité doit être évaluée) ainsi que dans le choix entre la détention ou l'imposition de conditions, et ce, en fonction de facteurs comme la présence d'enfants, de problèmes de santé ou d'affluence. Il y a là plusieurs éléments qui orientent et contraignent l'application qui est faite du régime juridique. De plus, à la lumière du deuxième extrait de cette série, il existe un côté éminemment subjectif à l'évaluation de ces éléments. Alors que les exigences semblent plus élevées dans certains points d'entrées, elles peuvent aussi varier d'une personne à l'autre au sein d'un même point d'entrée.

Quant au choix de l'établissement de détention, une personne détenue pour motif d'identité est très généralement dirigée vers un CSI (Charlie, GTbi; Camille, Qpf).

6.2.2. Les interactions avec la personne non citoyenne : crédibilité, transparence, attitude

Comme abordé déjà à quelques reprises, les interactions entre les fonctionnaires de l'ASFC et les personnes non citoyennes prennent une place importante dans le processus de prise de décisions relatives à la détention¹⁶¹³. D'une part, ces rencontres sont pour les agentes et agents l'occasion d'obtenir plusieurs informations importantes. D'autre part, certaines personnes interviewées considèrent l'entrevue comme le moment clé de l'exercice de leur discrétion, en raison de l'appréciation qui doit être faite de plusieurs facteurs qui s'y manifestent. De plus, comme le montrent les extraits qui suivent, le comportement de la personne, son attitude ou sa manière d'interagir jouent un rôle important dans la prise de décision des participantes et participants, au-

¹⁶¹³ Pour un aperçu de la perspective des personnes non citoyennes sur ces interactions, voir Sojourn House et Canadian Council for Refugees, *supra* note 1039 aux pp 11–12; Goettl et Jeanes, *supra* note 366 aux pp 18–23.

delà des faits et circonstances du cas. La première citation met bien en évidence le caractère subjectif de cette évaluation :

[I]n terms of risk analysis, the majority of it comes from just the way we talk [...] It's going to be subjective, there's gonna be some objective part to it, like your history, your criminal history. But a lot of it is going to be, like, how do we talk. (Robin, GTpf)

Q: [W]hat about the interaction itself with the person? Does that have an impact on your decision?

A: Absolutely. Like, depending on how forthcoming they are with us. There are cases where you will interview someone and it will be five minutes cause they refuse to answer any of your questions.

Q: Ok.

A: So, that's pretty much established your grounds right there that they are not being cooperative, and / or if they are answering the questions, they're not answering the questions truthfully, based on the information you've gone into that interview with. Definitely interaction. If they're being evasive, if they're providing false information, if they're being aggressive, if they're fighting [laughs]. Definitely, their response to the interview will affect the outcome. (Max, Pbi)

La grande majorité des participantes et participants ont abordé ce volet de leur travail et plusieurs ont discuté de l'impact de différents aspects de ces interactions sur leurs décisions. Un premier aspect concerne trois éléments qui se présentent comme étant interreliés et s'influencent les uns et les autres; ils sont parfois quasi synonymes. Dans les mots des personnes interviewées, il s'agit de la collaboration, de la transparence et de la crédibilité¹⁶¹⁴. Des indices qui mènent les agentes et agents à conclure à un manque de transparence peuvent être le fait de ne pas répondre aux questions (Max, Pbi; Louison, Qpf), de ne pas y répondre honnêtement ou de mentir (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Dominique, Qpf; Robin, GTpf; Billie, GTpf; Nikita, GTbi; Jackie, GTbi; Max, Pbi; Jamie, Ppf; Louison, Qpf), de répondre de façon évasive (Louison, Qpf), de présenter de faux documents (Alex, Qbi; Jamie, Ppf), de faire des déclarations contradictoires (Nikita, GTbi; Jamie, Ppf; Louison, Qpf), ou encore de cacher certains faits (Alex, Qbi). La véracité des déclarations s'évalue à l'aune des autres informations récoltées (Alex, Qbi). Comme le résume Dominique (Qpf) : « la crédibilité, ça va être l'ensemble de faits présentés sur lesquels on peut vérifier ou on peut accepter qu'ils sont véridiques, qu'on n'a pas d'indicateurs qui vont à l'encontre de ça ». Le pouvoir discrétionnaire paraît dans ce cas assez vaste, puisqu'on doit faire une appréciation de chacun des faits présentés.

¹⁶¹⁴ Sur la question de l'évaluation de la crédibilité dans un contexte d'immigration, voir Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 50 et s.

Un tel manque de transparence constitue une source d'inquiétude pour les agentes et agents (Alex, Qbi). Comme indiqué plus haut, cela est associé à un manque de crédibilité ou à l'absence de collaboration, ce qui mène par exemple Robin (GTpf) ou Sam (Pbi) à se demander s'il ne s'y cache pas une intention criminelle. Cela semble particulièrement préoccupant dans les cas où l'identité n'est pas établie :

And we go to quite extreme lengths now, to try to prove their identity because... we have to look at why they're obstructing us so aggressively. Why are they willing to spend years in detention in Canada, [...] why are they so motivated to not help us and to remain in detention? So, what are they hiding? Are they fugitive? Like, the unknown is too great. So, we have not choice but, if they're not cooperating, but to go to great lengths. (Sam, Pbi)¹⁶¹⁵

Dominique (Qpf) a mentionné qu'en cas de fausses déclarations, il faut se demander si la personne peut avoir des raisons légitimes de mentir, par souci d'équité procédurale, comme un individu qui mentirait au sujet de son dossier criminel lorsqu'en présence d'un membre de la famille qui pourrait ne pas être au courant de ces antécédents¹⁶¹⁶.

De l'avis des participantes et participants, ces éléments s'avèrent pertinents surtout dans les cas de détention pour identité ou risque de fuite, comme illustré dans les extraits suivants.

Faut prendre tous ces éléments-là. On fait l'appréciation de la situation. Puis si on a la balance des probabilités pour dire, bien écoute, il avait pas de raison de mentir. Les faits sont là, toutes. Je vais recommander une détention parce que la crédibilité est pas établie, puis il y a plus de chance que cette personne-là ne se représente pas. Là on va procéder à une détention. (Dominique, Qpf)

[I]f the person that's in detention, and the person that's coming forward has an alternative to detention, testify, which is now common practice, [...] and what he or she says is completely incongruent with what he or she says, well, how much confidence is there in my mind then, that this person can influence that person if they're not even, either, on the same page, or they're not telling the truth? Because, the concern [...] is, if you're in detention, and you're seeking your release from detention, and you're not willing to tell the truth to the person sitting at the front of the room that can make that happen, what are then the chances that you're going to be truthful and comply when you're at liberty? (Nikita, GTbi)

When it comes to identity, which is a common one, you have to ensure that you've taken all steps to ensure that you're unable to establish the person's identity at that time. That could be documentary review, that could be... a lot of it, for all of these cases a lot of it also hinges on the person's behavior.

¹⁶¹⁵ À ce sujet, voir la section 7.3, ci-dessous.

¹⁶¹⁶ Il faut rappeler que la LIPR prévoit l'obligation de « répondre véridiquement aux questions [...] posées lors du contrôle, [de] donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visa et documents requis » : LIPR, *supra* note 20, art 16(1). Le manquement à cette obligation constitue en soi un motif d'interdiction de territoire : *ibid*, art 41

What has the interaction been with the individual? [...] Do they have credibility? Have they deliberately destroyed documents, have they used multiple names? So on and so forth. (Jamie, Ppf)

[C]e qui va nous emmener à établir que le risque de fuite est assez significatif pour recommander une détention, ça peut être la transparence du voyageur lors de l'entrevue d'immigration. Si la personne, elle a répondu de façon transparente, honnête à nos questions. Ou est-ce qu'elle nous a induits en erreur à plusieurs reprises? Est-ce que la personne a été de bonne foi? Est-ce qu'elle nous a donné les informations qu'on a demandées? Est-ce que la personne, elle a bel et bien donné une image complète, là, de la situation? Est-ce que la personne a des antécédents de risque de fuite? [...] Des contradictions dans des entrevues, des contradictions significatives dans les entrevues. Les réponses qui sont très évasives, très vagues, très, qui nous emmènent pas les réponses, à nos questions, là. (Louison, Qpf)

Ainsi, la collaboration serait d'une importance centrale pour la mise en place de SRD, ce que montre cet autre extrait, dans lequel Sydney (GTbi) parle des facteurs qui jouent pour une recommandation favorable à une SRD :

The person is cooperative. That's the underlying principle of any of the [alternatives to detention], that they must be cooperative and compliant. Because no ATD is full proof, you know. If I, if you're released on an ankle bracelet, there is nothing to say you won't cut it off. If you're released to a bondsperson, regardless of the amount, there is no reason why you won't abscond. So it's almost like a trust factor on, on all parties. [...] So, there is always this underlying principle of cooperation and compliance, it has to be there.

Un deuxième aspect des interactions qui est pris en compte dans les décisions concerne l'attitude ou le non-verbal des personnes non citoyennes. Parmi ces éléments, Robin (GTpf) a entre autres mentionné des signes d'agressivité.

You're gonna spend... upwards of two hours with the individual and a lot of that is you talking with them like you and I are right now. So it's me watching for your verbal cues, your non-verbal cues. How are you receptive to... cause there's gonna be some tough questions in there... how are you receptive to those? If I ask you about your criminal past and you start to get angry, you start to get upset, it's something that I'll notate. If you start to get, if you're just like, you know, you start to clench your fist, you start to steam off, you throw things, you... and this has happened, right?

Un tempérament agressif peut ainsi affecter la décision de détenir ou non la personne (Max, Pbi), mais aussi mener à l'utilisation de menottes lors de l'arrestation (Robin, GTpf) et influencer sur le choix de l'établissement de détention (Dominique, Qpf; Candide, Qbi). Par contre, un comportement insolent ou irrespectueux ne devrait pas peser dans la balance :

Il faut toujours que tu te demandes c'est quoi la plus-value de le détenir. Qu'est-ce que ça va donner? Si c'est parce qu'il a été baveux pendant l'entrevue : « Tiens, je vais t'arrêter, là »... n'importe quoi. Même si la personne te sacre après, c'est quoi la plus-value. Est-ce que je sauvegarde la sécurité du public? Est-ce que je vais être capable de démontrer son identité pendant qu'il est détenu? [...] Donc

la personne qui, qui se laisserait aller à ses sentiments, parce que, des fois ça peut... faut pas qu'émotivement, tu sois impliqué. C'est de regarder c'est quoi l'objectif puis la plus-value. (Claude, Qbi)

La prise en compte de ces éléments pose également des difficultés ou défis au personnel de l'ASFC. Parfois, les premières interactions peuvent donner une fausse impression de la personne et nécessiter par exemple une réévaluation du niveau de collaboration de la personne détenue :

Sometimes, I mean, quite frankly, sometimes there are judgements that are made in the course of the initial involvement, on the part of the officer, with the client. You know, it could be a heated argument, it could be a variety of different facets that have led that officer to believe that that person is not going to be cooperative. But in the subsequent 48 hours, it comes to light that the person, you know, at that very moment, was just overly emotional, and was unwilling to speak to an officer, or they were scared, or there was a language barrier. (Angel, Pbi)

De plus, une personne interviewée relate qu'il peut parfois être difficile de communiquer au tribunal les éléments qui relèvent des interactions et les conclusions qu'on en tire. Par exemple, l'agent d'investigation pourrait ne pas croire les réponses données en entrevue, réponses qui seront tout de même consignées et soumises au tribunal. Le commissaire pourrait alors estimer, sur la base du document, que la personne collabore, alors que l'ASFC est de l'avis opposé en raison d'éléments liés aux interactions qui l'incite à croire que les réponses sont fausses.

Néanmoins, certains participants et participantes mentionnent que l'expérience aide à « apprécier la véracité de la déclaration faite par le voyageur » (Dominique, Qpf) ou, de façon plus générale à, « lire les réponses » [ma traduction] (Max, Qbi) qui sont données et exercer son pouvoir discrétionnaire :

A: It's, it really, in, I find, in this job, it really comes down to experience and your ability to be able to read the evidence that's in front of you and apply that to the individual that you have in front of you, and to read their responses based on the information you already have. It really comes down to, honestly, trusting your gut instinct, and learning to read the answers that individual that you're dealing with is giving to you. Learning to read displays of nervousness and trying to determine, you know, like, some people are just scared when they're being interviewed, by enforcement or police officers, and it's trying to learn the difference between that and that they aren't being forthright, or that they're lying.

Q: Ok.

A: And that just, it all comes down to experience. (Max, Qbi)

6.2.3. Les facteurs relatifs à la vulnérabilité

Une troisième série de facteurs de niveau micro concerne les éléments considérés par l'ASFC comme des facteurs de vulnérabilité. Le manuel d'exécution de la loi définit la « personne vulnérable dans le contexte de la détention » comme « une personne pour qui la détention pourrait entraîner des problèmes particuliers »¹⁶¹⁷. Les groupes de personnes considérées comme vulnérables sont les femmes enceintes, les mères qui allaitent, les personnes mineures, les « personnes atteintes d'un trouble médical ou d'un handicap grave », les personnes à mobilité réduite, les « personnes atteintes d'une maladie mentale présumée ou diagnostiquée (y compris les personnes suicidaires ou qui pratiquent l'automutilation) » ainsi que les victimes de la traite de personnes¹⁶¹⁸. Le manuel d'exécution indique que, « [p]our les personnes faisant partie d'une ou de plusieurs de ces catégories, l'agent doit appliquer le principe que s'il n'y a aucun danger pour le public, il faut éviter la détention »¹⁶¹⁹.

En réponse à diverses questions au cours des entretiens, les participantes et participants ont mentionné ces vulnérabilités et ont discuté de leurs impacts sur leurs décisions en matière de détention. Parmi les groupes de personnes vulnérables, les personnes mineures (6.2.3.1) et celles aux prises avec des problèmes de santé mentale (6.2.3.2) ont donné lieu à de plus longs échanges. D'autres facteurs de vulnérabilités ont été évoqués, mais plus brièvement (6.2.3.3).

6.2.3.1. La détention des personnes mineures

La détention des personnes mineures (et de leur famille) a été longuement discutée. Les perceptions sur l'ampleur et l'évolution de cette pratique sont variées. Selon certaines personnes rencontrées, on ne détient pas les enfants au Canada, ou très peu (Robin, GTpf; Lou, Ppf). Robin affirme ainsi n'avoir jamais détenu d'enfant, bien que dans un cas des enfants aient pu accompagner leurs parents au centre de détention¹⁶²⁰. Dans ce cas, cette décision paraissait justifiée puisque les parents avaient

¹⁶¹⁷ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 28.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

¹⁶¹⁹ *Ibid.* Par ailleurs, les seules mentions de ces groupes vulnérables dans la loi et le règlement concernent les personnes mineures. Pour rappel, l'article 60 de la LIPR pose le principe que la « détention des mineurs doit n'être qu'une mesure de dernier recours » (*LIPR*, *supra* note 20). Le règlement stipule que « l'intérêt supérieur de tout enfant de moins de dix-huit ans directement touché » doit être pris en compte « avant qu'une décision ne soit prise quant à la détention ou la mise en liberté » : *RIPR*, *supra* note 365, art 248(f).

¹⁶²⁰ C'est-à-dire que les enfants n'étaient pas légalement détenus, mais étaient « hébergés » au Centre de détention avec leurs parents. Sur cette pratique et les critiques dont elle fait l'objet, voir la section 2.3.3.7, ci-dessus.

déjà été renvoyés à plusieurs reprises et que la famille n'allait être détenue que pour une nuit, en attente de leur renvoi le lendemain. D'autres personnes font plutôt état d'une évolution des pratiques, notamment dans la foulée de l'adoption du CNDI : « Avant, on pouvait, ou ça arrivait que les, que les familles pouvaient être détenues incluant les enfants. Là c'est beaucoup, beaucoup, beaucoup plus rare, ça. [...] C'est des phénomènes qui sont beaucoup plus rares. » (Louison, Qpf). Billie affirme qu'à ses débuts à l'ASFC, un peu plus de douze ans plus tôt (donc vers 2007), la détention semblait être la seule solution disponible et une pratique plus répandue :

Families. When I first started working here, we detained families on a regular basis. And the whole idea was, was that removing children from their families, which was our only other option at that point, giving the children to children's aid, was really the last viable option for us, especially when you're detaining someone overnight to put them on a flight home the next day. [...] [W]e were dealing with large family groups, we were dealing with several families a day, looking at putting them into detention. It was not my first choice. However, it was the only choice that was available to me at the time and was common practice. [...] [I]t has become a much less common issue to detain a child.

Sacha (Qbi) fait état d'une plus grande sensibilité à cet enjeu, sans vouloir se prononcer sur l'impact concret du CNDI en termes statistiques et mentionne le fait que les enfants ne sont plus eux-mêmes détenus, bien que certains accompagnent leurs parents en détention.

Sérieusement, je l'sais pas. Est-ce qu'il y a plus de remises en liberté dans des dossiers où est-ce qu'il y a des enfants, pas d'enfant, famille, pas famille? Ce serait intéressant, je les, je les ai pas les chiffres. J'ai l'impression que ç'a dû changer un petit peu. Par contre, il y a encore des détentions. Puis ce qui a changé beaucoup, c'est que, avant... si ma mémoire me fait pas défaut puis j'espère qu'elle me fait pas défaut. Il me semble qu'on détenait quand même dans certains cas l'enfant, alors que maintenant, l'enfant est pas détenu. On essaye de voir, est-ce qu'il y a quelqu'un d'autre qui peut prendre l'enfant en charge, un membre de la famille, par exemple. Ou si le parent désire demeurer en détention avec l'enfant, et à ce moment-là c'est un enfant qui accompagne le parent, mais qui est pas en tant que tel détenu. Ça change probablement pas grand-chose au bout du compte, dans le sens que l'enfant est quand même au centre de détention. Et dans le sens que l'enfant est quand même considéré par le tribunal comme étant, quand même, dans un centre de détention, ultimement.

Les impacts de la présence d'enfants sur la prise de décision sont, comme ces perceptions, variés. Dans le cas où deux parents sont présents et où l'on estime qu'il y a des motifs de détention, Lou (Ppf) et Camille (Qpf) ont indiqué qu'afin que les enfants ne se retrouvent pas en détention, on préfère ne détenir qu'un parent et séparer la famille.

Fait que oui, des fois on utilise des alternatives, surtout dans les cas des familles, si on est capable d'avoir une personne qu'on détient et non pas la famille au complet. Parce que c'est, c'est beaucoup de gens, c'est pas le fun pour les enfants, donc, c'est ça. (Camille, Qpf)

Dans le cas où un parent se présente avec des enfants, certains participants et participantes m'ont dit ne pas recourir à la détention à moins de n'avoir « vraiment, vraiment aucun choix » [ma traduction] (Jackie, GTbi). C'est ce qu'expriment d'autres personnes interviewées :

When I see a mother with three small children, my goal, the entire time, would be to allow them to walk out of this place. Maybe I do have to call child services, it depends, it's always dep... every situation is dynamic, right? But the goal is always to have the children leave with their parent and come back, for any type of matter, you never want them to be away from their parents. (Robin, GTpf)

Vous, vous allez évidemment évaluer une personne qui a quatre enfants, à sa charge ici, détenue, va falloir qu'il y ait quelque chose de grave. Alors vous pouvez dire à cette personne-là, pourquoi ne pas venir signer un registre une fois par mois. (Claude, Qbi)

Ainsi, on vérifie parfois si une autre personne peut prendre l'enfant en charge (Sacha, Qbi; Robin, GTpf). La présence d'enfants fait que l'on opte parfois pour l'imposition de conditions, comme celle de se rapporter périodiquement à l'ASFC, plutôt que pour la détention (Claude, Qbi; Jackie, GTbi). Lorsqu'un enfant se retrouve en détention, certaines personnes indiquent que la remise en liberté se fait plus rapidement, notamment dans des cas d'identité (Sacha, Qbi; Alex, Qbi).

Comme le rappelle Robin (GTpf), « chaque situation est dynamique » [ma traduction] et chaque décision doit se prendre en fonction d'autres facteurs, comme le motif de détention :

Again, that's a, it's an administrative act. You have to consider the danger to the public, that's the biggest one, but I think when you're kind of... you're pulled between, like, a flight risk and the children, I think the children, 99.9% of the time, are gonna win out. (Robin, GTpf)

Ainsi, pour certains participants et participantes, il « va falloir qu'il y ait quelque chose de grave » (Claude, Qbi) pour décider de détenir une famille. D'autres m'ont rapporté détenir des familles pour des raisons d'identité. Dans ce cas, l'âge de la personne mineure peut également avoir un impact sur la décision, dans la mesure où une personne m'a indiqué ne pas toujours considérer un adolescent au même titre qu'un enfant plus jeune. On aurait moins de scrupules à détenir un enfant plus âgé.

Des contraintes opérationnelles interviennent parfois aussi dans les décisions concernant les personnes mineures¹⁶²¹. Une personne rencontrée en entretien m'a raconté le cas de l'enlèvement d'un enfant par un de ses parents. Elle avait alors sollicité l'aide des services sociaux pour trouver une solution de rechange à la détention pour l'enfant, puisqu'elle était d'avis que le parent devrait

¹⁶²¹ À ce sujet, voir la section 6.3.2, ci-dessous.

être détenu séparément de son enfant en raison de son acte criminel et que l'enfant devrait rapidement retourner avec son autre parent. Toutefois, les services sociaux ont déterminé que l'intérêt supérieur de l'enfant était de demeurer avec son parent, bien qu'en détention. Les deux sont donc restés au centre de détention pendant une dizaine de mois. Cette anecdote illustre également de quelle façon les évaluations faites par d'autres acteurs et actrices peuvent avoir un impact sur l'exercice de la discrétion par les fonctionnaires de l'ASFC.

En terminant, la détention des enfants représente certainement un enjeu délicat et complexe pour la majorité des personnes rencontrées. Par exemple, une personne a abordé cet enjeu lorsque je lui ai posé une question sur les défis associés à la détention :

[S]o generally the challenge is gonna be when you have families. And maybe one person, one in the family unit needs to be detained. So that's usually where most of the challenges [...] arise with refugee claimants. If you're gonna end up detaining one person, then you might have the wife and, you know, three young kids, and you gotta kind of figure out how that's going to work out, cause you're separating the family unit. Cause we don't detain children or family units like they do in the US. So that gets a bit complicated. Especially when someone is making a refugee claim in Canada, and has kind of already been through a lot and they might be in our office for many, many hours while we do all the paperwork. And then in the end, we might end up detaining one of them. So that will be a challenge. (Lou, Ppf)

Les statistiques de l'ASFC montrent qu'il y a de grands écarts en cette matière entre le Québec et le reste du Canada. Par exemple, pour l'année 2019-2020, 130 enfants détenus (ou hébergés) sur 138 l'ont été dans cette région, la grande majorité (103) parce que leur parent était détenu pour motif d'identité¹⁶²². Les personnes de cette région que j'ai rencontrées se sont certainement montrées sensibles à cet enjeu. Le reflet qui m'en a été donné est tout de même contrasté. Pour certaines, il s'agit d'une pratique exceptionnelle, pour d'autres, non. Ces avis semblent surtout partagés respectivement entre les agentes et agents qui travaillent dans les points d'entrée et ceux et celles qui travaillent dans les bureaux intérieurs. Plusieurs ont néanmoins noté des changements dans les façons de faire depuis l'adoption du CNDI. Certaines disent (en contraste avec les statistiques officielles, semble-t-il) qu'il est devenu très rare que des familles soient placées en détention, d'autres disent que les enfants ne sont plus détenus au sens de la loi, mais ne font qu'accompagner leurs parents.

¹⁶²² ASFC, « Statistiques sur les détentions 2012-2019 », *supra* note 799. L'ASFC explique cet écart entre autres en évoquant les arrivées irrégulières de familles nombreuses par le chemin Roxham.

6.2.3.2. La détention des personnes aux prises avec des problèmes de santé mentale

La vulnérabilité associée aux problèmes de santé mentale fait aussi partie des éléments pris en compte par les agentes et agents de l'ASFC. Parmi les personnes rencontrées, certaines l'ont simplement évoquée au passage (Max, Pbi; Jamie, Ppf; Louison, Qpf) alors que d'autres l'ont abordée plus longuement, souvent en termes de défis ou de complexité. Leslie (GTbi) s'exprime ainsi sur ce sujet :

In some instances we may have someone who is arrested and the circumstances develop afterwards that they would probably benefit better from not being detained, if it's possible. But, we understand why they were arrested because left on their own devices, they won't necessarily do what they need to do, which is, say, report to, if they have a reporting condition, or to show up for interviews with immigration. So, in that sense, that's why they probably got arrested in the first place. So just letting them go won't solve that problem.

L'idée que certaines personnes aux prises avec de tels problèmes ne peuvent respecter les conditions qui leur sont imposées est également reprise par d'autres participantes et participants (Billie, GTpf; Nikita, GTbi).

Les extraits suivants présentent la complexité que ces cas sont susceptibles de comporter :

Someone that's mentally ill, can we simply release them into the public? Well, I don't have any authorities under the [...]. That's a police authority. However, if they are mid-psychosis, can I reasonably believe that they're in their right mind and are able to return if released on conditions? No! [Laughs] So what do you do, what do you do next, and what care do you have to take with it? Because, a person like that, if they're held at the Immigration Center, for the most part, they have to be compliant, able to follow with instructions, able to be around other people. So if we have someone that is, becomes violent when they're in mid-psychosis, is that fair? Is it fair to them, because it's a huge amount of stress, but is it fair to those around them, because, other people are there too? So, we have to maintain safe environments, because our only other option with many mental health cases is jail. So they go into segregated populations in a provincial facility. And we're not talking a hospital facility, we're talking jail. And that's... they're not criminals. (Billie, GTpf)

[I]t becomes a much more complex balancing act in my head, when there's mental health or addictions at play. Because those are the unpredictable. As I'm sure you know, as anyone really, like, there's this unpredictability that goes hand in hand with mental health, untreated mental health, and untreated addictions issues. So when you have someone in that realm, it is really difficult to try and come up with something that mitigates it. Again, due to the lack of resources for that vulnerable group. This is not a problem that is happening just within immigration cases. This is happening from a criminologist perspective, and has been happening with our society forever, that this particular group, you know, there's not a lot in law enforcement, or in the legal realm, to assist these people. The resources are very limited. (Nikita, GTbi)

Ce type de cas semble donc complexe dans la mesure où, pour accomplir leur mandat et assurer l'intégrité du système d'immigration, les agentes et agents de l'ASFC disent n'avoir d'autre choix que de détenir la personne, parfois dans un établissement correctionnel, en raison du manque de solutions de rechange ou de ressources pour ce groupe de personnes.

Autrement, la présence de problèmes de santé mentale peut avoir un impact sur le motif de détention, par exemple lorsqu'on considère que la personne n'est pas responsable de ses actes.

So he was picked up and, you know, I have to say, we dealt with him very leniently because this person was physically violent. He would act out, he had actually struck some corrections officers and that kind of things. And, but we never held him on a danger to the public ground, it was just appearances grounds in recognition that, you know, it wasn't like he was making these decisions to hurt people. (Charlie, GTbi)

Toutefois, les personnes rencontrées n'ont pas discuté des impacts que peut avoir la détention sur la santé mentale des personnes détenues¹⁶²³.

6.2.3.3. Autres facteurs de vulnérabilités

En ce qui concerne les **femmes enceintes** ou les **mères qui allaitent**, les participantes et participants indiquent en majorité opter pour « d'autres arrangements » (Camille, Qpf) et ne pas détenir (Louison, Qpf). On peut plutôt imposer des conditions comme celle de se rapporter périodiquement (Jackie, GTbi). Dans certains cas où une femme enceinte est tout de même détenue pour motif d'identité, une personne rencontrée indique recommander la remise en liberté plus rapidement :

There would also be cases [...] where there are minor children involved, maybe the woman is pregnant, that, even before we get to that point, of not having nothing left to do in the file, [when] we already know we're not going to be ever satisfied, we could go ahead with that recommendation also, saying we no longer believe that the identity can be established and we recommend the release on conditions. (Alex, Qbi)

La situation des personnes en **situation de handicap**, physique ou intellectuel, a été mentionnée au passage par quelques personnes (Charlie, GTbi; Max, GTbi; Louison, Qpf), pour dire qu'il s'agit d'un facteur à prendre en compte qui peut avoir un impact sur la décision de détention, parce que,

¹⁶²³ À ce sujet, voir la section 2.3.3.5, ci-dessus.

« quelqu'un qui comprend pas les procédures [...] peut-être le centre d'immigration n'est pas une place à les envoyer » (Louison, Qpf).

Enfin, la **maladie** constitue un dernier facteur de vulnérabilité qui a été abordé par les personnes rencontrées. Celle-ci peut avoir un impact sur le choix de l'établissement de détention (Jamie, Ppf; Camille, Qpf). Deux personnes ont également discuté de l'impact possible d'une maladie grave sur la décision de détenir ou non la personne. Dans certains cas, on estime que les soins exigés sont trop importants pour que la personne s'enfuit ou entre dans la clandestinité. Le risque de fuite est donc très faible et la détention, pas nécessaire.

If the person is ill, and requiring treatment of some sort that would likely also make them easier to find. I mean, if they're ill, they're really ill, they're probably not gonna be travelling underground trying to evade you, as much as the average person. (Max, Pbi)

[I]f their medical condition is such that they're never going to be too far from hospital, is their detention really necessary? Because we know where they'll be, they'll be in close proximity to, you know, medical treatment. They're not really likely to, you know, go on the run, if you will, right? (Sydney, GTbi)

6.2.4. Les facteurs relatifs au profil sociodémographique

Une abondante littérature suggère que les caractéristiques sociales d'une personne (ex. : son origine nationale et ethnique, son âge, son emploi) constituent une dernière série de facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par les fonctionnaires de première ligne¹⁶²⁴. Plusieurs auteurs et autrices indiquent ainsi que ceux-ci feraient une « évaluation morale »¹⁶²⁵ ou une évaluation de la « valeur sociale » [ma traduction]¹⁶²⁶ des personnes sur la base de ce type de caractéristiques et que cette appréciation influencerait leurs décisions. « *[It] is clear from large number of studies that assessments of moral character made by legal decision-makers are one of the most pervasive and persistent features in shaping the exercise of discretion.* »¹⁶²⁷

¹⁶²⁴ Voir par ex Baumgartner, *supra* note 242; Blais et al, *supra* note 1355; Blankenburg, *supra* note 242; Zauberman, *supra* note 244.

¹⁶²⁵ Fassin, « Pouvoir discrétionnaire », *supra* note 1355 à la p 78.

¹⁶²⁶ Lipsky, *supra* note 31 à la p 109.

¹⁶²⁷ Hawkins, « Perspectives » *supra* note 25 à la p 43.

Sur le plan des règles, les lois et politiques canadiennes d'immigration traînent un lourd héritage de discrimination en fonction des caractéristiques sociales des personnes non citoyennes¹⁶²⁸. Si des critères comme l'origine ethnique ou la « race » ont été abandonnés dans les années 1960, les critères de sélection aujourd'hui en vigueur favorisent certains profils sociodémographiques, souvent au désavantage des personnes provenant de pays moins fortunés où par exemple l'accès à l'éducation est plus restreint¹⁶²⁹. En matière de tourisme, certaines régions du monde (ex. : Asie, Amérique du Sud, Afrique) sont davantage ciblées par les exigences de visas¹⁶³⁰. Bref, les règles du système d'immigration établissent d'emblée d'importantes distinctions entre les ressortissantes et ressortissants de divers pays, en fonction notamment de l'origine nationale.

Toutefois, comme le souligne Anna Pratt, lorsque l'on s'éloigne des politiques officielles pour se rapprocher des pratiques quotidiennes de l'ASFC, l'origine nationale se confond souvent avec l'origine ethnique ou « raciale » :

*While the distinction between race and nationality is produced and sustained at higher levels of government, it becomes increasingly muddled as you work your way down to the frontline where [...] racial and national classifications become intertwined and are often mixed in with a somewhat confused and confusing blend of cultural, religious or other classifications.*¹⁶³¹

Ces classifications font en sorte que certains groupes seront parfois ciblés plus fréquemment pour des contrôles plus poussés parce qu'ils sont associés à certaines infractions¹⁶³². Pratt relève également d'autres caractéristiques sociales qui entrent en ligne de compte dans le cadre des contrôles douaniers au Canada, dont le style de vêtements, le statut économique, la profession, l'itinéraire emprunté, le type de voiture utilisé ou la citoyenneté¹⁶³³. En matière de détention plus spécifiquement, des pratiques discriminatoires basées sur la couleur de la peau ont été documentées dans un récent rapport de Human Rights Watch et Amnistie internationale, notamment à l'égard des personnes noires¹⁶³⁴.

Bien qu'anecdotiques, certains extraits des entretiens réalisés dans le cadre de ma recherche suggèrent que des catégorisations basées sur le profil sociodémographique – autrement dit des

¹⁶²⁸ Voir l'introduction du chapitre 2, ci-dessus.

¹⁶²⁹ Voir la section 2.2.1, ci-dessus.

¹⁶³⁰ Voir la section 2.2.2, ci-dessus.

¹⁶³¹ Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 à la p 472.

¹⁶³² Pratt et Thompson, *supra* note 1329 aux pp 627–631.

¹⁶³³ Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 à la p 469.

¹⁶³⁴ Human Rights Watch et Amnesty International, *supra* note 811 aux pp 64 et s.

stéréotypes et des préjugés – entrent parfois en ligne de compte dans les pratiques des fonctionnaires de l'ASFC. Par exemple, des personnes rencontrées associent clairement, pour diverses raisons, certains pays africains à la fraude relative aux documents d'identité :

D'un autre côté, on est aussi conscient qu'en Afrique... c'est, comment dire? On paye pis on obtient un document. Fait qu'il faut être conscient de ça aussi. (Sacha, Qbi)

So, it tends to be certain countries that are poorly documented anyway, that we end up having the issues with, such as Congo, Eritrea, Somalia, Sudan is hard, sometimes. Like those types of countries where they don't have a good, they don't have a long-standing identification system in place for their people, but I do find that people tend to take advantage of that as well. Which, you know, leads to fraud, so. (Alex, Qbi)

Dans l'extrait qui suit, l'origine nationale est aussi associée à un certain type de comportement illégitime, soit demander l'asile afin de profiter du système de protection sociale¹⁶³⁵ :

Il y a une période où est-ce qu'il y avait beaucoup de gens qui étaient citoyens belges. Il y a un historique entre la [République démocratique du Congo] et la Belgique, au niv... historiquement. Il y avait énormément de gens qui étaient citoyens belges, mais qui débarquent au Canada, parce que, probablement puis ça c'est mon hypothèse, le système social est meilleur, etc. Ils viennent, ils demandent le statut de réfugié, mais ils sont citoyens belges. Donc, à un moment donné, on peut pas alourdir, et il y a beaucoup gens qui, malheureusement, fraudent. (Sacha, Qbi)

Ensuite, comme vu précédemment, la présence de certains tatouages est associée à l'appartenance à certaines organisations criminelles¹⁶³⁶.

Les participantes et participants ont peu discuté des impacts concrets de ces associations sur leurs décisions en matière de détention. Néanmoins, dans les nombreuses zones grises du droit de l'immigration, notamment lorsqu'il s'agit de détention pour risque de fuite ou pour identité, on peut supposer que certaines caractéristiques sociodémographiques jouent en défaveur des personnes non citoyennes. Pour comprendre le rôle que ces biais peuvent jouer dans un contexte où l'indétermination des règles juridiques a pour effet de créer de telles zones grises, Bridget Anderson mobilise le concept d'« espaces de semi-conformité » [ma traduction]¹⁶³⁷. En bref, un

¹⁶³⁵ Ce qui rappelle le stéréotype de la « *welfare queen* » dont parle Robyn Maynard : Maynard, *supra* note 443 aux pp 178 et s.

¹⁶³⁶ Voir la section 5.1.3.1, ci-dessus.

¹⁶³⁷ Anderson, *Us and Them*, *supra* note 67 à la p 125. Elle présente de la manière suivante ce qu'est la semi-conformité. "Semi-compliance is contrasted with 'non-compliance', which is when people are residing illegally as well as breaking conditions, and both can be distinguished from compliance, when migrants are legally resident and in full compliance with the restrictions attached to their immigration status. Unlike the strictly defined situations of compliance and non-compliance, the category of semi-compliance is extremely broad and captures a range of violations of conditions particularly when applied to employment": *ibid* à la p 124.

espace de semi-conformité consiste en une situation où l'indétermination des règles est assez importante pour que l'on puisse considérer à la fois qu'une personne non citoyenne ne fait que contourner les règles ou alors qu'elle les enfreint :

Spaces of semi-compliance are created by law and practice and leave considerable room for personal judgment, not just for migrants and employers (who may have their own reasons for interpreting how and why certain rules could be considered bent rather than broken), but also for individual enforcement officers, who are thereby given a considerable degree of unregulated power. Whose semi-compliance counts as illegality, and whose as bending the rules is subject to discretion. The grey area and possibilities of discrimination indicate a potential relationship between the ways in which illegality is imagined and consequences for particular groups of migrants. Semi-compliance is an area which certain groups can inhabit more comfortably than others. Those who, because of nationality, gender, race, occupation, etc., are more easily imagined as (illegal) migrants may find themselves more likely to be reported as suspicious, their status more likely to be checked and, if semi-compliant, more likely to be subject to the discretion of immigration enforcement officers. As much for research as for enforcement agencies and the tabloid press, the wealthy and the white rarely figure as migrants, let alone illegal migrants. [je souligne]¹⁶³⁸

Cette façon d'envisager certaines zones grises de la loi en tant qu'espaces de semi-conformité me semble particulièrement apte à capter de quelle façon les caractéristiques sociodémographiques sont susceptibles d'orienter et contraindre l'exercice du pouvoir discrétionnaire des fonctionnaires de l'ASFC. Ainsi, à la lumière des quelques références à des ressortissants mexicains au cours des entretiens (Sacha, Qbi; Dominique, Qpf; Billie, GTpf), on pourrait supposer qu'un ressortissant européen qui se trouverait dans une situation similaire à celle rapportée en début de section aurait peut-être plus de chance de voir son histoire être considérée comme crédible que le ressortissant mexicain dont il est question.

Pratt et Thompson soulignent que ces associations entre des infractions et un certain profil sociodémographique se développent notamment à travers l'expérience de travail des agentes et agents¹⁶³⁹. Par ailleurs, certaines des personnes qui faisaient référence aux Mexicains prenaient le soin de mentionner que le recours à ces exemples se justifiait par leur pratique et le fait que ce type de cas était fréquent (Sacha, Qbi; Billie, GTpf). D'autres auteurs et autrices mentionnent que ces associations trouvent peuvent aussi trouver écho dans la société de façon générale¹⁶⁴⁰, illustrant du coup la perméabilité des différents niveaux d'analyse de l'exercice de la discrétion.

¹⁶³⁸ *Ibid* à la p 125.

¹⁶³⁹ Pratt et Thompson, *supra* note 1329 à la p 631.

¹⁶⁴⁰ Anderson, *Us and Them*, *supra* note 67 à la p 125; Lipsky, *supra* note 31 aux pp 109, 142.

* * *

En somme, l'interprétation que font les agentes et agents rencontrés du motif de danger pour la sécurité publique semble laisser peu de place à d'autres considérations dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, alors que les motifs de risque de fuite et d'identité donnent lieu à un exercice plus vaste de mise en équilibre de différents éléments, qui se rapportent notamment aux interactions avec la personne non citoyenne, à des facteurs de vulnérabilités et à des caractéristiques sociodémographiques. Lorsque les informations disponibles amènent l'agente ou l'agent à conclure à la présence d'un danger (ex. : criminalité, violence), l'objectif de protection de la sécurité du public qui, comme nous le verrons plus loin, se trouve au cœur du mandat de l'ASFC¹⁶⁴¹, semble prendre le dessus sur toute autre considération et imposer le recours à la détention.

Cela se reflète par ailleurs dans la manière qu'ont les participantes et participants de parler des différents motifs de détention. De façon générale, les motifs de risque de fuite et d'identité ont été discutés plus longuement que le motif de danger, avec plus d'illustrations et d'explications, plus de nuances et de subtilités¹⁶⁴². Il s'agit peut-être là d'une illustration d'un pouvoir discrétionnaire plus vaste – c'est-à-dire laissant place à l'appréciation d'une multitude de facteurs – pour les motifs de risque de fuite et identité que décrivent certaines participantes et participants, comme nous l'avons vu en première partie.

Outre ce que l'on pourrait décrire comme une certaine primauté de la présence d'un danger sur toute autre considération, la mise en équilibre des différents facteurs est dynamique; il est par conséquent difficile de convenir ou de dégager une « formule » qui permettrait de comprendre la prise de décision. Les participantes et participants reconnaissent par ailleurs une part de subjectivité dans l'exercice de ce pouvoir, notamment pour ce qui est de l'évaluation d'éléments qui se rapportent aux interactions (ex. : collaboration, crédibilité, comportement).

Encore une fois, certaines personnes insistent sur l'importance d'avoir cumulé une certaine expérience pour être en mesure de jauger adéquatement ces interactions. L'expérience permet ainsi de « lire » la personne non citoyenne et d'apprécier à leur juste valeur différents indicateurs,

¹⁶⁴¹ Voir la section 7.3.1, ci-dessous.

¹⁶⁴² Il en découle que la section portant sur le motif de danger a été facile à rédiger, les propos des participantes et participants étant très clairs, sans beaucoup de nuance. Ensuite, la section concernant le motif de risque de fuite a été plus difficile, les propos étant plus flous. Enfin, pour la section concernant le motif d'identité, il a très difficile de dégager un fil conducteur puisque beaucoup d'éléments entrent en ligne de compte.

comme les « manifestations de nervosité » [ma traduction] (Max, Pbi). De cette expérience découle une certaine expertise qu'Anna Pratt présente comme l'un des « savoirs du risque » qui se combine à d'autres savoirs sur lesquels repose l'exercice de la discrétion¹⁶⁴³. Cela rejoint par ailleurs le constat établi par Karine Côté-Boucher quant à l'importance de l'expérience de travail dans l'acquisition des habiletés nécessaires pour conduire adéquatement les entrevues aux frontières¹⁶⁴⁴. Elle souligne par ailleurs le caractère individualisé de cette expertise, dans la mesure où chaque fonctionnaire peut développer sa propre compréhension de certains indicateurs et en tirer des conclusions différentes (ce qui n'est pas sans accentuer l'aspect discrétionnaire de ces appréciations).

6.3. Les facteurs institutionnels

Comme les propos des participantes et participants rapportés dans la section précédente le laissent sous-entendre, il existe également des facteurs de nature institutionnelle qui orientent et contraignent leurs décisions relatives à la détention. Nous avons vu au chapitre deux¹⁶⁴⁵ que des contraintes découlant du contexte institutionnel ont été documentées dans les évaluations et rapports produits par le gouvernement : on y mentionne par exemple des décisions guidées par les contraintes budgétaires ou par la capacité maximale des CSI, ce qui fait que des personnes qui présentent un niveau de risque similaire peuvent être ou non détenues selon la région dans laquelle elles se trouvent. Les choix en matière de lieu de détention varient également d'une région à l'autre en fonction de contraintes concernant les infrastructures en place. Ainsi, au CSI de Laval, le personnel de l'ASFC a développé les moyens et l'habitude d'y héberger des personnes ayant certains antécédents criminels en raison du nombre de places limitées dans les établissements correctionnels provinciaux. Au moment de ma recherche de terrain, au début 2019, la détention de personnes avec un profil similaire au CSI de Toronto était une pratique récente. De manière plus générale, les études de sociologie de l'action publique insistent sur l'importance du contexte institutionnel – le niveau méso – pour comprendre la mise en œuvre des politiques publiques (et

¹⁶⁴³ Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 aux pp 467 et s.

¹⁶⁴⁴ Karine Côté-Boucher, *The Micro-Politics of Border Control: Internal Struggles at Canadian Customs*, thèse de doctorat en sociologie, York University, 2013 [non publiée] aux pp 267 et s [Côté-Boucher, *Micro-Politics of Border Control*].

¹⁶⁴⁵ Voir notamment la section 2.3.3.11, ci-dessus.

donc de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires par les fonctionnaires de première ligne)¹⁶⁴⁶. Ainsi, pour John Bell, le contexte institutionnel s'avère pertinent pour comprendre l'exercice du pouvoir discrétionnaire puisque c'est lui qui donne à l'information « son sens et sa pertinence, parce que l'information en tant que telle n'entraîne pas automatiquement une décision particulière ». Ce contexte institutionnel influence le fait « d'organiser, de sélectionner et d'omettre des faits ainsi que, bien sûr, de les interpréter » [ma traduction]¹⁶⁴⁷. Les informations que les fonctionnaires de l'ASFC recueillent au sujet d'un cas prendront ainsi tout leur sens à la lumière de ce contexte (ce qui illustre encore une fois la perméabilité des niveaux d'analyse).

J'explore les facteurs institutionnels – le niveau méso de la surdétermination de l'exercice du pouvoir de détention – en examinant successivement la culture organisationnelle de l'ASFC, notamment à travers les conceptions partagées que les fonctionnaires se font de leur rôle (6.3.1), les contraintes opérationnelles (6.3.2) ainsi que les attentes des auditoires (6.3.3).

6.3.1. Rôle des fonctionnaires de l'ASFC et culture organisationnelle

Les participantes et participants ont abondamment discuté de certains aspects de la culture organisationnelle de l'ASFC, notamment de leur rôle et de leur identité professionnelle en tant que fonctionnaires de cette organisation. C'est donc à travers cette lentille des identités professionnelles partagées, donc des conceptions que les agentes et agents se font de leur rôle, que j'explore ici la culture organisationnelle de l'ASFC.

La plupart décrivent ce rôle, souvent abordé dans les échanges concernant les fonctions de la détention ou les qualités nécessaires pour faire ce type de travail, comme visant d'abord à protéger la sécurité du public et du Canada ainsi qu'à assurer l'intégrité des programmes d'immigration, ce qui correspond à ce qu'énonce la documentation gouvernementale¹⁶⁴⁸. Toutefois, plusieurs réfèrent également à une dimension de leur travail que l'on pourrait qualifier d'« humanitaire ». Ces deux aspects entrent souvent en tension.

Lorsque questionnées sur les compétences à posséder pour bien faire ce travail, Lou (Ppf) mentionne le fait d'avoir une certaine « expérience de vie » [ma traduction], ce qui permet à un ou

¹⁶⁴⁶ Voir la section 3.2, ci-dessus.

¹⁶⁴⁷ Bell, *supra* note 216 à la p 92.

¹⁶⁴⁸ Voir la section 2.4.1.1, ci-dessus.

une agente de comprendre les impacts de ses décisions sur la personne non citoyenne, qui est considérée en tant qu'être humain à part entière et non seulement comme une personne que l'on réduirait à son absence de statut migratoire.

I would say a bit of life experience would be really necessary, because the job isn't really an easy job, especially when it comes to immigration and you deal with a lot of, you know, usually compliant travelers, but then you also deal with a lot of people that aren't compliant and don't listen to you. And then especially with immigration because I think what happens is, a lot of times, officers forget that they are dealing with people's lives, that what they do isn't just their job, but it's gonna be something that's gonna impact the person in front of you their whole life, especially if they're being removed from Canada, you know, they might have been in Canada for ten years. So I guess officers that come with a bit of life experience in dealing with the public, is definitely a good asset, cause then it makes you sort of a better, more well-rounded, officer, when you're thinking about these [issues], especially when it comes to detention. Because, one, [of] its huge impact on the person and two, it's a lot of work and a lot of money for the Agency. (Lou, Ppf)

Cet extrait laisse aussi entrevoir de quelle façon ces considérations humanitaires peuvent se lier à des considérations de nature différente, ici reliées aux ressources qu'exige la détention, dans la prise de décisions (ces considérations liées aux ressources sont abordées dans la section suivante).

D'autres participants et participantes formulent autrement cette sensibilité dont il faut savoir faire preuve. « Ça prend un côté humain », dans les mots de Claude (Qbi). De l'avis de Camille (Qpf), il faut « être humain » et savoir « se mettre dans les souliers de l'autre » :

C'est mauvais comme qualité dire « être humain », là, mais... Parce que c'est plaisant pour personne, ni pour l'agent ni pour la personne qui est détenue, de procéder [à la détention]. Donc, d'essayer de se mettre dans les souliers de l'autre personne qui se fait détenir. Même si elle le savait [qu'il y avait une possibilité qu'elle soit détenue], elle va pas nécessairement bien réagir. Puis c'est ça, de pas teinter de jugement ses procédures parce qu'on est frustrés à cause de ce qui se passe, pis il y a la personne qui donne pas de pièce d'identité, donc c'est d'être humain pis d'être capable de prendre une distance.

Dans ce dernier extrait, cette sensibilité ne semble pas avoir tant d'effet sur la décision de détenir en tant que telle, mais plutôt sur la façon de la mettre en œuvre et de faire preuve de certains égards envers les personnes que l'on détient.

Dans un contexte qui dépasse celui de la détention et qui concerne plutôt la protection des réfugiés, Angel (Pbi) parle de la nécessité d'avoir la « couenne dure » [ma traduction]. Cette nécessité d'être « prêt à être perçu comme le méchant » [ma traduction] peut se comprendre comme la conséquence

d'un rôle qui consiste à arbitrer cette tension entre les objectifs de protection de la sécurité du Canada et de protection des personnes réfugiées.

And the reason being is you are dealing with tales of woe, constantly. You are dealing with some people, who are coming to Canada and claiming refugee status for some really horrible reasons. And so, here, you really have to be able to put your emotions in checks when it comes to that sort of things. By the same token, and maybe as part and parcel of that, you have to be able to sift in through the tale, and look for discrepancies, and look for areas of concern, where credibility comes into play. In essence, you have to be able to call into question the very stories that are being put before you. And you have to be willing to [...] sometimes go up in very awkward and uncomfortable situations, so as to present the [...] argument that this person is not a credible person when in fact their story, at least on paper, sounds absolutely horrible. So you really have to be prepared to be perceived, sometimes, as the bad guy. Even though you're not. (Angel, Pbi)

Cette tension se manifeste également dans les « sentiments humains » [ma traduction] (Jamie, Ppf) que suscite la situation d'une personne qui sera affectée par une décision de l'ASFC, ce qui est considéré comme l'un des défis associés à ce travail :

Honestly speaking, a lot of the time people are forced for all sorts of reason to seek entry into Canada and... because of difficulties back home, I mean. We're all aware of what the rest of the world looks like. There are some cases where you do your job and you apply the law, but you can't help but have some human feelings or sympathy, especially for me, personally speaking. That doesn't get in the way of me doing my job, or applying the law, or, enforcing IRPA. I mean, I'm here for the job first, but I would say that those, that's one of the challenges.

Jackie (GTbi) décrit ce défi comme consistant à faire preuve de compassion, mais aussi à ne pas trop se laisser affecter par les situations des personnes, notamment parce qu'elles pourraient chercher à tirer profit de cette compassion. Dans cet extrait, il est d'ailleurs intéressant de noter de quelle façon l'expérience de travail au sein de l'ASFC a amené Jackie à douter, dans une certaine mesure, des histoires qui lui sont racontées :

A: [...] the challenge is, sometimes, is to [sighs]. How can I put this? [Clear throats.] I guess, to detach yourself from the case.

Q: Ok.

A: Because when I started, you know, there was a lot of emotions going on. And, you know... Because, a lot of these people means no harm, you know, they just want a better life. And they just want a better life for their kids. And it does affect me as a person. You know what, I'd feel bad, I: "Unfortunately, this is my job, you have to go", right? And it was hard to, when I first started, to detach emotionally, myself, from their stories.

Q: Ok.

A: Because, I also have to understand that a lot of them do make up stories, do try to get pity from us, to, so than they can stay longer. And then, along the way, I did notice that some of these people were, you know, were taking advantage of that.

Q: Ok.

A: So, you have to learn how to not to be too invested emotionally, but also have compassion.

Être en mesure de prendre un pas de recul, sur le plan émotif, permet aussi de garder la tête froide et de ne pas, par exemple, détenir quelqu'un en raison d'un comportement insolent ou irrespectueux : « faut pas qu'émotivement, tu sois impliqué » (Claude, Qbi).

Savoir se détacher émotionnellement permet ainsi d'accomplir son mandat en tant qu'agente ou agent de l'ASFC. Nikita (GTbi) exprime clairement cette tension entre l'empathie que l'on ressent sur le plan humain et le mandat que l'on doit exécuter :

I should have prefaced this entire thing by saying: first and foremost, I'm a human being. Like, I understand why people lie. Like, I get it. I understand you think it's going to help you. You think that is the favorable thing to do. You're in detention and you just want out. From a sociology perspective, like, from a studying human sciences perspective, I fully am aware, I fully understand what makes people do what they do. But, upholding the Minister's position, and following IRPA is a different story, right? So, while I can empathize with the person, on a human level, I understand why they're doing what they're doing, but if they're willing to lie for, if I put my Minister's cap on, if they're willing to lie to seek their release, then that calls into question now their credibility, right?

Cette tension peut représenter un défi particulièrement important dans les cas où la personne détenue souffre de problèmes de santé mentale, notamment lorsqu'il est question de déterminer le lieu de détention¹⁶⁴⁹ :

So that's probably the biggest challenge, is dealing with... again, they've made lots of efforts to ensure that we get a lot of training with regards to dealing with mental health individuals, but we're not doctors. At the end of the day, we're CBSA officers and that's what we're looking at, but. So it can be a challenge trying to sort of balance those two things, when you're CBSA officer and you're working towards goals with regards to immigration matters and, on the other end, it's a person, it's a human being, and they have issues, and the issues may not have anything to do with you, it's with something else and... What can we do to make it so that the person doesn't have to go to a provincial facility and we can manage [at the Immigration Holding Centre]. (Leslie, GTbi)

En résumé, si faire un bon travail signifie qu'il faut savoir faire preuve de sensibilité, de façon paradoxale il faut aussi pouvoir se détacher de la situation à laquelle on est confronté pour ne pas que cette sensibilité fasse obstacle à l'application de la loi, qui reste l'aspect central du mandat de

¹⁶⁴⁹ Ce défi a aussi été évoqué par Billie (GTpf).

l'ASFC, comme l'affirme Billie (GTpf) : « *My place is to enact the Act, and to enact... the program as dictated by the government, and by my Ministers* ».

En effet, le rôle qu'évoquent les participantes et participants en tant qu'agentes ou agents de l'ASFC est étroitement lié au fait d'assurer la sécurité, « ce qu'on se fait donner comme mandat dès qu'on arrive à l'ASFC » (Camille, Qpf). Dominique (Qpf) décrit ainsi le rôle du personnel de l'ASFC comme celui de « gardiens » du Canada, ici à l'égard de personnes dont les « intentions » ne sont pas claires.

Mettons quelqu'un qui demande le séjour au Canada, puis qu'on sait pas qu'est-ce qui vient faire au Canada. On n'a pas d'indicateur que c'est une personne qui a commis des crimes, que il va commettre des crimes, mais on sait juste pas qu'est-ce que cette personne-là vient faire au Canada. Puis on n'est pas satisfait que cette personne-là va se représenter [pour son départ]. T'sais, le Canada c'est un peu comme notre maison. On va pas laisser, vous laisseriez pas rentrer n'importe qui dans votre demeure, puis on est un peu les gardiens de t'ça aussi. Indirectement, oui, on va dire que je vais protéger la sécurité parce que je peux pas garantir qu'est-ce que cette personne-là [vient faire au Canada ...] Ces personnes-là, que l'intention est pas établie pis tout ça, faut protéger l'intégrité du programme.

D'autres vont décrire leur rôle comme consistant à stopper des menaces à la sécurité aux frontières, notamment lorsqu'il est question de criminalité.

[O]n a toujours en tête... la sécurité, dans le sens que, on voudrait pas que, parce qu'on a manqué quelque chose à la frontière, on laisse entrer quelqu'un, puis que la personne tue quelqu'un ici. [...] Criminel, gang de rue, jusqu'au terrorisme, c'est ça l'objectif premier, c'est d'essayer de stopper ça, à l'entrée. (Claude, Qbi)

And I think it's our goal, like, that our role as the CBSA officers, to stop [organized group] from entering, and that's a means for detention as well, right? Cause we know that they're a danger to the public, we have their criminal history. Therefore, [detention is] a means to prevent them from entering at all. (Robin, GTpf)

Sacha (Qbi) parle d'une « responsabilité » envers le public dans le cas des personnes qui sont considérées comme présentant un danger pour la sécurité publique : « [m]ais c'est ça, c'est la plus grosse responsabilité que moi je ressens, personnellement, c'est vraiment les cas de danger parce qu'on sent, je pense, une responsabilité envers le public ». Sacha ajoute un peu plus loin dans l'entretien : « [o]n sent quand même une responsabilité de s'assurer que c'est des gens qui se recriminalisent pas une fois qu'ils sont déjà dans un processus de renvoi du Canada ». Ce souci de la sécurité du public, du Canada qui est « un peu comme notre maison » (Dominique, Qpf) concorde avec les constats d'Anna Pratt et Sara Thompson :

*The jobs of border officers are made meaningful by this widely shared and deeply moralized sense that they are protecting their vulnerable community/nation from harm; it is their vigilance at the thin blue line that is the border that ensures that the nation is not penetrated by risky foreigners.*¹⁶⁵⁰

Certaines personnes rencontrées font allusion à l'importance de savoir remettre en question les histoires que présentent les migrantes et les migrants afin de remplir leur rôle, comme Jackie (GTbi) l'expliquait dans l'extrait cité plus haut. Dans les exemples qui suivent, il faut savoir douter de ces histoires, chercher les incohérences, de façon à débusquer la fraude.

[Y]ou have to be able to sift in through the tale, and look for discrepancies, and look for areas of concern, where credibility comes into play. In essence, you have to be able to call into question the very stories that are being put before you. (Angel, Pbi)

You have to have a, you really want to, and I don't want it to seem like it's always a negative side of things, because that's sounds like what I'm always saying it's a negative thing, there's always fraud, there's always whatever. But you have to be willing to spend the time to look for that sort of stuff. And if you don't find it great, but if you look and you find it, you know, you have to wanna look. I have a colleague who will actually work on her cases at home, at night, [...] because she knows that they've been somewhere else. (Alex, Qbi)

Rappelons que les doutes quant à la crédibilité des histoires qui sont racontées et des personnes qui les racontent comptent d'ailleurs parmi les facteurs qui peuvent motiver la détention. De plus, dans cette recherche d'éléments frauduleux, il faut aussi savoir établir des liens entre les dossiers de différentes personnes et ainsi faire preuve d'une certaine proactivité lorsqu'on fouille dans les dossiers :

[W]e're able to make connections between things quite well, I think that that's a good help in our work. [...] Every case seems to turn into three or four cases because it tends to spider out a little bit. Like you find one, and then you find another, and you find another, and you find another. (Alex, Qbi)

De ce point de vue, Sacha (Qbi) décrit le mandat de l'ASFC comme étant « une espèce de filtre » pour empêcher la fraude :

Mais il faut être quand même conscient que, il y a beaucoup de passeurs, il y a beaucoup d'histoires qui se font dire, à l'étranger, etc., sur : « Heille, dites surtout pas votre nom à votre arrivée, faut pas, parce que là ils vont vous renvoyer ». Fait qu'il y a toutes sortes d'affaires, fait que nous faut qu'on travaille avec ça, puis on est comme une espèce de filtre, puis on essaye de le faire le mieux qu'on peut, pas toujours parfait.

¹⁶⁵⁰ Pratt et Thompson, *supra* note 1329 à la p 627.

Les soupçons entourant la fraude, l'insistance sur l'importance de savoir remettre en question les histoires qui sont racontées témoignent à mon avis de cette attitude « hostile » envers les personnes qui demandent l'asile que décrivent Idil Atak, Graham Hudson et Delphine Nakache et d'une culture organisationnelle qui met l'accent sur l'exécution de la loi au détriment du volet du mandat de l'ASFC relevant de la protection internationale¹⁶⁵¹. Je souligne d'ailleurs que les inquiétudes concernant la fraude semblent plus marquées pour les agentes et agents qui travaillent dans les bureaux intérieurs que pour les personnes qui sont postées aux frontières.

Une façon complémentaire de discuter du mandat de l'ASFC et de ses fonctionnaires s'est révélée dans les rapprochements ou les distinctions faites avec le mandat ou les façons de faire d'autres organisations¹⁶⁵². À l'égard de la lutte contre la fraude, par exemple, Sacha (Qbi) et Alex (Qbi) ont notamment affirmé que l'ASFC et IRCC ne partageaient pas la même approche¹⁶⁵³. Pour Alex (Qbi), le système d'immigration semble fait pour « faciliter » [ma traduction] la fraude, notamment en ce qui concerne les demandes d'asile, puisque les fonctionnaires d'IRCC n'ont pas l'habitude ou la possibilité de faire les vérifications de base entreprises par l'ASFC :

And our system is kind of designed to... facilitate that [fraud] or to turn a blind eye to it. And, for me, one of the concerns that I have with IRCC processing is that they don't have, they don't seem to, they're not enforcement, so that's not their mandate. [...] [Fingerprinting] should just be a basic screening. But, because they're not enforcement, they don't have the mandate for that, they're not able to do that. So, I think that that's a big... hole in our system.

Q: Ok, yes.

A: We look at things totally differently from most IRCC.

Selon Anna Pratt, cette préoccupation pour la fraude et l'importance de douter des histoires qui sont présentées s'explique par l'importance accordée à l'aspect exécution de la loi du mandat de l'ASFC.

*In a local context that is characterized by a newly pronounced enforcement mentality, any amount of suspicion is likely to be seen as healthy, prudent and acceptable, if not reasonable. Indeed, in such an environment, it is the lack of suspicion that is more likely to be regarded as a serious problem.*¹⁶⁵⁴

¹⁶⁵¹ Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9 à la p 23.

¹⁶⁵² Ce qui rappelle la façon dont certains délégués jeunesse distinguent leur mandat de celui des forces policières pour expliquer l'usage qu'ils font de leur pouvoir discrétionnaire : Sallée, « Accompagner », *supra* note 146 au para 17.

¹⁶⁵³ Au sujet des différences de culture organisationnelle entre l'ASFC et IRCC, voir Atak, Hudson et Nakache, « Policing Canada's Refugee System », *supra* note 1038 aux pp 475–476.

¹⁶⁵⁴ Pratt, « Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border », *supra* note 1035 à la p 470.

Dans un même ordre d'idées, des parallèles avec le travail policier ont été établis à quelques reprises au cours des entrevues. Par exemple, les relations entre les agentes et agents d'audience et leurs collègues, notamment ceux qui mènent les enquêtes, ont été comparées avec la collaboration qui existe entre les forces policières et les procureurs de la Couronne en matière de poursuites criminelles et pénales :

C'est un, c'est un lien étroit, j'imagine. Je connais pas le milieu policier trop trop, ça ressemble peut-être un peu aux liens entre un enquêteur puis un procureur, mais du niveau administratif. (Dominique, Qpf)

Des agentes et agents d'audience ont expressément comparé leur travail à celui des procureurs de la Couronne. Une autre personne rencontrée explique que les personnes détenues sont menottées pendant les transports, « comme le fait la police » [ma traduction] (Billie, GTpf). C'est la similarité avec le travail policier qui a amené Dominique (Qpf) à postuler à l'ASFC :

À l'époque je connaissais le milieu policier, mais j'avais pas de membres de la famille ou d'amis qui travaillaient dans le domaine de la douane ou de l'immigration. Donc pour ça, c'était un domaine inconnu. Donc, à travers mes études, j'ai rencontré des agents étudiants des services frontaliers qui m'ont parlé des possibilités de carrière puis qui m'ont ouvert les yeux sur qu'est-ce que l'agence faisait. Puis ça semblait très intéressant, puis de ma perception personnelle, ben j'étais là : « Ok, un policier, il est dans la rue, il travaille à courir, si on veut, après des bandits, trouver des contrevenants, à faire des recherches. » Puis j'ai dit : « Bien, l'agent des services frontaliers, lui, il est dans un poste désigné et c'est les gens qui viennent vers lui au lieu que le policier va vers les gens ». Fait que j'ai fait, comme : « Bien, c'est quand même très similaire ». Fait que j'ai dit : « Ok, on va considérer cet emploi-là. »

Les forces policières sont d'ailleurs présentées comme des partenaires importants¹⁶⁵⁵ avec qui l'ASFC partage un mandat de maintien de l'ordre et de la sécurité, axé sur l'exécution de la loi.

D'autres ont aussi distingué les pratiques canadiennes en matière de détention de ce qui se fait ailleurs dans le monde, notamment aux États-Unis. Lou (Ppf) mentionne (erronément à la lumière des statistiques) ainsi que, au Canada, « on ne détient pas les enfants ou les familles comme ça se fait aux États-Unis » [ma traduction]. En conclusion de l'entrevue, Lou souligne que les politiques canadiennes en matière de détention se comparent avantageusement à celles d'autres pays :

A: I think our detention policies are pretty good, compared to the world [laughs].

Q: Hmm, hmm, ok.

¹⁶⁵⁵ Voir la section 5.1.3.4, ci-dessus.

A: [...] *There's always gonna be challenges, with something like detention and with something like immigration. But I would say, overall, we do a pretty good job and we don't really detain people, as frequently, I would say, as other countries do. We do, generally, make quite a bit of effort to not have to detain people if we don't have to.*

Jamie (Ppf), à la fin de l'entretien, m'a questionné sur ma recherche en me demandant notamment si j'allais, dans ma thèse, comparer les politiques canadiennes à celles d'autres pays. L'échange suivant illustre une certaine volonté de distinguer le travail de l'ASFC de celui fait par les autorités migratoires aux États-Unis, dans lequel les témoignages de certains voyageurs et voyageuses sont invoqués à l'appui de ses dires :

I'll only speak for myself, there's a, I mean, you should pay attention to what's happening in the United States, and even in Europe. I feel like there's a, I could be mistaken, I feel like there's a, the narrative is that people working for border agencies, or the CBSA, for instance, we are, you know, detention hungry, and we wanna send everyone home, and we wanna lock everyone up, and that's difficult for me to accept because I know that myself and my colleagues, I've only worked in two ports of entry, but. We all, we all do this job in good faith and, like I said, nobody arrives to work seeking to send anyone home, or to detain anybody. These are... Detention is certainly a last resort, and it's not something that we do for pleasure or to be punitive. It's something we take very seriously. I mean, I personally take it very seriously, and it's a... before making that decision, a significant amount of thoughts goes into it. And, I just, I feel like in the public sphere, that there's too many associations of the CBSA with practices that are occurring [...] in the United States and other countries and I... It's part of the reasons that, I'm very proud of our country, of our society, of our institutions. I mean, they're certainly not perfect, but. And even speaking to individuals that have been in the situation, been... travelers who, you know, whether they're inadmissible or not, have shared their story about their refugee claims or detentions in other country, including the United States and Europe and they all, they all remark how the approach here in Canada is just different, different in a good way, so.

L'approche de l'ASFC en matière de détention (et les pratiques qui en découlent) serait donc « meilleure », selon certains fonctionnaires de l'ASFC, que celles d'organisations similaires dans d'autres pays.

Les propos des participantes et participants laissent aussi entrevoir des conceptions divergentes du mandat de l'ASFC parmi ses fonctionnaires, ce qui correspond aux constats de Karine Côté-Boucher, qui affirme que la culture organisationnelle de l'ASFC n'est pas monolithique et que des différences s'observent notamment entre les fonctionnaires ayant plus d'ancienneté et les nouvelles

recrues¹⁶⁵⁶. Par exemple, Charlie (GTbi) remarque que certains collègues moins expérimentés seraient plus zélés que des agentes et agents qui ont plus d'expérience :

He was a long term detainee. And one of my frustrations was, I didn't feel that his criminal profile was such that he needed to be housed in a provincial institution. I think, for some younger people, they are a little bit more gung-ho, I've kind of gone through the ranks and I know what's bad, and you know, less bad.

Cet extrait illustre que des divergences de vues peuvent avoir un effet sur le choix de l'établissement de détention. Charlie (GTbi) mentionne également être en conflit avec un de ses collègues¹⁶⁵⁷, au point de ne plus lui adresser la parole, entre autres en raison de désaccords sur l'approche à adopter quant à certains cas de détention qui se prolongent. Ce collègue serait « têtue » [ma traduction] et aurait une opinion très tranchée en faveur de la détention, même dans les cas où la détention se prolonge, alors que Charlie privilégierait pour sa part le recours à une SRD. Charlie rapporte également que, dans certains cas, ce collègue et d'autres agents reprochent aux agents et agentes d'audience de recommander la mise en liberté plutôt que de plaider pour leur maintien en détention de personnes en attente de renvoi.

De plus, en parlant du poste d'agent de liaison communautaire créé dans la foulée de l'adoption du CNDI¹⁶⁵⁸, une personne mentionne la nécessité d'aborder cette fonction avec l'état d'esprit qui serait celui d'un agent de libération conditionnelle. À l'opposé, une approche erronée serait selon elle de penser que puisque les personnes qui sont détenues n'ont pas respecté la LIPR, elles devraient être détenues, peu importe la durée de leur détention, jusqu'à leur renvoi. Par ailleurs, parmi les défis de ce nouveau poste, on mentionne le fait de devoir composer avec plusieurs collègues qui donnent la priorité au volet exécution de la loi du mandat de l'ASFC et qui peuvent croire que le rôle de l'agent de liaison communautaire, qui consisterait à libérer les personnes, s'opposerait au leur, qui consiste à les détenir.

En bref, la détention se présente comme un moyen privilégié pour que les fonctionnaires de l'ASFC puissent jouer leur rôle en matière de protection du public et de lutte contre la fraude, ce qui semblerait de prime abord promouvoir le recours à ce dispositif. Malgré l'empathie que peut

¹⁶⁵⁶ Côté-Boucher, *Borders Frictions*, *supra* note 237 aux pp 165 et s; Karine Côté-Boucher, « Of “Old” and “New” Ways », *supra* note 1373. Cela rappelle aussi le continuum d'approches dont parle Vic Satzewich, entre des agents de visa axés sur la stricte application de la loi et ceux qui font montre d'une plus grande flexibilité à l'égard des personnes non citoyennes : Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 55–56.

¹⁶⁵⁷ Conflit dont il a déjà été question plus haut : voir la section 5.2.2.2.

¹⁶⁵⁸ Voir. À ce sujet, la section 2.3.4, ci-dessus.

susciter la situation d'une personne, en effet, ces sentiments ne doivent pas faire obstacle à l'application de la loi, qui selon les personnes rencontrées s'avère être un pilier de leur mandat. Néanmoins, les différentes approches constatées à l'égard de la détention témoignent d'une variété de façons, pour les membres du personnel de l'ASFC, de concevoir ce rôle et ce mandat. Ces diverses conceptions semblent se répercuter de façon manifeste sur les décisions de détention : alors que certains mettent davantage l'accent sur l'exécution de la loi et favorisent un recours étendu à la détention, d'autres privilégient un recours plus parcimonieux.

6.3.2. Contraintes opérationnelles

Par contraintes opérationnelles, j'entends les facteurs qui découlent de la façon dont les différentes unités de l'ASFC sont organisées qui exercent des pressions sur la prise de décisions. Selon les propos des participantes et participants, de telles contraintes découlent par exemple de la disponibilité des ressources humaines ou matérielles, des coûts, des infrastructures en place ou de la situation géographique d'un point d'entrée particulier. Alors que certaines de ces pressions semblent avoir un effet plus direct ou tangible sur les décisions relatives à la détention, d'autres se rapprochent plus du statut de « préoccupations » qui guident les décisions de manière plus distante et plus générale.

Dans cette dernière catégorie, Sacha (Qbi), Sydney (GTbi) et Lou (Ppf) évoquent la question des coûts associés à la détention¹⁶⁵⁹, souvent pour justifier un recours plus parcimonieux à cette mesure.

And then, also, for the Agency, we don't like detaining people, if we don't have to. It's a lot of work for us, to follow the person through, to organize the detention review hearing, present the case. And then, in terms of the financial cost, it costs the Agency a lot of money to detain somebody. So, we would rather just have the people cooperating and we could just do everything properly [laughs].
(Lou, Ppf)

You know, you're looking at a case, and, you know, if this person is gonna be cooperative and compliant, do you want to put all of your resources into that person, or do you want to put your resources into another case that kind of maybe warrants that continued detention for all those other reasons like, you know, danger to the public or what have you? (Sydney, GTbi)

Dans ces extraits, la question des coûts semble influencer la façon dont on approche la détention de façon générale. Il s'agit d'une mesure onéreuse à laquelle on ne devrait recourir que lorsque

¹⁶⁵⁹ À ce sujet, voir aussi la section 6.3.4.3, ci-dessous.

nécessaire. Le premier extrait exprime aussi une deuxième préoccupation, soit celle de ressources (autres que financières) qu'exige la détention. Il s'agit d'une mesure qui requiert du temps et qui représente une grande charge de travail, par exemple pour les agentes et agents qui prennent la décision initiale : « Quand un agent vient te voir pour dire qu'il arrête quelqu'un, on sait qu'on vient de le perdre pour, pour la journée » (Claude, Qbi)¹⁶⁶⁰. La « disponibilité des effectifs » peut créer une certaine « pression sur [...] l'application du programme de détention » (Dominique, Qpf). À ce chapitre, Billie (GTpf) mentionne l'importance d'avoir sur le plancher des agentes et agents qui sont suffisamment expérimentés pour traiter ce type de cas.

La disponibilité des effectifs constitue un facteur important notamment lorsqu'un point d'entrée doit composer avec un nombre élevé de dossiers à traiter. L'extrait suivant illustre les défis que la combinaison de certains facteurs organisationnels peut engendrer :

A: By the time you factor in the detention kit, which I believe at this point has grown to be 36 pages long [laughs]...

Q: Ok.

A: ... and dealing with your officer notes, the additional things like fingerprinting, photographing, your interview notes, your Q&A, your summary, your grounds, your reasoning, the file itself, doing appropriate background checks, your fingerprints and photographs, all of that, yeah, it takes up time. And you're doing all of that while you still have another 200 people being processed through for entering into the country. So we end up with factors of space and time. We have a line-up, that's two hours long, and I have someone that is possibly inadmissible. Do I put them aside and process the line? Or do I deal with that person to the exclusion of that line. Well, if I only have six officers, and each of them as a file of someone who's inadmissible, do we just stop processing? What do we do? That's where the Dehghani¹⁶⁶¹ reality comes in, where what's a reasonable delay, what's a reasonable examination, and what goes along with that. So, you know, there's exacerbating factors across the board, on all of it. What is a detention, what is an examination? What falls outside, what is still part of?

Q: Hmm, hmm, ok.

A: And the areas of gray in between, which we try not to go into, because that starts getting to be a very slippery slope very quickly. Do I detain, do I not detain? As a matter of practice, I would rather detain and give someone their right to counsel than say: « Well, this is sort of kind of ». No, no, detain them. It never hurts for them to speak with counsel, ever. Never hurts for them to know that, right now, you're not free to leave my area, and here's my reasoning why. I have to do this to complete my

¹⁶⁶⁰ D'autres estiment plutôt à quelques heures (entre deux et quatre heures) le traitement d'un dossier qui se déroule facilement (Dominique, Qpf; Robin, GTpf; Louison, Qpf; Camille, Qpf).

¹⁶⁶¹ Au sujet de cette décision de la Cour suprême du Canada, voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

situation, I cannot simply release you into the public cause I have no idea what your background is cause I couldn't interview you yet. (Billie, GTpf)

Selon Dominique (Qpf), ce type de « contraintes opérationnelles » peut dans certains cas exercer une contrainte directe sur la décision de détenir ou non une personne. D'autres participantes et participants de différentes régions ont également évoqué des situations où par exemple un nombre élevé de dossiers à traiter peut influencer les décisions de détention (Alex, Qbi; Lou, Ppf; Camille, Qpf).

Dans un même ordre d'idées, la situation géographique et les infrastructures d'un point d'entrée vont également avoir une incidence sur les décisions en matière de détention. En guise d'illustration, le contexte particulier des aéroports explique en partie qu'on y prenne un grand nombre de décisions de détention. En effet, les participantes et participants qui y travaillent distinguent les aéroports des points d'entrée qui se situent le long de la frontière terrestre en ce qu'on ne peut pas y refuser l'entrée à une personne interdite de territoire et simplement lui demander de faire demi-tour. À cela s'ajoutent les contraintes liées aux horaires de vols des compagnies aériennes, qui doivent assurer le retour d'une personne interdite de territoire. Souvent, il n'y a pas assez de temps entre l'arrivée et le départ de l'avion pour qu'un dossier soit traité dans son entièreté et que la personne puisse repartir la journée même. Parfois, pour des motifs de danger ou de risque de fuite, la personne à qui l'on refuse l'entrée ne peut tout bonnement attendre dans l'aéroport son vol de retour; elle doit à ce moment être détenue, comme dans l'exemple du citoyen mexicain à qui l'on refuse l'entrée mentionné au début de la deuxième section de ce chapitre.

De surcroît, se pose aussi la question de la disponibilité des SRD, majoritairement dans les points d'entrée, mais aussi dans d'autres contextes. D'entrée de jeu, des participantes et participants soulignent que les SRD sont différentes d'une province à l'autre, les agentes et agents de la région du Grand Toronto ayant accès à un plus grand nombre de ressources¹⁶⁶². Dans certains points d'entrée, lorsqu'on estime que la détention sera de courte durée, les SRD disponibles s'avèrent rares. La détention demeure donc, de l'avis de ces personnes, la seule option.

Il y a une évaluation qui est faite, est-ce qu'il y a des alternatives possibles? Comme je vous le dis, nous à notre niveau au point d'entrée, les alternatives, admettons, à envoyer une personne au Centre

¹⁶⁶² Ce à quoi cherche en partie à répondre le CNDI. Voir la section 2.3.4, ci-dessus.

de surveillance de l'immigration, sont très limitées compte tenu de la durée des détentions que nous avons au moment présent. (Dominique, Qpf)

I think that, I think detention, there is a place for detention. I don't think that detention needs to be used in all cases. I really don't. I mean, which is why I turn my mind constantly to alternatives to detention. I think detention is often used, initially, in cases where there isn't an alternative to detention that's readily available. (Nikita, GTbi)

[A]ll of the alternatives to detention that they brought out in the [national] framework, and all the policies, don't really apply to us, cause we don't deal with, like, alternatives to detention at the border. Like, we don't do the electronic bracelet monitoring or any of that stuff. Like, that stuff is, inland. They deal with all that. (Lou, Ppf)

Certaines personnes rencontrées disent, d'une certaine façon, regretter qu'il n'existe pas davantage de SRD, à la fois dans les points d'entrée, mais aussi ailleurs :

I wish there were more alternatives, to tell the truth. I wish there were more alternatives, in the sense of, you know, we could let someone, like half the time, just let someone go and be able to ensure that they are going to come back. [...] Because there are a lot of, let's say, low risk cases in the sense of, they're here as an economic migrant to just come and seek work. I wish there was an alternative to fulfilling the act. Like, if we're allowing them to leave and leave the next day, that we could ensure that they come back without detaining them. Right now, it's pretty much the only resource we have. (Robin, GTpf)

Malheureusement, s'il est un danger, c'est on va décider, est-ce que t'as le droit d'être au Canada ou pas. Fait que cette personne-là risque d'être détenue, fort probablement, jusqu'à ce qu'elle quitte. Si on pense que le danger est assez grand. Mais les cas d'identité, il y aurait beaucoup d'autres manières de le faire. Puis, justement, d'augmenter le nombre de contrôles à l'intérieur. Aussi, bien c'est ça, comme je dis, l'équivalent d'un agent de libération conditionnelle qu'ils doivent se rapporter. Puis, quand il y a des communautés spécifiques qu'on sait qu'il y a beaucoup de demandeurs qui sont non documentés, peut-être d'aller voir des partenaires à l'intérieur de ces communautés-là, qui sont maintenant rendus des résidents permanents, dans beaucoup de cas, qui sont devenus des citoyens, qui eux autres ont peut-être des contacts, sont peut-être en mesure de, d'intervenir avec ces personnes-là, qui ont beaucoup plus d'influence que moi je pourrais en avoir, pour leur expliquer comment ça marche. Où est-ce qu'ils peuvent obtenir un document, et collaborer avec nous un peu, là-dessus, là. Pour que, éventuellement, ces gens-là puissent obtenir un statut au Canada aussi, parce que ce qu'on veut, c'est que les gens puissent, si on est capable de déterminer sont qui, si sont pas dangereux, qu'ils aillent à l'école, qu'ils puissent travailler, tout ça. Et le fait de détenir met un peu un frein à ça, mais on le fait parce qu'on n'a pas vraiment le choix.

Q : Ok.

R : Je pense qu'il faudrait plus de ressources après le point d'entrée. (Camille, Qpf)

De plus, dans certaines circonstances, des agentes et agents d'exécution de la loi des bureaux intérieurs qui décident une détention font face à d'autres enjeux de faisabilité ou d'applicabilité de

certaines SRD, comme illustré dans le passage qui suit, en raison de contraintes que l'on pourrait qualifier de technologiques.

Q: Ok. And regarding the alternatives. Could you please tell me about how you assess the availability of alternatives?

A: So, this is gonna, for my job that I do in the investigation unit, it generally applies to what we call road investigation. So we've been out, we've been investigating this person, we've located them, interview them, arrested them. So, generally speaking, that means that, at that time, I would have considered placing that person on conditions to report, or telephone reporting conditions, and I made the determination that that isn't a viable option at this time anyways. Either... often times, what I'm encountering right now, is the individual does not have a phone, which we need for the telephone reporting condition, and / or they don't have a phone company that is supported by the voice recognition system. [...] That a bonds isn't feasible because we don't have the means to take the funds when we're on the road, or at a jail cell, arresting someone. (Max, Pbi)

Plus haut, nous avons vu que, dans certaines situations, les participantes et participants estiment que la détention est nécessaire puisqu'il s'agit du seul mécanisme possible pour l'ASFC puisse atteindre les objectifs prévus par la LIPR¹⁶⁶³. Dans d'autres situations, toutefois, la détention s'avère nécessaire parce qu'aucune solution de rechange n'est possible. La détention devient parfois ainsi le dernier recours « par défaut », pour différentes raisons. Comme le résume Camille (Qpf) : « [O]ui, je pense qu'il y aurait d'autres alternatives qui devraient être implantées, en plus de la détention. Mais, il va toujours en avoir des détentions. Ce sera toujours nécessaire ».

Les infrastructures des établissements de détention peuvent aussi avoir un impact sur les décisions qui concernent le lieu de détention de la personne non citoyenne. Une personne interviewée rappelle que l'équipe de la région du Québec a dû développer l'expertise nécessaire pour que certaines personnes ayant un dossier criminel soient détenues au CSI de Laval en raison du nombre limité de places disponibles dans les établissements provinciaux. Certaines personnes mentionnent que les lois provinciales peuvent aussi avoir un impact sur la gestion des cas (Candide, Qbi; Billie, GTpf). On m'a rapporté l'exemple d'une province où, par le passé, les services de protection de la jeunesse n'intervenaient pas lorsque les personnes mineures étaient âgées de 16 ou 17 ans. Il pouvait alors être difficile de trouver des ressources d'aide pour une personne de 17 ans qui était interdite de territoire, mais qu'on ne voulait ni laisser à elle-même ni détenir au CSI.

¹⁶⁶³ Voir la section 6.1.1, ci-dessus, où la détention est à la fois considérée comme une mesure de dernier recours, mais néanmoins nécessaire.

En outre, certaines personnes rencontrées ont fait état d'autres aspects du contexte opérationnel ayant un impact sur les pratiques de l'ASFC relatives à la détention. De l'avis général, au sein des différentes régions et unités où j'ai pu réaliser des entretiens, la charge de travail est considérée comme élevée et les ressources, notamment humaines, trop rares. Cela fait en sorte, par exemple, que les agentes et agents disposent de peu de temps pour se tenir au courant des changements apportés aux politiques administratives.

Q : [I] y a eu les changements apportés depuis 2016, là, avec le cadre national sur la détention, est-ce que ça a eu des impacts sur votre pratique, sur la pratique des agents?

R : [...] Bien [soupir]... Le cadre national en matière de détention, j'ai pas pris connaissance de tout le document. Moi, j'y vais... avec l'information, par exemple, [que notre superviseure] va partager avec nous, mais qu'est-ce qui provient du cadre national de détention ou qui provient d'une autre initiative, sérieusement, je, il y a trop d'informations à un moment donné qu'on reçoit par courriel et tout que je me bâtre pas avec ça, je vais le dire comme ça. Tant que l'information m'est transmise, puis souvent, quand il y a des nouvelles affaires, comme le nouveau cadre, on fait vraiment une rencontre, puis l'information est transmise, puis voici, telle affaire, c'est important. (Sacha, Qbi)

Billie (GTpf) suppose ainsi que de ces contraintes de temps découlent peut-être des variations dans les pratiques à travers le pays, dans la mesure où les agentes et agents n'ont « peut-être pas le soutien de leurs gestionnaires locaux » [ma traduction] pour se tenir à jour de tels changements.

6.3.3. *Les attentes des auditoires*

Pour comprendre les facteurs de niveau institutionnel qui orientent et contraignent l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il s'avère utile de mobiliser à nouveau les concepts perelmaniens d'attentes des auditoires. En effet, comme nous l'avons vu plus haut¹⁶⁶⁴, parmi les éléments qui peuvent influencer le processus décisionnel, plusieurs études mettent en relief le « devenir » des décisions, ce qui en adviendra et ce que d'autres acteurs et actrices en feront. On retrouve des traces de la prise en compte de ces éléments dans passage du manuel d'exécution de la loi, qui prescrit « une approche rigoureuse dans la présentation des notes » pour « comprendre le raisonnement » derrière la décision et « sout[enir] les actions entreprises », ce qui est essentiel « aux contrôles judiciaires à

¹⁶⁶⁴ Voir les sections 3.2, ci-dessus.

la Cour fédérale, devant les tribunaux provinciaux, aux contrôles des motifs de détention à la CISR et à tout contrôle ultérieur du dossier »¹⁶⁶⁵.

Dans le chapitre précédent, j'ai présenté les stratégies de collaboration que les membres du personnel de l'ASFC adoptent pour répondre aux attentes des commissaires de la SI et de la haute direction de l'ASFC. Je reviens ici à la question des auditoires et de leurs attentes afin, d'une part, de présenter plus en détail les personnes ou les groupes que les agentes et agents de l'ASFC considèrent comme les auditoires de leurs décisions ainsi que, d'autre part, explorer la nature de ces attentes. Dans les paragraphes qui suivent, je me concentre sur les auditoires suivants : les commissaires de la SI (6.3.4.1), la haute direction de l'ASFC (6.3.4.2) et le public canadien (6.3.4.3). À partir des propos des participantes et participants, je décris, pour chacun de ces auditoires, la nature des attentes et leurs impacts sur la pratique du personnel de l'ASFC.

6.3.3.1. Les commissaires de la SI

Parmi les auditoires, les commissaires de la SI se distinguent peut-être des autres en raison de l'importance que confère le régime juridique à leurs attentes, dans la mesure où si l'ASFC veut qu'une personne non citoyenne demeure détenue au-delà du premier contrôle des motifs de la détention, on doit impérativement répondre aux attentes du ou de la commissaire qui présidera à cette audience. Les nombreux efforts entrepris pour diffuser les attentes des commissaires détaillés dans le chapitre précédent illustrent en quelque sorte l'importance qui leur est accordée, de même que la fréquence des mentions des commissaires de la SI au cours des entretiens. Sauf lorsque je rencontrais des agentes et agents d'audience, aucune question ne portait spécifiquement sur les audiences de contrôle des motifs de détention. Pourtant, à divers moments pendant l'entrevue, en répondant à différentes questions, les commissaires et la nécessité de les convaincre sont mentionnés. Au détour d'une phrase, les agentes et agents indiquent de façon explicite tenir compte de ce que les commissaires vont penser de leur décision ou indiquent s'adresser ultimement aux commissaires. Certaines personnes rencontrées, comme Claude (Qbi) ou Dominique (Qpf) vont évoquer le rôle des commissaires de la SI à plusieurs reprises lorsqu'elles abordent différents

¹⁶⁶⁵ ASFC, *ENF 20*, *supra* note 779 à la p 38.

aspects de leur travail. En guise d'illustration, Claude (Qbi) mentionne le rôle des commissaires en réponse à une question sur des exemples de cas de risque de fuite :

Puis il faut démontrer, dans un cas comme ça, pourquoi on pense que la personne se présenterait pas au Canada. Fait que c'est peut-être son historique du côté américain qui pourrait nous démontrer ça. Fait que on le mettrait, sujet est fugitif des États-Unis, est entré illégalement au Canada, donc... le commissaire aurait à statuer là-dessus.

Plus loin dans l'entretien, Claude aborde de nouveau ce rôle lors d'échanges au sujet des impacts du CNDI :

Oui, ç'a de l'impact, je vous dirais, ç'a de l'impact beaucoup sur les notes. Il y a dix ans, je vous dirais les alternatives à la détention, on pouvait pas ou ne pas en mettre beaucoup. Mais maintenant, si vous ne le mettez pas, ça veut dire que vous ne l'avez pas considéré, c'est grave. Parce qu'un commissaire pourrait dire, il y a une partie de l'entrevue qui, qui a été éludée, peut-être. Si on ne considère pas l'alternative à la détention, c'est que l'idée est un peu préconçue, puis donc qu'on a une certaine fermeture à ce point-là, donc.

Ailleurs, Claude souligne l'importance de convaincre le ou la commissaire « que la détention est nécessaire » en discutant du travail administratif à accomplir lorsque l'on décide de détenir quelqu'un :

Par la suite, quand ces procédures-là administratives d'arrestation sont faites puis que le sujet a quitté pour [le CSI], l'agent doit commencer à faire ses notes. Donc, c'est ça qui est long, faire les notes, parce qu'on doit *worder* chaque motif. On doit démontrer au commissaire que la détention est nécessaire pour tel, tel, tel, tel motif. Donc plus le dossier est complexe, plus c'est long.

Dans d'autres entretiens, les participantes et participants font allusion aux attentes des commissaires en discutant de sujets aussi divers que la préparation des dossiers par les agentes et agents d'audience, la collaboration entre collègues (Sacha, Qbi; Nikita, GTbi), les motifs de détention (Alex, Qbi; Dominique, Qpf), les processus internes d'approbation des décisions (Dominique, Qpf), les impacts du CNDI (Charlie, GTbi), les défis associés au travail (Angel, Pbi) ou les relations entre collègues (Max, Pbi)¹⁶⁶⁶.

Les personnes interrogées m'ont aussi donné un aperçu de la nature des attentes des commissaires, de ce que « la CISR va rechercher » [ma traduction], dans les mots de Lou (Ppf). Néanmoins, selon la littérature scientifique portant sur la CISR, ces attentes varient vraisemblablement en fonction

¹⁶⁶⁶ Cette liste n'est pas exhaustive.

de chacun des cas examinés et du ou de la commissaire qui procède à cet examen¹⁶⁶⁷. Il est toutefois possible d'en identifier certains éléments plus concrets.

Certaines attentes, de nature plus générales, ont trait au suivi et à la tenue des dossiers et concernent par exemple l'exactitude (Sacha, Qbi), la cohérence ou l'exhaustivité des éléments présentés aux commissaires.

Puis si la révision est maintenue à 48 heures, ben on recommence pour le sept jours. On doit représenter les motifs. On peut pas juste laisser aller un dossier, donc... L'agent qui va procéder à l'arrestation, il a un suivi à faire aussi. Parce que s'il y avait pas de travail d'effectué, le commissaire pourrait dire : « Mais qu'est-ce que vous avez fait là? ». Donc les dates de contrôle sont importantes, aussi. Pour pas que quelqu'un tombe [...], là, dans les craques puis dire « Oh my god, y'a-tu quelque chose qui s'est produit dans ce dossier-là ». Donc c'est, il y a un suivi, il y a une équipe ici qui fait juste ça. Donc c'est extrêmement suivi. (Claude, Qbi)

Des fois, avec des anciens agents, c'est que, on le sait que, parce qu'on connaît les dossiers, tout ça, que les facteurs de risques, ils sont présents, mais il me les fait pas ressortir. Donc là, c'est de rediriger l'agent, de lui dire : « Bien, c'est ok, je vois que t'as ça, mais moi, là, je veux dire, je suis le commissaire, je suis Monsieur Madame Tout-le-Monde, je regarde ça, c'est pas suffisant pour une détention. Va me chercher les éléments. Vous me dites que la crédibilité est pas établie, démontre-moi-le. Vous me dites que la personne va fuir les procédures puis quitter aux États-Unis, qu'est-ce qui te mène à croire ça. » Donc, c'est compléter, aller chercher les plus de détails, approfondir la, la teneur des dossiers. (Dominique, Qpf)

En parlant de la collaboration entre collègues, une personne rencontrée affirme par exemple que certains efforts visent à s'assurer qu'il y a assez de preuves à présenter à la SI dans un dossier d'enquête pour interdiction de territoire. Dans un même ordre d'idées, une autre personne rencontrée précise que, pour certains motifs de détention, le fardeau de preuve à atteindre devant la SI n'est pas le même qu'au moment de l'arrestation. Les attentes sont donc plus élevées devant la SI, qui décide selon la prépondérance des probabilités, que ce qu'impose la LIPR lors de la décision initiale, où l'on décide plutôt selon des motifs raisonnables de croire ou de soupçonner¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶⁷ Voir par exemple, dans le cas des demandes de statut de réfugié, Hilary Evans Cameron, « Risk Theory and 'Subjective Fear': The Role of Risk Perception, Assessment, and Management in Refugee Status Determinations » (2008) 20:4 International Journal of Refugee Law 567; Cécile Rousseau et al, « The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-Making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board » (2002) 15:1 J Refugee Studies 43.

¹⁶⁶⁸ Pour les motifs de danger pour la sécurité publique et de risque de fuite, il s'agit de « motifs raisonnables de croire », alors que pour le motif de détention pour certaines interdictions de territoire grave, il s'agit de « motifs raisonnables de soupçonner » : LIPR, *supra* note 20, art 55. Pour une discussion plus détaillée, voir la section 2.3.2.1, ci-dessus.

Certaines personnes m'ont également parlé d'autres attentes relatives à certains critères législatifs et réglementaires. Dans le premier extrait, on indique les éléments habituellement requis pour convaincre qu'une personne constitue un danger pour la sécurité publique, soit une condamnation pour une infraction criminelle¹⁶⁶⁹ :

The key thing, for danger, is that you just have to show that they're a present or future danger. [...] Usually, for danger, you have to show that they've had violent interaction and that they continue to do so. [...] (Sam, Pbi)

Au chapitre de l'identité, les attentes auxquelles on cherche à répondre se rattachent aux efforts entrepris par l'ASFC pour établir l'identité de la personne¹⁶⁷⁰.

For the detention to be maintained, for identity, we need to demonstrate that we have done enough efforts, we've been proactive in trying to establish the identity, and versus what the client or the subject is providing and how cooperative. I mean it's all kind of... the burden is on us, but if he's doing nothing and refuses to answer the burden is lower on us, so. At some point we are going to run out of investigational avenues and we're going to have to say: « We have nothing left to do in this case, we're not satisfied. » But, you know, we can't keep them detained forever and the Board won't maintain the identity ground if we haven't done enough efforts, so. (Alex, Qbi)

Donc nous si on intercepte quelqu'un qui a un problème d'identité, on va faire la photographie, la dactyloscopie, on va faire une entrevue complète, on va initier, peut-être, les contacts avec l'agent de liaison, mais nous, les efforts, après ça, si on n'est pas satisfaits de l'identité, bien, ils sont complétés pour nous. On a fait ce qu'on pouvait, dans notre période, on va transférer le dossier à un agent d'identité de la section d'exécution de la loi, puis on va signer l'opinion d'identité, ça va passer devant le commissaire, puis le commissaire il va valider si, effectivement, on a fait les efforts puis que c'est encore possible d'établir de l'étranger. (Dominique, Qpf)

Pour la détention justifiée par des motifs raisonnables de soupçonner certaines interdictions de territoire¹⁶⁷¹, Sacha (Qbi) discute du contexte dans lequel on recourt à ce motif, soit lorsque les éléments de preuve récoltés sont encore insuffisants pour procéder à une enquête pour interdiction de territoire. Sous ce motif, les attentes du tribunal sont alors moindres que pour une détention sous motif de risque de fuite ou de danger pour la sécurité publique :

[O]n est encore en train de faire de la recherche sur le dossier et la preuve, on n'a pas encore une preuve complète. Cet article-là on l'utilise plus qu'avant parce que, on réalise que, il y a des dossiers dans lesquels on dit au tribunal : « Écoutez, on n'est pas encore prêts à procéder [à l'enquête] », fait

¹⁶⁶⁹ Différents types d'infractions criminelles font par ailleurs partie des critères réglementaires à considérer lorsqu'on apprécie le danger pour la sécurité publique : *RIPR, supra* note 365, art 246.

¹⁶⁷⁰ Soit l'un des critères prévus par la loi pour qu'une détention au motif d'identité soit maintenue : *LIPR, supra* note 20, art 58(1)(d).

¹⁶⁷¹ *Ibid*, art 58(1)(c).

que maintenant on utilise ça. Quand on n'a pas encore, finalement, la preuve pour démontrer que c'est des motifs raisonnables, bien c'est parce qu'on est, encore, à des soupçons. Fait qu'on l'invoque, et là faut qu'on démontre nos efforts qu'on fait, constants, qu'on travaille constamment sur le dossier. Fait que, celui-là, est utilisé dans ces cas-là.

On tient également compte de l'appréciation que ferait la SI de la durée probable d'une détention¹⁶⁷². Dans l'exemple suivant, la personne s'interroge sur le sort probable d'une décision de détenir une personne qui demande l'asile, mais qui présente certains éléments de danger. Ces éléments justifieraient une détention au motif de danger pour la sécurité publique, mais la durée probable d'une détention pendant tout le processus de détermination de statut de réfugié pourrait être trop longue pour être approuvée par un commissaire :

It's gonna be very tough cause you could show their criminality and detain them, that they're a danger to the public. But there's that Board member who knows this process is going to take two years, are they going to keep them in detention? I doubt it, right? So, cause it's not fair to that person too. You have to weigh both. (Robin, GTpf)

Au-delà d'attentes découlant de règles juridiques, d'autres concernent l'exhaustivité de la preuve pour convaincre d'un manque de crédibilité :

Si je donne ça à mon agent d'audience, il passe en 48 heures, puis c'est juste ça ma ligne, mais que j'ai pas les éléments de contradiction, bien je convaincras par le commissaire que la crédibilité est pas établie. Faut que je démontre c'est quoi qui a été fait. Il y a un questions-réponses, où est-ce qu'elles sont les contradictions? Sur quoi les éléments de contradiction? Est-ce que c'est des éléments importants qui pourraient mener à une mauvaise interprétation de la loi? Ou c'est un mensonge? Je vous donne un exemple, question de criminalité. Si vous voyagez avec votre épouse, puis je veux savoir si vous avez de la criminalité, je dois vous séparer de votre épouse parce que vous pourriez indirectement mentir sur un fait qui nous est important, mais parce que vous être à côté de votre épouse qui est pas au courant que vous avez un dossier criminel. Donc, est-ce que je vous ai offert l'opportunité de faire une déclaration pleine et entière? (Dominique, Qpf)

Au cours d'une audience, les commissaires expriment parfois certaines de leurs attentes de façon explicite. On demande par exemple que soit évaluée la faisabilité d'une SRD particulière (Charlie, GTbi; Sydney, GTbi). Parfois, les commentaires faits par le ou la commissaire au sujet de la preuve présentée par l'ASFC peuvent indiquer des pistes à suivre pour mieux répondre à ses attentes (Sacha, Qbi).

¹⁶⁷² RIPR, *supra* note 365, art 248.

Dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il s'agit d'une détention pour motif d'identité, les attentes des commissaires peuvent être faciles à combler, selon une personne rencontrée. Cela est dû en partie au régime juridique, qui prévoit que lorsqu'une personne est détenue pour ce motif, la SI ne fait pas sa propre appréciation de l'identité de la personne, mais doit baser sa décision sur les efforts entrepris par l'ASFC et sur le niveau de collaboration de la personne détenue¹⁶⁷³.

Les cas d'identité, je vous dirais que c'est peut-être un peu plus facile la plupart du temps. Les agents font quand même beaucoup d'efforts. [...] Mais c'est sûr qu'on s'attend pas mal à une détention. C'est pas ça le gros défi, des fois. Parce qu'on voit qu'il y a eu tellement d'efforts. La personne, la collaboration est pas claire, fait que, c'est clair, on peut déjà s'attendre à ce qu'il y ait une détention. Puis, je pense que des fois, ce qui est ressorti dans les médias, ce que j'ai pu lire, ce que, ils considèrent que c'est comme un *rubber-stamping*, là, quasiment que c'est évident. Mais, le fait est que dans certains cas d'identité, le fait est que oui, ça pourrait paraître ainsi, parce que, veut, veut pas, bien, l'identité, c'est, c'est [...] la pierre angulaire de l'immigration, là. C'est la base. (Sacha, Qbi)

Cependant, il est parfois plus ardu de répondre aux attentes des commissaires. C'est notamment le cas dans la région Pacifique, où les agentes et agents d'audience rencontrés m'ont rapporté qu'il est plus difficile de convaincre les commissaires de cette région qu'ailleurs au Canada. On soutenait cette affirmation par la comparaison avec des expériences de travail antérieures dans d'autres régions, par des discussions avec des collègues d'ailleurs ou par le fait d'avoir participé, par visioconférence, à des audiences présidées par des commissaires relevant d'autres bureaux régionaux de la CISR.

Les commissaires nourrissent des attentes plus élevées à l'égard des dossiers de détention comme des dossiers d'interdiction de territoire, à un point tel où l'une des personnes rencontrées m'a décrit cette situation comme étant le défi le plus important de son travail – il est parfois impossible d'amasser des éléments de preuve suffisants pour y répondre. Cela entraîne dans certains cas des relations acrimonieuses entre le personnel de l'ASFC et les commissaires, qui se montrent très critiques du travail accompli par l'ASFC. On m'a dit présenter à l'occasion des demandes de récusation, parce que les critiques sortent d'un cadre strictement professionnel. De l'avis d'une personne rencontrée, cela résulte d'une incompréhension, de la part de la SI, de l'ampleur du travail fait par l'ASFC, par exemple une ignorance des cas d'arrestation qui ne mènent pas à une détention.

Ce haut niveau d'exigences de la part des commissaires se répercute également sur les relations de travail entre les membres du personnel de différentes unités de l'ASFC. Comme les agentes et

¹⁶⁷³ LIPR, *supra* note 20, art 58(1)(d).

agents d'audience doivent répondre à des attentes élevées, leurs attentes à l'égard des dossiers de leurs collègues sont également très importantes. Cela fait en sorte que, par exemple, des agentes ou agents d'investigation doivent parfois se battre pour convaincre les gens des unités d'audiences de présenter leurs cas à la SI ou que l'agente ou l'agent d'audience qui révise le dossier avant le premier contrôle peut décider de libérer ou de recommander la mise en liberté de la personne détenue parce qu'elle sait que la SI ne la maintiendra pas la détention. Il en résulte des relations de travail qui ne seraient pas toujours les meilleures.

Néanmoins, la connaissance des attentes élevées permet d'anticiper une décision négative de la SI et de commencer à préparer sa contestation devant la Cour fédérale. La préparation consiste par exemple à mettre au parfum les personnes chargées des contestations judiciaires avant même que l'audience n'ait lieu. Elles sont donc prêtes à procéder lorsqu'elles reçoivent la confirmation de la décision négative.

6.3.3.2. La haute direction

Comme vu précédemment¹⁶⁷⁴, les attentes de la haute direction s'expriment notamment par le biais de changements aux politiques administratives (ex. : modifications au manuel d'exécution de la loi, diffusion de bulletins opérationnels). Lors des entretiens, j'ai notamment questionné les participantes et participants sur les impacts de la mise en œuvre du CNDI, alors adopté depuis près de deux ans et demi¹⁶⁷⁵. Les propos relatifs à la nature de ces attentes et à leur impact se rapportent donc en grande partie à cette initiative, puisque c'est surtout à cette occasion que l'on m'a parlé des attentes de la haute direction, quoique pas exclusivement.

Au chapitre des changements apportés par le CNDI, la plupart des personnes interviewées ont discuté de l'attention croissante portée au recours aux SRD. Pour plusieurs, les changements ont eu pour effet d'approfondir, dans les décisions, les justifications du recours (ou non) aux SRD (Claude, Qbi; Sacha, Qbi; Charlie, GTbi; Nikita, GTbi; Lou Ppf; Max, Pbi), notamment dans lorsque des personnes mineures sont impliquées (Alex, Qbi) ou lorsqu'il s'agit de détention pour motif d'identité (Camille, Qpf).

¹⁶⁷⁴ Les attentes de la haute direction sont également abordées à la section 5.2.1.1, ci-dessus.

¹⁶⁷⁵ Au sujet du CNDI, voir la section 2.3.4., ci-dessus. Jackie (GTbi) et Jamie (Ppf) m'ont dit cependant avoir trop peu d'ancienneté pour discuter en profondeur des impacts du CNDI.

Toutefois, les avis sont partagés quant aux impacts concrets des nouvelles politiques sur les décisions. Alors que certaines estiment que cela a eu peu d'impact sur le nombre de personnes détenues (Sacha, Qbi; Max, Pbi), d'autres, notamment des personnes qui travaillent dans des points d'entrée, sont plutôt d'avis que le nombre de détentions a diminué, dans la mesure où les SRD sont davantage utilisées (Claude, Qbi; Alex, Qbi; Sydney, GTbi; Lou, Ppf; Louison, Qpf). Certains participants et participantes associent ce changement directement à la nouvelle politique administrative concernant les SRD :

Il y a moins de détention, il y a beaucoup moins de détention, je. Moi j'ai pas les statistiques du tout, là, mais en tout cas, pour moi, aux points d'entrée, depuis qu'on a le nouveau guide, depuis que le guide des alternatives à la détention est sorti, mes détentions ont été réduites, là. (Louison, Qpf)

[S]o I guess the only thing that we would look at is sort of stronger grounds for detention, like, we wouldn't necessarily detain people, I'd say, as easily as we use to, five-six years ago. We would look at more ways of basically overcoming the detention and finding a way to, maybe, family members be responsible for them, and sort of do more of the like work, and build stronger grounds for detention now. (Lou, Ppf)

And I think, especially in light of all of the pressure from Ottawa and everything, I think, personally I can say I've backed off a little bit on some cases where I may be more on the fence. Where maybe before we would have said: « Ok, yeah, I think, you know, we need another 30 days with this guy ». And I look at it a little bit... in the light of the fact that they don't want detention solely for identity. We may be, look at it a little bit... it's a little more, I don't want to say relax, cause it's not the right word in this context at all. But, I think a see a little more flexibility there, than there would have been before, where you could maybe come to your conclusion a little faster that, maybe, we'll never be satisfied with this guy.

Q: Ok.

A: Or, you know, in that type of situation, where I can already see where it's going. And I think by releasing a few cases like that, it also helps your credibility on cases you do want to keep detained, because you are seen as a little more... fair, I guess is, and not just detention, detention, detention, detention, you know. Does that make sense? (Alex, Qbi)

Entre autres impacts, deux personnes rencontrées ont affirmé que les exigences en matière de documents d'identité avaient diminué (Alex, Qbi; Louison, Qpf).

[F]rom what I see, over the last couple of years, the level for detention over the... we're detaining a lot less, with less documents, than we were before. I know there's pressure from Ottawa to... they don't really like the detention aspect for identity, especially. (Alex, Qbi)

De plus, quelques participantes et participants ont parlé longuement des impacts du CNDI à l'égard de la détention des personnes mineures. Il s'agirait du principal changement, comme l'indique le long extrait suivant :

C'est la détention qui a trait aux enfants ou aux familles. Donc là, à ce moment-là, c'est beaucoup plus, je vais dire, le terme me manque. Pas « fragile », mais faut faire beaucoup plus attention et être beaucoup plus, encore, diligent quant à la nécessité de détenir des enfants. C'est vraiment en dernier lieu. Déjà la détention, c'est en dernier lieu. Mais quand il y a des enfants qui sont impliqués. Encore là faut-il se questionner : est-ce que les enfants vont être détenus? Est-ce que la détention, on veut recommander la détention ou est-ce qu'on va recommander la mise en liberté? Donc [hésitations] il y a ces dossiers-là. Donc, faudrait regarder les statistiques. Sérieusement, je l'sais pas, est-ce qu'il y a plus de remises en liberté dans des dossiers ou est-ce qu'il y a des enfants, pas d'enfant, famille, pas famille. Ce serait intéressant, je les ai pas les chiffres. J'ai l'impression que ç'a dû changer un petit peu. Par contre, il y a encore des détentions. Puis ce qui a changé beaucoup, c'est que, avant... si j'me, si ma mémoire me fait pas défaut puis j'espère qu'elle me fait pas défaut. Il me semble qu'on détenait quand même dans certains cas l'enfant, alors que maintenant, l'enfant est pas détenu. On essaye de voir, est-ce qu'il y a quelqu'un d'autre qui peut prendre l'enfant en charge, un membre de la famille, par exemple. Ou si le parent désire demeurer en détention avec l'enfant, et à ce moment-là c'est un enfant qui accompagne le parent, mais qui est pas en tant que tel détenu. Ça change probablement pas grand-chose au bout du compte, dans le sens que l'enfant est quand même au centre de détention. Et dans le sens que l'enfant est quand même considéré par le tribunal comme étant, quand même, dans un centre de détention, ultimement. Fait qu'on regarde, quand même, on essaye d'être plus ouverts. [...] C'est clair qu'on va toujours regarder l'alternative, est-ce qu'il y a quelqu'un d'autre qui peut prendre l'enfant en charge? Fait que ça c'est le premier changement, je pense c'est ça, l'agence essaye de faire beaucoup plus attention. Et on nous demande beaucoup plus de comptes à rendre dans ces dossiers.

Q : Ok.

R : Au niveau de la supervision, des superviseurs, des, des... Depuis aussi un certain temps, ça doit venir aussi de là, les... les agents d'investigation mettent plus d'informations pour la motivation de la détention. (Sacha, Qbi)

Les avis sont ici aussi partagés quant à l'effet concret des nouvelles politiques au sujet de la détention des enfants. Pour l'une, on verrait au final peu d'impacts sur l'issue des décisions :

Je pense pas que ça change grand-chose, je vais vous dire franchement, parce que je pense que c'est quelque chose qui était déjà fait avant, mais juste pas marqué. Fait que je pense pas que ça change grand-chose au prix des patates à la fin. Mais ce qui change quand même grand-chose, c'est que c'est noté et il y a un historique beaucoup plus clair. (Sacha, Qbi)

À l'opposé, une deuxième personne estime plutôt que, dans certaines situations impliquant l'utilisation de faux documents par des personnes qui demandent l'asile, « on ne détient plus les mineurs » :

However, because of all the scrutiny we're getting for detention with minors, we don't detain minors anymore. They would be less inclined to, maybe, to detain in that situation, just because of all the scrutiny from Ottawa, I think. (Alex, Qbi)

En outre, en plus de ne pas détenir l'enfant, cette même personne hésiterait peut-être désormais à détenir la mère.

But in a case like that, where I know now, we know that the child is not going to be, you know, we're not detaining the children, I would maybe even think twice about the mother. Are we going to detain her, is it going to be, you know, maybe we can release them on conditions, there. (Alex, Qbi)

On constate donc des avis contrastés sur les effets des attentes de la haute direction sur les pratiques de détention, ici exprimées par le biais du CNDI. Si les participantes et participants semblent quasi unanimement avoir constaté des impacts sur le processus de prise de décisions (ex. : attention croissante portée aux SRD, une plus grande formalisation de ce processus), elles et ils sont partagés sur les impacts de ces politiques sur les décisions de détention elles-mêmes. Quant au choix du lieu de détention, les participantes et participants de la région du Grand Toronto disent avoir constaté une diminution du recours aux établissements correctionnels provinciaux dans le cas où une personne a des problèmes de santé mentale¹⁶⁷⁶ ou des antécédents criminels (alors qu'auparavant toute infraction, peu importe sa gravité, entraînait la détention dans un tel établissement).

6.3.3.3. Les Canadiennes et Canadiens

Vic Satzewich, dans son étude sur le travail des agentes et agents de visa d'IRCC (qui n'est toutefois pas le ministère duquel relève l'ASFC), affirme que le ministère demeure sensible aux humeurs de l'opinion publique et craint que les critiques faites au système d'immigration puissent miner la confiance du public envers ses programmes¹⁶⁷⁷. Dans un même ordre d'idées, certaines personnes rencontrées ont parfois fait référence à la population canadienne et à ses attentes pour expliquer certaines pratiques.

¹⁶⁷⁶ Certaines personnes notent aussi une plus grande sensibilité aux enjeux de santé mentale, dans tous les aspects du travail de l'ASFC.

¹⁶⁷⁷ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 à la p 233. Sur les impacts des attentes du public sur le travail des fonctionnaires de première ligne, voir Lipsky, *supra* note 31 aux pp 45 et s.

Entre autres, les coûts associés à la détention sont évoqués pour justifier une certaine retenue dans le recours à la détention. On ne veut pas y recourir inutilement puisqu'il s'agit d'un mécanisme coûteux, notamment pour les contribuables¹⁶⁷⁸.

[P]uis moi comme je dis toujours, dans mes dossiers aussi, mon but c'est pas de garder la personne en détention, mon but c'est de m'assurer que l'altern... que la personne se présente à son renvoi du Canada, exemple. Ou que si la personne représente un danger pour le public canadien, bien qu'il y ait une alternative qui le contrebalance le plus possible. Donc, c'est ça le but, puis on veut pas qu'ils restent en détention, je veux dire, on paye pour ça, à quelque part, tout le monde. Les Canadiens payent pour ça. (Sacha, Qbi)

Again, it goes back to that measured enforcement, and it goes back to even fiscal responsibility. It costs 300 something dollars at day to leave somebody detained, and it costs a lot less to put people on [alternative to detention] programs. So if you can put them on programs, why wouldn't you? Cause at the bottom, at the end of the day, the bottom line, we're all taxpayers, and we have to be responsible for even our own tax dollars. (Sydney, GTbi)

[I]t's not in the best interest of Canada nor of the Minister to keep someone detained, if nothing else for cost alone. You know, the Minister is not there to keep people in detention, solely because they feel like they want to. That's cost prohibitive and it makes no logical sense. (Angel, Pbi)

À l'opposé, dans l'extrait qui suit, la détention est perçue comme permettant d'éviter de « gaspiller » des ressources. On y fait explicitement référence aux attentes de la population canadienne en matière de protection de l'intégrité du système d'immigration, attentes auxquelles la détention permettrait de répondre tout en évitant des dépenses inutiles :

Q: [D]o you think that, in Canada, [...] that detention helps achieve those goals?

A: I think it does. From the perspective of, as I say, having worked the road, having to, sometimes, arrest the same people two, three times, because they were arrested, they were detained [...] they have been offered release on a bond, which is not uncommon when you're early on in the [immigration] process. And then they don't show up for the middle part of the process, so you have to go out and [laughs] arrest them, and detain them, and then they get released, perhaps on a higher bond, because they're not at the end of the process yet, so they go out, and then you get to the end of the process, they don't show up for the end of the process. Then you have to go find them again. And that is, kind of a waste of resources, you know, having to do that over and over. So, it does serve the purposes in allowing the government to ensure that the integrity of the system is met, that they requirements that Canadians expect are met, with the, without wasting resources. [...] So, I think it does serve the purpose to accomplish what needs to be done to ensure that the system is, you know, making effort to abide by what's expected without wasting resources available. (Leslie, GTbi)

¹⁶⁷⁸ Lou (Ppf) dit par exemple que la détention représente « beaucoup de travail et d'argent pour l'Agence » [ma traduction].

De façon similaire, au moment de discuter des fonctions de la détention¹⁶⁷⁹, Sam (Pbi) lie directement les deux principaux objectifs de cette mesure (soit la sécurité du public et la protection de l'intégrité du système d'immigration) aux attentes du « public » :

Q: [W]hat's the purpose of detention, what are the goals?

A: [...] I think, so, when it comes to danger cases, we have the unique ability to prevent people from being a danger to the public. So, they may not be subject to the criminal sanctions for whatever reasons, but I think it's an important part of CBSA's role is, when we have someone who is, in our removal stream, or in our processes, and they are a danger to the public, it's our responsibility, and it's a unique role that we have, is to prevent from being in the public. And I think that's an expectation, of the public, that we would, I think, we would discharge that.

[...]

And then, of course, we're required by law to remove people from Canada once they have a removal order. So, utilizing detention for removal purpose, extremely important in order to, the Act says we have to remove as soon as practicable. And if we know that a person, or we believe, from their history, that a person isn't going to appear for their removal, then, the ability to detain them is essential, because the expectation of the public is that if people are under a removal order, they will be removed.

La population canadienne nourrirait donc certaines attentes quant à la sécurité du public et à la protection de l'intégrité du système d'immigration, de même qu'en ce qui concerne l'utilisation judiciaire des fonds publics. Si ces attentes sont évoquées de façon générale, leurs impacts sur les décisions précises demeurent toutefois incertains.

* * *

Il se dégage ainsi des propos des participantes et participants que les attentes de certains auditoires sont prises en compte lors du processus de prise de décisions relatives à la détention, avec cependant des impacts qui paraissent variés. Parmi ces auditoires, les attentes des commissaires semblent influencer fortement les pratiques de l'ASFC. Elles constituent ainsi un élément incontournable de surdétermination des décisions de détention. Certaines personnes rencontrées relient cette importance à l'indétermination qui caractérise le régime juridique, comme vu en première partie de ce chapitre.

I email them... not daily, but weekly, probably, to get [the hearings officers'] opinions, cause they're the one that are arguing our cases, I guess, to the Board members. So we want to know, like, previous jurisprudence, what previous decisions have happened, are we following the law correctly, cause, there's so many things that can be interpreted. (Robin, GTpf)

¹⁶⁷⁹ À cet égard, voir la section 7.1, ci-dessous.

Dans le chapitre précédent, nous avons vu de quelles manières la prise en compte des attentes des auditoires influence l'organisation du travail des fonctionnaires de l'ASFC de façon à ce que les personnes qui détiennent l'expertise puissent partager leur connaissance de ces attentes. Dans les extraits qui suivent, les questions des attentes des auditoires et de l'expertise sont intimement liées à l'indétermination du régime juridique. Dans le premier, on explique qu'autant les nouveaux membres du personnel que certains qui ont plus d'ancienneté doivent être guidés pour interpréter correctement la loi ou pour présenter des arguments convaincants.

[O]n a une rotation de personnel, on a beaucoup de nouveaux agents, on a une courbe d'apprentissage. La loi, comme je vous dis, elle est très large, dans l'interprétation des risques de détention, je pense, c'est [les articles] 243-244-245 [du RIPR], on a des manuels d'exécution qui viennent éclaircir ce que l'intention du législateur était lorsqu'on parle de risque de fuite, lorsqu'on parle de danger, lorsqu'on parle d'identité. Puis souvent, bien, avec des nouveaux agents, c'est de les réorienter pour l'interprétation, justement, de la réglementation du législateur, puis d'aller faire ressortir les éléments qui sont importants.

Q : Ok.

R : Des fois, avec des anciens agents, c'est que, on le sait que, parce qu'on connaît les dossiers, tout ça, que les facteurs de risques, ils sont présents, mais il me les fait par ressortir. Donc là c'est de rediriger l'agent, de lui dire : « Bien, c'est ok, je vois que t'as ça, mais moi, là, je veux dire, je suis le commissaire, je suis Monsieur Madame Tout-le-Monde, je regarde ça, c'est pas suffisant pour une détention. » (Dominique, Qpf)

Le second extrait présente un exemple concret de situation où les agentes et agents d'audience sont en mesure d'éclaircir un point du droit « plus nébuleux » (Claude, Qbi) en raison de leur expérience devant la SI :

R : On va souvent les appeler [les agentes et agents d'audience], pour savoir qu'est-ce qu'ils en pensent du cas : « Est-ce que tu penses que j'ai des motifs? » Ils vont nous le dire : « Non, t'as pas de motifs », « Oui, on dirait, mais bon ». C'est important d'avoir une communication parce que c'est quand même eux qui ont une expérience, qui en ont vu. Donc, ça va être beaucoup des gens qui vont nous conseiller [...].

Q : Est-ce qu'il y a des exemples de cas où ils vont dire : « Ben non, il n'y a pas de motifs »?

R : Je vais vous donner un exemple d'un cas qu'on pensait qu'on avait des motifs au début, puis c'est leur expérience qui nous a dit non. Par exemple, un ressortissant d'un pays 'x' qui rentre aux États-Unis avec un document frauduleux, puis qui se fait chargé, puis qui est condamné pour usurpation d'identité. Au Canada, c'est de la grande criminalité, donc tu ne peux pas demander le refuge, pour ça, si on faisait une enquête aux États-Unis. Mais l'expérience a démontré que quand la personne, elle s'est servi d'un document pour entrer aux États-Unis, les commissaires n'iront pas là-dessus, parce que, ils ont comme l'immunité [...]. Par contre, quelqu'un qui ferait la même chose, mais déjà à l'intérieur, aux États-Unis, qui se ferait condamner pour fraude, par exemple, s'identifier à un

policier, utiliser une fausse carte de crédit, là on pourrait le faire. C'est le genre de truc d'expertise qu'eux vont pouvoir nous dire : « Oui, tu as une condamnation aux États-Unis pour avoir utilisé un document frauduleux, mais comme il a été utilisé à l'entrée, le commissaire ici ne pourrait [pas en tenir compte] ». [...] Fait que, ils vont nous diriger dans des points comme ça qui sont plus nébuleux. (Claude, Qbi)

Autrement dit, il semble que l'indétermination qui caractérise le régime juridique fait en sorte que l'ASFC doit tenir compte des attentes de la SI en matière d'interprétation et d'application de ce régime si l'on veut que les décisions soient maintenues. Pour connaître ces attentes, l'expertise des supérieures et supérieurs hiérarchiques ainsi que des agentes et agents d'audience s'avère incontournable. Comme pour d'autres aspects des pratiques administratives relatives à la détention, cette expertise paraît être largement basée sur l'expérience de travail au sein de l'ASFC.

De surcroît, les divergences qui existent entre les attentes des commissaires des différentes régions illustrent assez clairement l'indétermination du régime juridique qui encadre la détention. Une telle divergence n'est possible que si les règles sont assez floues pour être interprétées différemment, et ce, de façon systématique. Des interprétations du droit d'autres acteurs – ici les commissaires – agissent comme contraintes de la pratique des agentes et agents, mais ces interprétations pouvant varier, ces contraintes sont donc fluctuantes. C'est également ce qu'illustre une personne rencontrée dans la région du Grand Toronto, qui rapporte que les attentes des commissaires de cette région ont évolué à la suite de modifications aux directives de la CISR au sujet de la détention et qu'elles et ils sont maintenant plus difficiles à convaincre.

Pour conclure cette section, je souhaite revenir sur le fait que, dans une enquête de terrain portant sur les pratiques des fonctionnaires, tant d'attention soit portée au tribunal par les participantes et participants. D'abord, cela suggère que les membres du personnel de l'ASFC accordent une grande importance au rôle de supervision de leurs décisions que joue la CISR. En cela, il semble que le régime juridique puisse effectivement « imposer » un auditoire aux fonctionnaires, qui doivent alors tenir compte de ses attentes à l'égard de leurs décisions¹⁶⁸⁰. Ensuite, comme vu précédemment¹⁶⁸¹, la SI a été fréquemment critiquée pour son manque d'indépendance envers l'ASFC, dans la mesure où les arguments présentés par l'ASFC pour justifier le maintien en

¹⁶⁸⁰ Le cas des décisions de détention en matière d'immigration a ceci de particulier que lorsque la détention se prolonge au-delà de 48 heures, elles font automatiquement l'objet d'un contrôle par le tribunal, par opposition à d'autres régimes où une décision sera l'objet d'un contrôle par un tribunal seulement à la suite d'une contestation. Cette situation explique peut-être cette grande importance.

¹⁶⁸¹ Voir la section 2.3.3.10, ci-dessus.

détention étaient très peu remis en question. Pourtant, de l'avis des participantes et participants, l'ASFC affiche également une dépendance vis-à-vis du tribunal pour que ses décisions soient maintenues, notamment dans la région Pacifique, mais pas seulement. En d'autres mots, les fonctionnaires de l'ASFC doivent s'adapter aux exigences du tribunal afin de présenter des arguments aptes à convaincre les commissaires que leur position est juste; elle n'est pas (ou n'est plus) acceptée quasi automatiquement. Cette situation de « double-dépendance » laisse supposer qu'il existe certaines façons de faire, une certaine culture partagée par l'ASFC et la SI¹⁶⁸² autour du déroulement des contrôles des motifs de détention. Enfin, sur le plan conceptuel, les concepts d'auditoire et d'attentes s'avèrent pertinents pour comprendre plusieurs aspects des pratiques d'une agence administrative en relation avec les instances qui la supervisent, à la fois sur le plan des impacts des attentes sur la forme et le fond des décisions, mais également sur les manières dont ces attentes se construisent à partir de l'expérience de certains fonctionnaires et sont diffusées par ces fonctionnaires auprès de leurs collègues.

Conclusion

En terminant, la multitude de facteurs que les participantes et participants disent prendre en considération dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de détention illustre de façon éloquente la complexité de la tâche qui consiste à mettre en œuvre le droit et les politiques migratoires. Malgré l'existence d'outils tels que le manuel d'exécution de la loi, le droit de l'immigration se caractérise par de nombreuses zones grises qui laissent place à l'interprétation – et à la discrétion – de la part des agentes et agents chargés de l'appliquer. Bien qu'il soit en partie indéterminé, le régime de détention est néanmoins encadré par quelques grandes balises, voulant notamment que la détention doive répondre à un objectif prévu par le droit de l'immigration et qu'elle constitue une mesure de dernier recours.

À ce titre, le pouvoir discrétionnaire de détention peut justement se concevoir dans la façon de déterminer à quel moment ou dans quelle(s) situation(s) la détention constitue la mesure de dernier recours. Les facteurs qui orientent et contraignent cette décision sont nombreux. Les premiers concernent l'indésirabilité, dans la mesure où l'indésirabilité se traduit formellement dans les critères des interdictions de territoire et des motifs de détention. Les cas considérés comme

¹⁶⁸² Et peut-être par une partie des avocates et avocats qui représentent les personnes détenues?

impliquant un danger pour la sécurité publique laisseraient peu de marge de manœuvre aux fonctionnaires de l'ASFC, puisque où la détention s'impose dans presque tous ces cas.

Le caractère inévitable de la détention pour motif de danger pour la sécurité publique – par opposition aux motifs de risque de fuite et d'identité – suggère par ailleurs l'existence d'un certain continuum d'indésirabilité, étant donné que certaines personnes sont plus susceptibles d'être visées par la détention administrative qui constitue, rappelons-le, un dispositif de contrôle exceptionnel. Cela indique également une certaine forme de relation entre le niveau d'indésirabilité et l'étendue de cette marge d'appréciation. Les statistiques officielles indiquent toutefois que peu de cas tombent sous le motif de danger pour la sécurité publique.

Les motifs d'identité et de risque de fuite laissent place à un grand nombre de facteurs. Certains se rapportent aux interactions avec la personne, qui permettent d'évaluer sa crédibilité, d'apprécier son comportement. Certains facteurs de vulnérabilité, détaillés par les politiques administratives, sont aussi pris en compte. La littérature scientifique et quelques anecdotes rapportées par les participantes et participants suggèrent également que les caractéristiques sociales des personnes non citoyennes, notamment leur origine nationale, peuvent influencer les décisions, notamment en raison des soupçons qui pèsent d'emblée sur les ressortissantes et ressortissants de certains pays.

À cheval entre les niveaux micro et méso se trouvent les conceptions variées, mais partagées, que les agentes et agents de l'ASFC entretiennent au sujet de leur rôle et de leur identité professionnelle, conceptions qui témoignent d'une culture organisationnelle qui n'est pas monolithique. Ces identités se manifestent entre autres en des idées variées quant aux situations où la détention s'impose, où elle constitue le dernier recours possible.

À ces premiers facteurs se superposent d'autres éléments qui relèvent du contexte institutionnel. On retrouve d'une part une série de contraintes opérationnelles. Parmi celles-ci, le manque de disponibilité de SRD dans les points d'entrée fait en sorte que la détention s'impose parfois par défaut comme mesure de dernier recours. Inversement, certains facteurs semblent jouer en défaveur du recours à la détention, notamment dans des situations où le nombre de cas où la détention pourrait potentiellement être imposée est trop élevé au regard des ressources humaines disponibles.

D'autre part, les attentes des auditoires constituent un autre aspect du contexte institutionnel qui peut influencer les décisions en matière de détention. Certaines attentes ont des impacts probablement plus concrets, notamment celles des commissaires et de la haute direction. Si les

attentes de la haute direction semblent pour certains fonctionnaires avoir un impact dans des décisions individuelles, elles semblent aussi agir de façon plus diffuse sur l'ensemble des pratiques de détention, tout comme les attentes du public.

En outre, les disparités régionales dans les attentes des commissaires de la SI illustrent une certaine variation dans les contraintes relevant du contexte institutionnel, comme d'ailleurs les identités professionnelles variées, mais partagées.

Bref, l'analyse suggère qu'il existe une panoplie de facteurs possibles, qui vont toutefois s'imposer en tant qu'élément du champ de la surdétermination d'une décision avec des forces variées dans le contexte précis de cette décision¹⁶⁸³. Comme l'indiquent les participantes et participants, la complexité de ces décisions fait en sorte qu'il n'existe pas de formule toute faite pour décider si une personne non citoyenne doit être détenue. Bille (GTpf) a d'ailleurs bien illustré cette difficulté :

The problem is that it's very easy, sometimes, within a classroom, or within a sterile environment... So, we're in a Boardroom, discussing the idea of detention. And then you get to the real situation and it gets very messy, sometimes, because all of those other factors come out.

En terminant, je souhaite mentionner un élément qui relève à la fois du contexte institutionnel, mais aussi du contexte social plus large traité dans le prochain chapitre. Il s'agit du parti politique qui forme le gouvernement fédéral, qui fait en quelque sorte le pont entre l'administration publique et l'opinion publique. En effet, bien que la fonction publique se doive d'être non partisane (ce qui explique probablement que cet aspect ait été peu abordé dans les entretiens), il reste que c'est le gouvernement au pouvoir qui détermine (en partie) les grandes orientations d'une politique, dans ce cas-ci par le biais du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. De plus, par le truchement des élections, les positions du parti au pouvoir constituent un certain reflet, toute proportion gardée, de l'opinion publique sur certaines questions¹⁶⁸⁴. En 2015, lors de la campagne électorale précédant ma recherche de terrain, la question migratoire avait à cet égard pris une grande importance avec la promesse libérale de réinstaller environ 25 000 personnes réfugiées en provenance de Syrie. De l'avis de Nikita (GTbi), le changement de gouvernement aurait alors apporté une modification dans la façon dont l'ASFC aborde la détention.

¹⁶⁸³ Emerson et Paley, *supra* note 251.

¹⁶⁸⁴ À ce titre, le parti politique qui forme le gouvernement pourrait également être conceptualisé en tant qu'auditoire, qui serait un peu à cheval entre la haute direction de l'ASFC et la population canadienne. Les données étaient trop peu nombreuses pour y consacrer une partie distincte, mais les extraits qui suivent trop intéressants pour ne pas être mentionnés.

A: And to be perfectly honest with you, [laughs], I, having worked in this agency for both the Conservative government and when the Liberal government is in power, the Conservatives made some changes to IRPA, strong changes to IRPA, strong in the sense of, like, I don't, I, I'm not supporting the changes, I just mean they were, they're vastly different from what existed in IRPA before, with the Removal, Removing Criminals Faster Act. Um, the difference now is, since the Liberal party came into, um, play, there hasn't been any bill changes. There have been policy changes.

Q: Ok.

A: Um... [long silence] I'm not gonna comment on anything, other than, it's just, it's, it's, you know, we're non-partisan, the Agency, and I think that, uh, maybe with the Liberal mind-set, there has been a shift in the way we look at detentions. Right or wrong. I'm just, like, I'm not gonna, my own views aside, there has been a shift and perhaps that's why there's been this shift in focus to this, I have no idea, uh, it just seems to, the shift in the way we look at things seems to correspond with who is now in power.

Q: Ok.

A: Right or wrong, I don't know. I'm not gonna comment on that, but, maybe that's why, I don't know. Like, I, frankly, but I've notice a shift in the last few years, for sure.

Les nombreuses hésitations avec lesquelles le sujet est abordé témoignent de sa sensibilité. Charlie (GTbi) avait par ailleurs moins de scrupules à dénoncer certaines actions du gouvernement, ce qui indique peut-être les limites qu'un changement de gouvernement peut avoir sur les pratiques de ses fonctionnaires.

Q: That's all for my questions. Is there anything you would like to add, that I haven't asked you about?

A: Well. It's gonna sound political, but I'm gonna say it. That recent tweet, by our highest officer, to allow refugees to come over, it's put a big strain on the system, in that people have had to come from one office to the other, to staff up the claimants, and they're not all refugees. I've worked with refugees, I've intervened in thousands of claims. The Refugee Convention is old, it's outdated, and it hadn't anticipated the rise of domestic... you know, the availability of domestic travel as a relatively cheap thing, you know, a price point. So, the refugee system is overwhelmed, it's inundated, it's broken, it's busted, and it's rife for abuse. Not only is it rife for abuse, all our social services are. [...] So [sighs]... but our social services are under attack. The refugee system is, needs to be revamped completely for us to maintain some kind of program integrity. Otherwise, our borders are meaningless. And they have become meaningless.

CHAPITRE 7 – À QUOI SERT LA DÉTENTION? UNE CONTEXTUALISATION DE L’EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DE DÉTENTION DES FONCTIONNAIRES DE L’ASFC

There are people that when you think about your job and your responsibility and say... as a safeguard at the border, you want to make sure that the right, the right people are getting in, and the wrong people are not... (Jamie, Ppf)

Introduction

« En tant que garde-fou à la frontière, vous voulez vous assurer que les bonnes personnes entrent au pays, et pas les mauvaises personnes » [ma traduction]. Voilà comment Jamie résume le mandat des agentes et agents des services frontaliers dans lequel s’inscrit le recours à la détention, en offrant du même coup une réponse courte à la question évoquée en titre de ce chapitre : la détention sert à s’assurer que les « mauvaises personnes » [ma traduction], en d’autres termes les indésirables, n’entrent pas ou ne demeurent pas au pays. D’apparence simple, cette réponse s’avère finalement bien plus complexe lorsque l’on examine les pratiques qu’implique sa mise en œuvre, comme démontré dans les chapitres précédents. D’une part, la détention des personnes non citoyennes, comme bien des mesures de contrôle des frontières, exige un fastidieux travail de recherche et de formatage d’informations. D’autre part, l’interprétation du régime juridique qui encadre ce pouvoir discrétionnaire fait intervenir un vaste ensemble de facteurs afin de rendre applicables des règles d’emblée perçues par le personnel de l’ASFC comme truffées de zones grises.

Ce chapitre vise à prendre un pas de recul pour explorer, dans une perspective plus macro, de quelle manière le contexte sociohistorique surdétermine le recours à la détention des personnes non citoyennes. Le contrôle des indésirables se déploie toujours dans un contexte précis; l’indésirabilité, les mécanismes de contrôle, ce que l’on cherche à protéger en demeurent tributaires. Afin de comprendre l’influence de ce contexte sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire, j’utilise comme lentille les conceptions des agentes et agents de l’ASFC au sujet de la détention et des personnes qui y sont soumises. Pour reprendre les mots de Gérard Timsit, on se situe ici peut-être plus près des « principes, valeurs, croyances [et] idées » que des « pratiques ou usages »¹⁶⁸⁵.

¹⁶⁸⁵ Timsit, *Archipel*, *supra* note 266 à la p 29.

Ainsi, quels « principes, valeurs, croyances [et] idées » les membres du personnel de l'ASFC entretiennent-ils au sujet de la détention? Quels objectifs (ex. : exclusion ou réforme) cherche-t-on à accomplir? Qui veut-on protéger? De quelles menaces la détention permet-elle de se prémunir et qui sont les indésirables qui incarnent ces menaces? À l'aide des concepts du contrôle des indésirables, il s'agit donc ici de voir de quelles façons les agentes et agents de l'ASFC font sens du contexte sociohistorique, et de comprendre quel impact ce contexte peut avoir dans leur pratique.

Je prends comme point de départ de cette analyse les fonctions de la détention, autrement dit les buts que l'on cherche à atteindre en y ayant recours. Ce choix n'est pas anodin. En droit, un pouvoir discrétionnaire ne peut s'exercer que dans la poursuite des objectifs de la législation habilitante, une utilisation à une fin autre pouvant donner ouverture au contrôle judiciaire et à l'annulation d'une décision prise en vertu de ce pouvoir¹⁶⁸⁶. Du point de vue de la sociologie de l'action publique, c'est de la mise en concurrence d'objectifs contradictoires que naît parfois le pouvoir discrétionnaire. En droit canadien de l'immigration, les objectifs énoncés par la LIPR entrent en effet souvent en « tension », à l'instar de l'affaire *Charkaoui*, dont le nœud est présenté comme suit par la CSC :

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu'il doive agir sur la foi de renseignements qu'il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu'elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d'une gouvernance constitutionnelle responsable.

Le pourvoi porte sur une loi qui est censée régler cette tension dans le contexte de l'immigration, soit la [LIPR].¹⁶⁸⁷

Le même type de tensions entre objectifs concurrents se manifeste dans le travail quotidien des agentes et agents de l'ASFC. Par exemple, Nikita (GTbi) exprime ainsi se retrouver dans une situation paradoxale où l'ASFC détient une personne non citoyenne dans le but d'assurer sa présence pour les procédures d'immigration ou de maintenir la sécurité, mais où l'administration

¹⁶⁸⁶ La possibilité du contrôle judiciaire des décisions de détention des agentes et agents de l'ASFC demeure néanmoins un point de droit à éclaircir.

¹⁶⁸⁷ *Charkaoui*, *supra* note 771 au para 1.

favorise maintenant le recours aux solutions de rechange à la détention (SRD), un paradoxe décrit comme un « concept unique » [ma traduction] :

[Y]ou're told to be adversarial, and seek a person's detention cause the Minister is of the belief that they're not gonna appear, that they're a danger, but then, our Minister has told us we have to wear the other hat of making sure that we're canvassing all alternatives to detention.

C'est donc à partir des fonctions de la détention que j'explore les représentations que se font les agentes et agents de l'ASFC du contexte sociohistorique qui entoure le recours à la détention des personnes non citoyennes. Cependant, comme je l'explique plus haut, cette thématique a suscité un certain nombre d'hésitations de la part des participantes et participants, certains se contentant d'exprimer ce que dirait le droit, d'autres affirmant qu'il s'agit de questions politiques qui ne sont pas de leur ressort, d'autres encore qualifiant ce thème de « dangereux »¹⁶⁸⁸. Malgré ces réticences, les échanges avec les membres du personnel de l'ASFC me permettent tout de même d'esquisser quelques pistes de réponses au sujet des fonctions de ce mécanisme de contrôle et des personnes indésirables qui y sont soumises.

La première section explore donc les principales fonctions de la détention. Y sont aussi présentées des fonctions « secondaires » de la détention qui se dégagent des propos des participantes et participants (7.1). Ensuite, j'aborde dans la deuxième section le caractère imprécis de la notion de sécurité, qui justifie en sous-texte le recours à la détention. J'y développe notamment l'idée que, telle qu'articulée par les participantes et participants, la notion de sécurité concerne des situations plus variées que les situations qui peuvent être catégorisées sous le motif de danger pour la sécurité publique (7.2). Enfin, dans la troisième section, je me penche sur les risques que les agentes et agents associent aux personnes non citoyennes dont l'identité n'est pas établie (7.3).

7.1. Les fonctions de la détention

Comme abordé dans le chapitre précédent, les agentes et agents rencontrés identifient quelques grandes balises qui orientent le recours à la détention¹⁶⁸⁹, dont le fait de que l'on doive poursuivre un objectif autorisé par la LIPR. Sydney (GTbi) affirme ainsi que la détention ne devrait pas servir à autre chose qu'à « assurer un certain niveau de conformité [à la loi] tout en maintenant la sécurité

¹⁶⁸⁸ Voir la section 4.2.2, ci-dessus.

¹⁶⁸⁹ Voir la section 6.1.1, ci-dessus.

du public » [ma traduction]. Ce sont là les deux objectifs mentionnés par la grande majorité des participantes et participants, qui recourent les objectifs tels qu'ils sont présentés par la documentation officielle : assurer la sécurité et protéger l'intégrité du système d'immigration¹⁶⁹⁰.

Le dernier thème exploré au cours de mes entretiens portait spécifiquement sur les objectifs que la détention permet d'atteindre. Si la plupart évoquent d'emblée les notions de sécurité et de respect de la loi, la sécurité étant plus souvent mentionnée en premier, d'autres répondent en se référant aux trois principaux motifs de détention : en bref, la détention pour danger viserait à assurer la sécurité du public, la détention pour risque de fuite l'intégrité du système d'immigration et, finalement, la détention pour motif d'identité servirait ces deux objectifs.

Les deux principales fonctions de la détention seraient donc, d'une part, d'assurer la sécurité du public ou du Canada (7.1.1) et, d'autre part, de protéger l'intégrité du système d'immigration (7.1.2). À celles-ci se greffent d'autres rôles, secondaires, qui sont évoqués moins unanimement (7.1.3).

7.1.1. Assurer la sécurité du public et du Canada

La sécurité du public, c'est vraiment une personne qui pourrait causer des... ça va avoir l'air québécoise, là, causer des dommages pour la sécurité des Canadiens. Par exemple, vous avez quelqu'un qui appartient à un gang organisé d'un pays 'x' qui est reconnu comme étant extrêmement violent, on en a eu des cas comme ça. Pour nous, c'est ça la sécurité du public. C'est quelqu'un qui pourrait, rendu physiquement à l'intérieur, causer des problématiques au Canada, se criminaliser... On a toujours en tête... la sécurité, dans le sens que, on voudrait pas que, parce qu'on a manqué quelque chose à la frontière, on laisse entrer quelqu'un, puis que la personne tue quelqu'un ici. Quand je parle de sécurité, là, c'est vraiment sécurité... dans son sens, là, physique, si on veut. Protéger les citoyens, qui sont ici, contre les criminels qui pourraient éventuellement commettre des actes criminels. C'est vraiment ça. C'est notre préoccupation. Quelqu'un aussi qui pourrait être reconnu comme espionnage ou des trucs comme ça. C'est, c'est dans notre mandat d'assurer la sécurité des gens, des infrastructures. Donc on parle aussi pour terrorisme. Quelqu'un qui est suspecté de terrorisme, c'est sûr et certain que, on est ouvert à toutes ces... c'est vaste comme ça, là. Criminel, gang de rue, jusqu'au terrorisme, c'est ça l'objectif premier, c'est d'essayer de stopper ça, à l'entrée. (Claude, Qbi)

Ce passage laisse voir deux dimensions de la sécurité que la détention permettrait de protéger, c'est-à-dire la sécurité « physiques » des personnes de même que la sécurité du Canada (lorsqu'il est question d'infrastructures et de terrorisme), que j'aborderai successivement.

¹⁶⁹⁰ Voir la section 2.4.1.1, ci-dessus.

Dans un premier temps, la détention servirait à assurer la sécurité des personnes qui se trouvent au Canada, qui sont désignées par diverses expressions : le « public » (Claude, Qbi; Sacha, Qbi; Candide, Qbi; Sydney, GTbi; Lou, Ppf; Max, Pbi; Sam, Pbi), la « population » (Sacha, Qbi) les « Canadiens et Canadiennes » (Dominique, Qpf; Sydney, GTbi; Leslie, GTbi; Nikita, GTbi; Jackie, GTbi; Max, Pbi; Angel, Pbi; Louison, Qpf), le « public canadien » (Charlie, GTbi; Sydney, GTbi), le « public général » (Max, Pbi), la « société canadienne » (Robin, GTpf; Jamie, GTpf) ou « tout le monde qui est sur le territoire » (Camille, Qpf).

Dans cette acception, assurer la sécurité se comprend d'abord comme la protection de l'intégrité physique des membres du public, qui serait principalement affectée par des actes criminels (Dominique, Qpf)¹⁶⁹¹.

We don't want people who are a danger to the Canadian society to be roaming free, especially when they don't have the right to enter the country. [...] That's, I think, the main focus of detention, is to stop criminals from roaming without being allowed entry (Robin, GTpf).

Sous cet angle, la détention sert à éviter qu'il soit possible pour une personne non citoyenne qui a des antécédents criminels ou qui est membre d'une organisation criminelle de se trouver parmi la population. Bref, l'une des fonctions de la détention semble être de protéger le public en exerçant une forme de séparation ou de ségrégation entre les personnes jugées dangereuses et les autres. Cette idée est exprimée par plusieurs : « [b]ien, écoutez, quelqu'un qui est libéré et qui commet un crime par la suite, c'est sûr que c'est pas ça qu'on veut » (Sacha, bi). Ou encore, dans les mots de Camille (Qpf) : « quelqu'un qui aurait eu des actes violents, des actes avec des armes à feu, j'veux peut-être pas que cette personne-là soit libérée pendant six mois, ou huit mois, peu importe, avant de pouvoir voir un commissaire [dans le cadre d'une enquête pour interdiction de territoire] ».

To ensure that those individuals who are either seeking entry to the country, or have found their way into the country, that we're not releasing criminals or fugitives out into the general public, that we're not releasing dangerous people out into the general public, that we're not releasing people that we don't know who they are, that could be fugitives or serious criminal or terrorist, into the general public. (Max, Pbi)

If the person is a danger to the public, because they have multiple assaults against various people, and they're just random assaults, they're not targeted assaults against one person, but it's, like, we've had one guy where he was on [public transportation] and he would just randomly punch people in the face and break their noses and stuff. And it's a mental health case so, it's a little unfortunate, but

¹⁶⁹¹ Comme vu précédemment, la notion de danger pour la sécurité publique est principalement associée à une forme de criminalité violente (souvent avec armes) ou impliquant des substances prohibées. Voir la section 6.2.1.1, ci-dessus.

the best place for society might be for him to be in detention where he's getting medical treatment and, you know, society is somewhat safer as a result. (Sydney, GTbi)

L'objectif de protection de la population contre la criminalité et la violence physique, voire le terrorisme, est manifeste. La détention est en cela essentielle au rôle que joue l'ASFC.

[W]hen it comes to danger cases, we have the unique ability to prevent people from being a danger to the public. So, they may not be subject to the criminal sanctions for whatever reasons, but I think it's an important part of CBSA's role is, when we have someone who is, in our removal stream, or in our processes, and they are a danger to the public, it's our responsibility, and it's a unique role that we have, is to prevent them from being in the public. (Jamie, Ppf)

Ainsi, comme l'expriment les extraits suivants, la détention permet de protéger la population en attendant de pouvoir exclure de façon définitive une personne dangereuse par son renvoi hors du territoire.

Bien la détention, dans le fond, elle sert à s'assurer que, moi je vous dirais, que les personnes qui peuvent présenter un risque, soit pour la sécurité, la santé des Canadiens ou Canadiennes, soient gardées en contrôle et s'assurer de leur départ. (Dominique, Qpf)

I looked at some cases recently, where I'm just like, you know, when you have the criminal court saying that someone is, essentially going to kill someone, to me [laughs], that's concerning! If they have an enforceable removal order, we probably shouldn't have that person back out on the streets and they should probably be going back to the country that they came from without being given an opportunity to hurt someone again. (Nikita, GTbi)

Comme illustré par l'extrait en début de section, la détention se conçoit aussi comme une sorte de barrière à l'entrée sur le territoire. Dans l'extrait suivant, il s'agit d'un moyen d'éviter que des membres d'une organisation criminelle puissent entrer sur le territoire et causer des torts aux « citoyens respectueux des lois » [ma traduction]. Elle permet aux agentes et agents de l'ASFC d'exercer un rôle de filtre à la frontière.

And I think it's [...] our role as [CBSA] officers, to stop them from entering [...]. Cause we know that they're a danger to the public, we have their criminal history. Therefore, it's a means to prevent them from entering at all. That way we can get them out, without them ever entering. I know it sounds, it is harsh, but at the same time, the goal of these organized groups is to, like, disrupt, our lawful abiding citizens, right? (Robin, GTpf)

Charlie (GTbi) précise ainsi prendre « très au sérieux » l'objectif de la LIPR qui vise à faire en sorte que le Canada ne devienne pas un « sanctuaire pour criminels » [ma traduction]. Dans cette optique, la détention constitue une extension de la frontière qui, plus que de transcender la frontière

géographique pour s'appliquer à un endroit comme un Centre de surveillance de l'immigration (CSI), s'applique aux personnes détenues qui, peu importe l'endroit où elles se trouvent au Canada – au tribunal, au CSI ou dans les transports entre ces endroits – restent toujours *sur* la frontière, sans la possibilité de la franchir, donc toujours exclues.

Dans un deuxième temps, les personnes interrogées évoquent plus rarement un autre volet de la sécurité, qui concerne la sécurité du Canada ou la sécurité nationale (Charlie, GTbi; Lou, Ppf; Angel, Pbi; Jamie, Ppf; Louison, Qpf) et qui serait par exemple menacée par la présence de personnes suspectées d'être membres d'une organisation terroriste. On comprend de l'extrait suivant que, dans ce sens, la sécurité du Canada peut être compromise par des actes de terrorisme, d'espionnage, de criminalité organisée ou de violations des droits de la personne.

You know, we've had some recent experience with sections A34 and A35¹⁶⁹². So, A34, we do deal with individuals who have affiliations with organizations that represent security threats to Canada, be it membership in a terrorist organization, active participation in foreign intelligence or foreign military. [...] Those are some of the cases we've dealt with. We've dealt with individuals who have been sent to hearings for inadmissibility due to human rights violations. This includes soldier, prison guards. People who've advocated serious crimes, such as genocide and other things that fall in the war crimes categories. Organized criminality is something that we deal with as well, on a frequent basis. From all corners of the world. Sometimes it's somebody who's had a past experience with an organized, a criminal organization. Sometimes this is ongoing. There's an incentive to enter Canada and continue those activities within Canada. And I think we play an important role [...] in terms of interdicting and preventing the entry of somebody with those intentions. (Jamie, Ppf)

De même, de l'avis d'Angel (Pbi), la sécurité nationale concerne des actes visés par les interdictions de territoire relatives à la sécurité (ex. : espionnage, terrorisme, renversement du gouvernement), aux atteintes aux droits humains ou internationaux (ex. : crimes contre l'humanité, crimes de guerre) ou à la criminalité organisée. En elle-même, la présence de personnes ayant participé à des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre serait contraire à « l'intérêt public » [ma traduction] (Charlie, GTbi). Dans ces cas également, la détention permet de « garder le contrôle » [ma traduction] pendant l'enquête pour interdiction de territoire et les autres procédures d'immigration afin de s'assurer en bout de piste de leur départ, ce qui s'avère utile notamment lorsque la personne cherche à entrer au Canada (Jamie, Ppf).

¹⁶⁹² Les expressions « A34 » et « A35 » désignent des articles de la LIPR, le « A » signifiant *Act*. L'article 34 se rapporte à l'interdiction de territoire pour motif de « sécurité » tandis que l'article 35 concerne l'interdiction de territoire pour « atteinte aux droits humains ou internationaux » : LIPR, *supra* note 20.

Les participantes et participants expliquent cette première fonction de la détention – celle d’assurer la sécurité – de façon assez claire, en peu de mots, sans s’étendre. Cette fonction est presque unanimement mentionnée de façon spontanée, et ce, souvent avant que les autres fonctions ne soient abordées. Comme présenté dans le chapitre précédent, la détention pour motif de danger pour la sécurité publique revêt une importance particulière aux yeux des participantes et participants¹⁶⁹³. Dans leurs mots, il s’agit de la « plus importante considération » [ma traduction] (Angel, Pbi) ou de « la plus grosse responsabilité » (Sacha, Qbi). Paradoxalement, pourtant, les personnes détenues pour motif de danger pour la sécurité publique ne représentent généralement qu’un faible pourcentage des personnes détenues (ex. : 6,7% pour l’année 2019-2020¹⁶⁹⁴). Comment expliquer alors l’importance attribuée à cette fonction de la détention alors qu’il ne s’agit que d’environ un cas sur quinze? Une partie de la réponse réside probablement dans le fait que de tels cas sont perçus comme laissant peu de marge de manœuvre aux agentes et agents de l’ASFC, dans la mesure où la détention s’impose presque tout le temps lorsque les agentes et agents considèrent que la personne pose un danger pour la sécurité publique; il s’agit des cas de détention les plus évidents. On peut également voir dans cette insistance un effet de la sécurisation des migrations internationales et de la prégnance des discours présentant certaines personnes non citoyennes comme menaces à la sécurité. Bien que peu nombreux, ces cas se voient attribuer une importance considérable. En outre, sur le plan institutionnel, la culture organisationnelle de l’ASFC portée sur l’exécution de la loi et les transformations qu’a subies le contrôle des frontières au cours des dernières années (ex. : armement des agentes et agents des services frontaliers) font que la sécurité est présentée comme un aspect fondamental du travail de l’ASFC, même si dans les faits il s’agit souvent d’un travail plutôt administratif et routinier que d’un travail relevant de la « sécurité »¹⁶⁹⁵, notamment pour les personnes qui travaillent aux frontières. Par ailleurs, Karine Côté-Boucher suggère que l’aspect sécuritaire du travail de l’ASFC a une fonction de légitimation très importante pour les agentes et agents, dans un contexte où l’introduction de nouveaux outils technologiques tend à réduire leur rôle dans la prise de décisions¹⁶⁹⁶. Cependant, en regardant de plus près les propos des participantes et participants au sujet de la notion de sécurité, on s’aperçoit

¹⁶⁹³ Voir la section 6.2.1.1, ci-dessus.

¹⁶⁹⁴ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313.

¹⁶⁹⁵ Côté-Boucher, *Border Frictions*, *supra* note 237.

¹⁶⁹⁶ *Ibid* à la p 102.

qu'elle recouvre plus que ce qui est visé par le motif de danger pour la sécurité publique, ce qui sera abordé plus bas.

7.1.2. Protéger l'intégrité du système d'immigration

L'objectif de protection de l'intégrité du système d'immigration est, de façon générale, discutée plus longuement lors des entretiens. Protéger l'intégrité du « système d'immigration » [ma traduction] (Leslie, GTbi) ou des « programmes » (Dominique, Qpf; Charlie, GTbi) signifie que la détention sert à faire respecter la LIPR (Sacha, Qbi; Dominique, Qpf; Charlie, GTbi; Sydney, GTbi; Billie, GTpf) ou les règles (Leslie, GTbi), à remplir les obligations prévues par la loi (Robin, GTpf) ou encore à mettre en œuvre ses objectifs (Dominique, Qpf; Charlie, GTbi). Une personne interviewée affirme par exemple que le fait de pouvoir garder en détention les personnes qui ne coopèrent pas, occasionnant ainsi l'impossibilité de leur renvoi, permet d'éviter qu'elles « écrivent leurs lois d'immigration » [ma traduction] (Charlie, GTbi), c'est-à-dire qu'elles soient libérées et puissent demeurer au Canada en raison de leur refus de collaborer et de respecter les règles.

Plus concrètement, la détention sert dans un premier temps à garder le contrôle sur la personne pour « compléter le processus » [ma traduction] (Robin, GTpf), comme procéder au renvoi (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Dominique, Qpf; Candide, Qbi; Charlie, GTbi; Sydney, GTbi; Robin, GTpf; Jackie, GTbi; Lou, Ppf; Jamie, Ppf; Louison, Qpf; Camille, Qpf) ou à l'enquête sur l'interdiction de territoire (Alex, Qbi; Dominique, Qpf; Billie, GTpf; Max, Pbi; Jamie, Ppf). Jamie (Ppf) résume de la manière suivante cette fonction :

Supporting the removal of those who have been denied access to Canada. Supporting the examination and investigation processes. That's important in terms of ensuring the enforcement of IRPA. Those are some of the broad [objectives].

Dominique (Qpf) ajoute :

Mais le but, c'est d'appliquer nos lois puis de s'assurer qu'elles soient respectées. Dans le sens que, nous autres à la frontière, bien si on a la finalité, on a toujours quasiment une finalité à atteindre, c'est le départ, donc. C'est pour qu'ils quittent.

Dans cette déclinaison de la protection de l'intégrité du système d'immigration, cette fonction est étroitement associée au motif de détention pour risque de fuite, dont le libellé indique justement qu'on peut détenir si on estime que la personne « se soustraira vraisemblablement au contrôle, à

l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi »¹⁶⁹⁷. L'extrait suivant illustre cette association.

[W]hen it comes to unlikely to appear, the purpose of that is just to make sure they show up for our processes. [...] So the role of being able to detain for unlikely to appear is to ensure that a person is participating in our processes, even if they don't want to. And then, of course, we're required by law to remove people from Canada once they have a removal order. So, utilizing detention for removal purpose, extremely important in order to, the Act says we have to remove as soon as practicable. And if we know that a person, or we believe, from their history, that a person isn't going to appear for their removal, then, the ability to detain them is essential, because the expectation of the public is that if people are under a removal order, they will be removed. So it's a tool that we have in order to make sure that they are available. (Sam, Pbi)

Ainsi, la détention permet par exemple de s'assurer

que les personnes qui sont non désirables, qui pourraient représenter un fardeau économique ou [dont] on ne sait pas la nature du voyage [...] quittent le Canada dans les délais prescrits. C'est la conformité. [...] Ouin, mais principalement c'est ça. Ça sert à pouvoir, comme, vraiment appliquer les mesures, les décisions qui sont prises. (Dominique, Qpf)

La détention joue ici aussi un rôle de contrôle sur les mouvements de la personne, afin de pouvoir ultimement l'exclure. L'exclusion vise donc, en plus des personnes jugées indésirables parce qu'elles sont dangereuses, celles qui sont jugées inutiles. On peut comprendre de cet extrait que l'inutilité ne se limite pas à la question de représenter un fardeau économique, mais s'étend aussi au fait de ne pas savoir ce que va faire la personne une fois entrée au Canada. Les personnes non désirables dont il est question ici sont celles qui sont parfois désignées comme « voyageurs de mauvaise foi », c'est-à-dire qui tentent d'entrer avec un visa touristique, mais dont les fonctionnaires de l'ASFC croient qu'elles chercheront plutôt un travail sans autorisation.

Un peu dans le même esprit, selon des participantes et participants, la détention pour motif d'identité permet de mettre « un peu plus de pression » afin que des documents de voyage soient fournis, ce qui ultimement facilite le renvoi et l'exclusion, lorsque le parcours migratoire au Canada touche à sa fin :

I think that's one of the biggest impact of detention for identity, it provides a little bit more pressure to obtain travel documents, to provide those travel documents, to turn them over, which is, at the end of the day, one of our biggest problem for the removal side, is we don't have a travel document. So,

¹⁶⁹⁷ LIPR, *supra* note 20, art 55(2)(a).

we have to have those tools, I think, at our disposition, a little bit, to ensure people comply. (Alex, Qbi)

Alex (Qbi) précise, un peu plus tard au cours de l'entretien :

But, I mean, basically the whole goal of identity detention is to establish who the person is and, secondly, to try and obtain some sort of document so, at the end of the line, if their process is negative, so that we can remove them, because you can't remove someone on a photocopy of a birth certificate. And a lot of consulates will not recognize that as a valid document to issue a travel document.

Dans un deuxième temps, la détention permet de protéger l'intégrité du système d'immigration en raison de la prévention de la « fraude » [ma traduction] (Alex, Qbi) ou des « abus » [ma traduction] (Billie, GTpf) qu'elle permet. Ainsi, la détention sert à éviter que des personnes soient relâchées et obtiennent de faux documents afin de vivre dans la clandestinité (Charlie, GTbi). D'autres abus potentiels sont la mauvaise utilisation des programmes d'immigration (Candide, Qbi), par exemple présenter une fausse identité pour obtenir le statut de réfugié et « obtenir [...] certains droits auxquels vous auriez pas accès si vous aviez déclaré les choses correctement » (Claude, Qbi). Ainsi, « la détention, elle est nécessaire, dans certains cas c'est ça qui fait que ça encourage la communication des vrais faits », c'est-à-dire qu'elle incite les personnes à « coopérer mieux » (Candide, Qbi).

Pour quelques participantes et participants (Sacha, Qbi; Alex, Qbi; Charlie, GTbi), la lutte contre la fraude prend d'ailleurs une importance particulière. Sacha (Qbi) se rappelle par exemple une période où plusieurs personnes ayant la citoyenneté belge auraient frauduleusement demandé le statut de réfugié, disant fuir la République démocratique du Congo. Elle affirme ensuite :

R : Donc, à un moment donné, on peut pas alourdir, et il y a beaucoup gens qui, malheureusement, fraudent, mais l'objectif c'est de regarder, aussi, les demandes d'asile des gens qui en ont vraiment besoin. Fait que si, si on commence [...] puis ça c'est une opinion personnelle, peut-être, mais si on commence [...] comment dire? À pas analyser et à pas faire le travail de l'agence, bien tant qu'à faire, ouvrons les frontières, puis donnons des quotas pour les réfugiés puis des quotas au niveau économique. J'ai pas de solution miracle.

Q : Oui.

R : Mais, mais je pense que l'objectif c'est de ne pas alourdir le système par des gens qui fraudent le système. Moi, je pense que définitivement, on aide. Mon opinion personnelle, c'est qu'il y a beaucoup plus de fraude qu'on le pense. Et il y a beaucoup plus de fraudes que celles qu'on réussit à attraper.

C'est ce que dénonce aussi Charlie (GTbi) :

So, the refugee system is overwhelmed, it's inundated, it's broken, it's busted, and it's rife for abuse. Not only is it rife for abuse, all our social services are. People come here, and, for instance, some of the crime groups I've been talking about, they're quite aware that they can get [benefits on disability grounds], I don't know how they're able to get it [...] There is also all kinds of, like, some of the theft groups, they claim children as their own, when they're not, and these kids are kind of recycled to obtain social benefits. So [sighs] ... but our social services are under attack. The refugee system needs to be revamped completely for us to maintain some kind of program integrity. Otherwise, our borders are meaningless. And they have become meaningless.

La détention constitue dans certains de ces cas l'un des outils qui permettent de contrer ce type de fraude, en permettant de déterminer la véritable identité des personnes ainsi détenues.

So, there's a ton of fraud in our immigration system and I think it would be wonderful if the public could know about it because it's, we get a lot of information of people that already have status in Canada who've obtained it under false identities, or alternatively a place where we see a lot of fraud is the inland refugee claims. [...] If I ran things, program integrity would be a higher priority. It just doesn't seem to be right now. If they are a refugee claimant, and we have information that they have another identity, usually we will arrest them for identity. (Alex, Qbi)

En permettant de lutter contre la fraude, la détention permet aussi de conserver les ressources pour les personnes qui, selon certaines personnes rencontrées, auraient « vraiment besoin de la protection du Canada » [ma traduction] (Nikita, GTbi). Certaines personnes ont discuté de ce thème en parlant principalement des personnes qui demandent le statut de réfugié.

Ce qu'on entend, souvent, c'est que les gens... ils font pitié, les gens, puis c'est vrai, dans beaucoup de cas, c'est des gens vulnérables, c'est des gens. Mais des gens qui abusent des systèmes, pas juste ici, mais des systèmes d'ailleurs. Donc, ils donnent pas les vraies identités parce qu'ils ont des statuts dans d'autres pays. Mais il y a des ententes qui existent, puis les ententes existent pour pas qu'il y ait d'abus parce que si on permet à ces gens-là d'abuser du système, d'autres gens qui devraient vraiment venir, ça coupe la capacité pour une province de pouvoir agir. Mais ces cas-là ne sont pas ressortis. [...] Il y a des gens qui demandent des statuts de réfugiés parce que leur pays est pauvre. Mais ça fait pas partie, t'sais, t'es pas à risque, t'es pas en danger. T'es juste dans un pays pauvre. C'est pas le fun, mais ce que tu demandes, tu le demandes pas correctement ou tu prends pas les bonnes démarches pour venir habiter ici. Si on faisait ça de façon générale, la province pourrait pas subvenir à tous ces besoins-là. Les gens qui viennent ici en tant que réfugié, beaucoup d'efforts en province, sont donnés à ces gens-là pour les aider. Il y a des fonds, qui sont donnés, du gouvernement, pour pouvoir les aider, pour pouvoir permettre... Mais c'est toutes des ressources qui sont enlevées à des gens qui sont déjà ici. Qui, potentiellement on pourrait aider, mais qu'on peut pas aider. [...] T'sais, fait qu'il y a un bon côté, je pense que c'est nécessaire, je pense que ça doit être légiféré, structuré, qu'il y ait des procédures, des politiques, pour pouvoir... éviter l'abus, et pouvoir déterminer de quel groupe on parle, puis de qui font partie les gens. Mais je pense que, de ce que j'ai vu d'ici, la détention elle est nécessaire. (Candide, Qbi)

Damaging the integrity isn't from a law perspective, like, isn't from a "Oh, you must follow the law". It's, the problem with, in my view, damaging the integrity... There are, I genuinely believe, that there is absolutely a need for Canada to provide protection to people from other countries. 100%. It's an amazing country, there are lots of countries out there that people are in need of protection from. 100%. The problem is, with the integrity part of things, is, if the integrity of the system is damaged, and it, we can even see it now, in some cases, it prevents individuals truly in need of protection from accessing, either because of backlogs, or bad case law that comes out. It prevents the people that are legally trying to come here from being able to do so. It prevents, in my opinion, people who genuinely need Canada's protection from, from expediently accessing the system that was set up and intended for these people. And therefore it hurts everyone, right? It hurts the people that really need it, it hurts the Canadian public because, I mean, now we're spending resources on things that we don't need to be. (Nikita, GTbi)

Il s'agit donc de s'assurer du respect des règles afin que les ressources nécessaires à leur mise en œuvre soient consacrées aux personnes à qui elles seraient réellement destinées. Ce type de considérations fait dire à Charlie que les ressources de l'ASFC sont limitées pour « maintenir l'intégrité » et faire face à ces « abus » [ma traduction] qui, comme le montrent différents extraits, concernent aussi les programmes sociaux. Sacha (Qbi) illustre l'utilisation illégitime de ces programmes par cet exemple :

R : Écoutez, j'ai des gens, là, mexicains, puis c'est pas parce que, il y a beaucoup de cas mexicains, puis c'est pas parce que je veux les viser, là, c'est juste que, il y en a beaucoup, fait que, c'est des exemples qui me reviennent. Ils ont retirés leur demande d'asile, ils ont vraiment même écrit pour dire qu'ils sont venus en vacances, au Canada, et qu'ils nous remercient, le gouvernement, et maintenant qu'ils quittent. Fait que pendant ce temps-là, pendant leurs « vacances », de 3, 4 mois, bien ils ont reçu l'aide sociale, et dans certains cas, il y a des gens même, qui font toujours envoyer, transférer l'argent de la banque, au Mexique. Fait que avant que l'aide sociale se rende compte, même, que les gens ne sont plus au Canada, parce qu'ils peuvent quitter à n'importe quel moment, puis on prend pas le relevé des départs, mais ils peuvent être au Mexique depuis, pfff, six mois avant qu'on se rende compte : « Heille, ils sont plus au pays ». Ils sont pas venus à leur convocation. Pendant ce temps-là, l'aide sociale continue à rentrer, elle est juste transférée au Mexique.

Q : Ok.

R : Fait que des cas comme ça, là, ça... il y en a. Fait que, à un moment donné, bien on essaye de faire ce qu'on peut, puis... Puis, le pourcentage de dossiers, la quantité de dossiers qui se font, de gens, je dis dossiers, mais de gens qui se font arrêter par rapport à ceux qui se font pas arrêter, je pense que ça demeure minime. Sérieusement, par rapport aux entrées puis par rapport à tout ça.

Ici se manifeste clairement la question de la légitimité de l'accès aux protections prévues par la loi, légitimité qui se superpose aux critères juridiques et qui vient restreindre leur portée, d'une certaine façon. Ainsi, bien que les personnes non citoyennes présentent au Canada puissent demander l'asile, la légitimité de leurs demandes est mise en doute – les personnes qui le demandent sont

dans ces extraits d'emblée soupçonnées de présenter des demandes abusives. On voit également de quelle façon le discours de la fraude peut faire peser un soupçon d'abus sur des groupes entiers, par exemple les ressortissantes et ressortissants du Mexique et de la République démocratique du Congo. La détention est considérée comme l'un des moyens permettant de lutter contre ces abus, même si plusieurs des extraits précédents laissent voir une critique certaine des efforts de l'ASFC en cette matière. L'idée selon laquelle l'ASFC dispose de trop peu de ressources pour faire face à tous ces défis est d'ailleurs aussi partagée par Lou (Ppf).

Dans un même ordre d'idées, selon certains, la détention permet une certaine économie de ressources et d'efforts de la part de l'ASFC et d'autres acteurs du système d'immigration, parce qu'elle assure la mise en œuvre des décisions relatives aux interdictions de territoire et au renvoi. La détention relève ici de l'efficacité bureaucratique, dans la mesure où elle permet une utilisation optimale des ressources¹⁶⁹⁸. Elle permet donc de ne pas gaspiller les ressources financières et fait en sorte que les efforts des membres du personnel de l'ASFC et d'autres organisations impliquées dans la gestion des programmes d'immigration (ex. : IRCC, CISR) ne l'aient pas été en vain (Leslie, GTbi).

Mais quand les gens ont eu amplement de chances de se présenter pour le renvoi et ils le font pas, c'est un autre, c'est une autre chose, là, t'sais. Donc la détention fait en sorte qu'on peut exécuter le renvoi, puis la personne, elle retourne dans son pays, puis c'est comme ça. Sinon, les gens qui sont passibles de renvoi, bien, il y a... on les trouve, si le renvoi est pas exécuté, on les retrouve, on les identifie, on redonne un autre renvoi, ils se présentent pas... ainsi de suite. (Candide, Qbi)

If you have individuals who are inadmissible to Canada, and have been issued an order to leave Canada, we give them every opportunity to do so on their own. It's only if they choose not to that then we would go to the next step, which is, detention. So, the person's here, as I say, we're maintaining the integrity of the program, we're maintaining the safety and security of Canadians. We have, there's no point of going through, all of the, whatever the Immigration and Refugee Protection Act says about who is inadmissible, to go through the whole process of doing your report, doing a hearing, of having someone go to a hearing, have an order issued, or to make a claim, and then have all these claims dealt with, and persons who are found to be, say, refugee, they're allowed to stay, but the one who the Board determines not to be, and then there's an appeal process, and then a litigation process and they've had all these opportunities and it's been determined that they are not a refugee or they're not admissible to Canada, and they have to leave, then all that would have been wasted effort if we do not follow through then, and ensure that the person leaves. (Leslie, GTbi)

¹⁶⁹⁸ De la même façon que la détention liée à l'immigration a pu être historiquement conceptualisée dans les pays de *common law*. Voir la section 2.3.1, ci-dessus.

Ce souci relatif aux ressources que permet d'économiser la détention semble paradoxal dans la mesure où, comme vu précédemment, la détention est aussi considérée par des participantes et participants comme une mesure coûteuse pour l'ASFC, qui justifie un recours parcimonieux à cette mesure et une utilisation accrue des SRD¹⁶⁹⁹. Il semble néanmoins que lorsque resituée dans le système plus vaste de contrôle des frontières impliquant de nombreux acteurs, la détention puisse être vue comme une façon de ne pas « gaspiller les ressources disponibles » [ma traduction] (Leslie, GTbi). À ce titre, une Dominique voit dans la détention une façon protéger la sécurité, mais aussi de « préserver [...] notre économie » (Qpf).

Un autre paradoxe doit être souligné. De l'avis des participantes et participants, la détention sert à protéger l'intégrité du système d'immigration, on veut s'assurer de l'application adéquate de la loi, que celle-ci est effectivement mise en œuvre. Elle sert par exemple à donner le temps « aux agents qui conduisent les enquêtes de faire les enquêtes appropriées » [ma traduction] (Max, Pbi). Néanmoins, certains recours prévus par la loi sont perçus comme autant d'« obstacles » à l'application d'autres mesures, comme le renvoi. Certains objectifs de la loi (ex. : le renvoi) paraissent ainsi plus importants que d'autres (ex. : les procédures d'appel ou de contrôle judiciaire qui visent justement à s'assurer que la loi est adéquatement appliquée).

And I think we were more successful, so now we have a lot of forces against us being able to remove. There is a lot of appeals, there two more, there's [Refugee Appeal Division], and the [Immigration Appeal Division] was always there. But, and then there's all this litigation. Then you've got the best interest of the child considerations, you've got deferrals and deferrals requests. So all of these are obstacles, possible impediments to removal. (Charlie, GTbi)

But then like I said, the law is also very lenient, sometimes. And sometimes things don't go the way we would want it to go, especially now, with a lot of people appealing their immigration issues. A lot of people are getting stays, a lot of people are getting, deferrals in their immigration matters. So, it does create a challenge for us. (Jackie, GTbi)

De même, Sam (Pbi) perçoit les décisions de remise en liberté prises par la SI comme un obstacle qui, lorsque la personne ne se présente pas, exige de tout recommencer à zéro.

And, sometimes we are [prevented] by the immigration Division, and the people, especially when it comes to [unlikely to appear], and they'll release someone and the person does not show up. Which then starts the process of trying to find them all over again. And that's why we have a warrant inventory of thousands of people, because we know that people don't show up for removal. And we are able to, quite accurately, assess when they are going to be unlikely to appear. Because the factors

¹⁶⁹⁹ Voir les sections 6.3.2 et 6.3.3.3, ci-dessus.

are pretty, pretty clear. The people who surprise us are people who are released by the Immigration Division and do show up, and we never thought they ever would, but I would say it's more often, if they're released when we've been seeking detention, they do not show up.

À cet égard, Anna Pratt note que les personnes chargées de la mise en œuvre des mesures d'exécution de la loi conçoivent fréquemment ce type de recours et de droits comme des obstacles qui nuisent à leur travail. Par ailleurs, le chapitre du manuel d'exécution de la loi portant sur les renvois comporte une section justement intitulée « obstacles juridiques susceptibles d'entraîner le sursis d'une mesure de renvoi »¹⁷⁰⁰. Elle explique ce paradoxe par la tension qui existe entre les objectifs de la LIPR, qui cherche à protéger la sécurité du pays et de la population tout en s'assurant du respect des obligations du Canada en matière de droits de la personne¹⁷⁰¹. Il revient alors aux agentes et agents de l'ASFC de résoudre ces tensions dans leur travail quotidien, tensions qui dans certains cas peuvent avoir pour effet d'accentuer leur pouvoir discrétionnaire.

7.1.3. Fonctions secondaires

Des propos des personnes interrogées se dégagent d'autres fonctions qui, à l'opposé des deux premières, ne sont pas évoquées par la majorité. Comme mentionné en début de chapitre, à ce stade de l'entrevue, certaines personnes interviewées se sont montrées réticentes à discuter d'autres fonctions de la détention.

7.1.3.1. Fonction « humanitaire »

De l'avis de certains, la détention pourrait dans certains cas avoir une dimension « humanitaire » (Sacha, Qbi). D'une part, des personnes non citoyennes sans moyens demanderaient de pouvoir rester au centre de détention en attente de leur renvoi et ainsi éviter de se retrouver à la rue en hiver ou dans des refuges pour personnes en situation d'itinérance (Sacha, Qbi). Dans d'autres cas, des personnes non citoyennes en situation d'itinérance en raison de problèmes de dépendance et de criminalité pourraient recevoir de l'aide au centre de détention, aide à laquelle ils n'ont pas accès lorsqu'ils sont dans la rue, comme l'illustre l'échange suivant.

¹⁷⁰⁰ ASFC, *ENF 10*, *supra* note 700 à la p 28. À sujet du droit comme obstacle aux objectifs des politiques d'immigration, voir aussi Spire, *Accueillir ou reconduire*, *supra* note 84 aux pp 34–35.

¹⁷⁰¹ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 206 à la p 60.

R : Dans certains cas, c'est des gens qui étaient dans la rue. Des gens qui ont commis des crimes, parce qu'ils étaient sous l'effet de la drogue, parce qu'ils étaient sous l'effet de l'alcool, puis ils faisaient, ils blessaient des gens dans le public en général. Là, on les emmène [au CSI], pour pouvoir déterminer, bien c'est qui, c'est qui cette personne-là, parce que souvent ils sont même pas capables de parler quand on les a. C'est la province qui nous les emmène, parce qu'ils ont été arrêtés par la police [...]. Donc, là le temps qu'ils dégrisent, [au CSI], ils reçoivent tous les soins, ils sont nourris, ils ont la chaleur, ils ont un lit, ils peuvent se laver, ils ont du savon, ils ont tout. T'sais, fait que oui, la détention, on les brime de leur droit de pouvoir circuler comme ils veulent. Mais ils sont bien traités [au CSI]. Plus, ils ont plus de services, plus d'aide [au CSI], qu'ils auraient s'ils étaient lousses. Lousses, c'était pas un bon mot, là.

Q : Non, mais...

R : Qui pouvaient librement circuler, mais ils auraient pas d'aide. Parce que souvent, ces gens-là, ne recherchent pas d'aide. T'sais, ils veulent juste faire ce qui veulent faire, puis continuer comme ça, mais on doit quand même s'assurer de la sécurité de tout le monde.¹⁷⁰²

Les SRD peuvent dans certains cas comprendre une forme d'aide qui permet d'atténuer le risque que présente la personne non citoyenne, par exemple un risque de fuite :

But, if, for example, the person has a substance abuse issue and that is causing them to be homeless, for example, and the reason that we've arrested them is because they're not showing continuously at hearings, well, maybe there's an alternative that can be proposed. Maybe there's a means, through one of our service providers here, that we can ensure that that person is not only in a supportive environment, but one in which, you know, their substance abuse issue is being assisted or resolved or dealt with, where there's counseling available to them, for example. In my estimation that might be a situation where the person's... that risk of them falling prey to that substance abuse and then ultimately not showing up at hearings or not checking in with us, could be mitigated. (Angel, Pbi)

À la lumière des extraits précédents, la fonction humanitaire de la détention s'avère complémentaire aux autres fonctions en ce qu'elle permet d'atteindre des objectifs en matière d'intégrité du système d'immigration (les personnes se présentent dans le cadre de différentes procédures) ou de sécurité (les personnes ne commettent plus de crime sous l'effet de l'alcool ou d'autres substances). Si elle sert ultimement l'exclusion, dans l'intermède avant le renvoi, la détention et les SRD peuvent jouer un certain rôle de réforme, dans la mesure où ces dispositifs permettent des changements comportementaux réduisant l'indésirabilité (ex. : traitement de la dépendance qui permet à la personne de se conformer aux exigences de l'ASFC).

¹⁷⁰² Cette citation me paraît trop importante pour ne pas être recopiée, néanmoins pour des raisons de préservation de l'anonymat je ne peux mentionner qui est la personne qui tient ces propos.

On souligne enfin que des personnes qui ont des problèmes de santé mentale peuvent y recevoir un traitement médical (Sydney, GTbi) quoique, comme vu précédemment, différentes sources indiquent que l'accès aux soins de santé demeure souvent problématique¹⁷⁰³. Toujours est-il que le fait que la détention soit perçue comme permettant de fournir des soins et de l'aide à des personnes aux prises avec différentes problématiques illustre de façon éloquente le manque de ressources destinées aux personnes en situation de précarité et le rôle de soins qui échoit aux agences d'exécution de la loi, qui demeurent mal équipées pour répondre à ce type de besoins. Par ailleurs, Sydney (GTbi) et Nikita (GTbi) déplorent l'accès limité à de telles ressources.

7.1.3.2. *Fonction dissuasive et punitive*

La détention aurait aussi un effet dissuasif sur les personnes qui seraient tentées de « rentrer illégalement », de frauder, d'abuser du système, de rentrer avec « d'autres intentions que des intentions légitimes » (Dominique, Qpf). Le fait de savoir que le Canada dispose de ces moyens et les utilisent découragerait les individus de chercher à entrer sous de faux prétextes ou pour des raisons illégitimes, comme le montre l'extrait suivant.

Puis je pense que, veut, veut pas, la détention aussi, peut avoir un, t'sais quand que c'est connu, peut avoir un effet, aussi, dissuasif. Sur quelqu'un qui serait tenté de rentrer illégalement. Ou tenté de venir faire une infraction quelconque, ou de contourner la loi, de frauder. De savoir que, il y a ce mécanisme-là, aux frontières, puis que les autorités canadiennes peuvent détenir des étrangers, ça peut décourager un nombre de personnes. À venir faire des demandes illégitimes ou abuser du système canadien, aussi. Fait que je pense qu'il y a une portion, que ça peut avoir un effet dissuasif, sur... Ça l'envoie un message, veut, veut pas, à la communauté internationale, de savoir qu'il y a des lois, qu'il y a des méthodes établies, puis que, t'sais. [Silence.] De savoir qu'il y a aucune conséquence, bien moi je crois que ça encourage les gens à dire : « Bien oui, bien on va venir, admettons, au Canada, ou on va aller en France, parce que, bien, eux, c'est pas grave, puis ils laissent tout le monde sur le territoire », puis que ça génère d'autres problèmes socioéconomiques au niveau du travail, des choses comme ça. (Dominique, Qpf)

Didier Bigo relate également que, dans le contexte européen, des agents frontaliers estiment que la détention et le renvoi constituent une façon de décourager les personnes qui y sont soumises de revenir¹⁷⁰⁴. Cette fonction dissuasive, discutée en de rares exceptions dans les sources officielles

¹⁷⁰³ Voir par ex Gros et Van Groll, *supra* note 15; Human Rights Watch et Amnesty International, *supra* note 811, de même que les sections 2.3.3.4 et 2.3.4, ci-dessus.

¹⁷⁰⁴ Bigo, « (in)securitization Practices », *supra* note 125 à la p 215.

canadiennes¹⁷⁰⁵ et peu abordée par les participantes et participants, ne peut se réaliser qu'à la condition que les conséquences de la détention soient négatives pour les personnes détenues. Comme vu précédemment, les mesures dissuasives sont adoptées afin de détériorer les conditions d'accueil de manière à décourager les personnes migrantes jugées indésirables d'entreprendre leur voyage, bien que l'effet dissuasif des mesures de contrôle frontalier demeure objet de débats¹⁷⁰⁶. Sous cet angle, et bien que les participantes et participants affirment que la détention liée à l'immigration ne doit jamais servir à punir les personnes non citoyennes¹⁷⁰⁷, la détention ne pourrait pas agir comme mesure dissuasive si elle ne comportait pas un certain aspect punitif, entre autres de pénibles conditions de détention, qui sont d'ailleurs perçues par plusieurs personnes détenues comme une forme de punition¹⁷⁰⁸. C'est ce qu'affirme Lucia Zedner lorsqu'elle dit que ce n'est pas parce que les autorités déclarent que qu'une forme de détention est préventive plutôt que punitive que ses effets ne constituent pas une forme de punition¹⁷⁰⁹.

C'est d'ailleurs ce qu'exprime l'extrait suivant, où la fonction punitive de la détention est évoquée en sous-texte. Y est en outre ciblé, de façon un peu équivoque, un groupe ethnoculturel particulier.

So, keeping them in detention because, it's... first of all, [the Roma] don't like to be detained, it's part of their profile, for a lack of a better word. They don't like to, nobody likes to be detained. So they'd rather leave and hit a softer target like the EU from where they came from before, rather than be detained. (Charlie, GTbi)

* * *

De l'avis des participantes et participants, la détention des personnes non citoyennes poursuit différents objectifs, certains plus consensuels et reflétant les fonctions de la détention telles que présentées dans la documentation gouvernementale, d'autres évoqués moins unanimement. Face aux indésirables, la détention se perçoit surtout comme un mécanisme d'exclusion, qui permet à la fois de séparer les personnes considérées comme dangereuses du reste de la population, mais surtout d'exclure toute personne indésirable par son expulsion (le renvoi) ou son exclusion (le refus d'entrée). Dans une moindre mesure, la détention et les SRD jouent parfois un rôle de réforme, en ce qu'elles agissent sur les personnes pour diminuer leur indésirabilité. C'est le cas par exemple

¹⁷⁰⁵ Voir la section 2.4.1.1, ci-dessus.

¹⁷⁰⁶ Voir la section 2.4.1.2, ci-dessus.

¹⁷⁰⁷ Voir la section 6.1.1, ci-dessus.

¹⁷⁰⁸ Voir la section 2.4.1.2, ci-dessus.

¹⁷⁰⁹ Lucia Zedner, *Security*, New York, Routledge, 2009 à la p 86.

lorsque certaines personnes rencontrées abordent la fonction « humanitaire » de la détention, qui se superpose parfois à une fonction de contrôle qui cherche à modifier les comportements jugés problématiques.

En outre, la détention semble parfois servir, indirectement, des fins qui ne sont pas uniquement liées à l'immigration. Dans l'exemple suivant, la détention (et le renvoi) par les autorités migratoires sert également à éviter qu'une personne se retrouve à nouveau devant le système de justice criminelle et ne l'alourdisse. On voit ici que la détention sert à exclure la personne indésirable en la séparant du reste de la population, mais aussi à l'exclure définitivement de l'espace social que constitue la société canadienne.

I just had a case, had hit the 100 conviction mark, and every time we release him, he goes out and get something else. And why that's problematic, not just from a danger perspective, but from an entire system perspective, is, he goes out, he gets another conviction, or another charge, then we have to sit and wait until the criminal justice system sorts out that charge before we can remove him. So, it's delaying him and affecting Canadians on a safety perspective, because he's here and he's just, keeps hurting people. [je souligne] (Nikita, GTbi)

Dans un même ordre d'idées, comme vu précédemment, des participantes et participants rapportent que l'ASFC est considérée par certains corps policiers comme un partenaire important, par exemple lorsque le renvoi d'une personne non citoyenne sert des objectifs de lutte contre la criminalité¹⁷¹⁰. L'ASFC s'inscrit ainsi manifestement dans un réseau d'acteurs plus vaste qui partagent une mission de sécurité publique, qui dépasse les questions liées à l'immigration, mais qui se concrétise dans le travail de l'ASFC par le renvoi, donc l'exclusion, des personnes indésirables.

Outre les fonctions de la détention, les propos des participantes et participants nous renseignent également sur les personnes non citoyennes que l'on considère comme indésirables au point où elles doivent être soumises à ce mécanisme de contrôle. Il y a d'une part celles que l'on estime dangereuses, notamment en raison d'actes criminels, et de qui on doit protéger la population canadienne, voire le Canada en tant que tel. D'autre part, il y a celles que l'on juge inutiles et qui ne peuvent légitimement justifier leur présence, un statut et les droits attenants et de qui on doit protéger l'intégrité du système d'immigration, de même que les ressources de l'État. La fraude constitue dans ce contexte un acte particulièrement indésirable, qui est l'objet d'une attention particulière. Je reviens plus loin sur un de ces groupes.

¹⁷¹⁰ Voir la section 5.1.3.4, ci-dessus.

Enfin, la question des fonctions de la détention implique de se demander ce qu'elle permet de protéger. La réponse la plus commune parmi les participantes et participants désigne la sécurité, qui constitue une composante essentielle de leur mandat. L'importance accordée à cet objectif par des membres du personnel de l'ASFC, qui en cela s'accorde avec la LIPR et l'interprétation qu'en fait la CSC¹⁷¹¹, laisse supposer que les tensions entre objectifs contradictoires – et des propos des participantes et participants se dégagent justement certains paradoxes relatifs aux coûts ou aux « obstacles juridiques au renvoi » – se résoudront plus souvent par un exercice du pouvoir discrétionnaire qui favorisera la sécurité, donc la détention et l'exclusion. Une illustration provient du récent rapport de Human Rights Watch et d'Amnistie internationale, qui relate l'exemple d'agentes et agents de l'ASFC qui présentent le retrait de la demande d'asile comme seule façon de mettre fin à la détention¹⁷¹². Si ce type de décisions ne relève pas, sur le plan juridique, d'un pouvoir discrétionnaire précis, il illustre bien de quelles façons un certain pouvoir discrétionnaire s'immisce dans les interstices créés par des objectifs contradictoires et qu'il s'exerce, dans cet exemple, en faveur de celui qui concerne la sécurité. Nous verrons dans la section suivante que les propos des agentes et agents rencontrés laissent voir que la notion de sécurité déborde du cadre circonscrit par le motif de danger pour la sécurité publique. Avant de présenter ces résultats, il me paraît important de souligner qu'en anglais, le motif de danger pour la sécurité publique ne contient pas de référence directe à la notion de sécurité. Le libellé de l'article se lit plutôt « *danger to the public* »¹⁷¹³. Néanmoins, tant chez les participantes et participants anglophones que francophones, la notion de sécurité discutée dans le contexte de la détention s'avère polysémique et indéterminée.

7.2. *Qu'est-ce qu'on protège? La sécurité, une notion floue au cœur du mandat de l'ASFC*

Le passage qui suit met en lumière le fait que la sécurité constitue un concept aux contours plutôt fuyants et abstraits, qui englobe une grande variété de dangers, d'une part, et de personnes et d'éléments à protéger, d'autre part.

Q : Puis pour ce qui est de la [...] sécurité, santé des Canadiens, pouvez-vous m'en dire plus, un peu, quels genres de menaces ces gens-là pourraient présenter?

¹⁷¹¹ Dans l'affaire *Medovarski*, la CSC indique clairement que l'entrée en vigueur de la LIPR a opéré un « changement d'orientation » dans le droit de l'immigration canadien en faveur de la « sécurité », et ce, au détriment de « l'intégration » : *Medovarski*, *supra* note 522 au para 10.

¹⁷¹² Human Rights Watch et Amnesty International, *supra* note 811, à la p 71.

¹⁷¹³ *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c 27, s 55(2)(a) [IRPA].

R : Bien, t'sais. On va y aller, mettons, avec un cas spécifique, mettons un gang de rue. Bien, lui, peut-être qu'il vient rejoindre une filière ou une cellule de son groupe, dans le but de commettre des méfaits, dans le but de peut-être porter atteinte à l'intégrité physique de quelqu'un, d'un Canadien. C'est des personnes que, selon moi, nous ne voulons pas au Canada, parce qu'ils nous ont démontré que ils représentent un risque, ils représentent une menace dans la nature des actes, dans la [nature] de quoi ils adhèrent, au groupe qu'ils adhèrent. T'sais, je veux dire. Quand on fait la sélection, admettons, des résidents permanents, tout ça. Bien on veut des gens qui respectent les lois, qui vont contribuer au tissu socioéconomique. On veut pas des gens que déjà ils sont des antécédents, qui ont démontré... t'sais qui pourraient avoir des conséquences négatives, t'sais. La sécurité, t'sais, veut, veut pas, c'est quand même assez subjectif. C'est toujours dur à illustrer concrètement, mais la journée qu'il arrive quelque chose, ça devient comme évident.

Q : Hmm, hmm. Ok.

R : T'sais, c'est sûr si on parle après ça de quelqu'un, mettons, qui est de mauvaise foi. Mettons quelqu'un qui demande le séjour au Canada, puis que, il... on sait pas qu'est-ce qui vient faire au Canada. On n'a pas d'indicateur que c'est une personne qui a commis des crimes, que il va commettre des crimes, mais on sait juste pas qu'est-ce que cette personne-là vient faire au Canada, puis que on est pas satisfait que cette personne-là va se représenter. Bien, un peu, t'sais, le Canada c'est un peu comme notre maison. On va pas laisser, vous laisseriez pas rentrer n'importe qui dans votre demeure, puis on est un peu les gardiens de t'ça aussi. T'sais, indirectement, oui, on va dire que je vais protéger la sécurité parce que je peux pas garantir qu'est-ce que cette personne-là... peut-être qu'elle venait travailler illégalement, peut-être qu'elle est vraiment, vraiment, vraiment, vraiment mal organisée puis elle venait juste faire un voyage puis repartir, mais ça c'est un faible pourcentage. Peut-être qu'elle utilisait le Canada comme tremplin pour rentrer illégalement au [États-Unis], mais elle va se faire intercepter puis après ça, ça va redevenir notre problème puis on va être pognés avec. Mais, t'sais, je veux dire, ces personnes-là que l'intention n'est pas établie pis tout ça, faut protéger l'intégrité du programme, faut. T'sais, est-ce qu'elle vient, ça peut être même, puis là j'extrapole, ça peut être pour protéger la personne elle-même, peut-être qu'elle fait partie d'un... parce qu'on en a vu, il y en a eu de démantelé. Peut-être qu'elle fait partie d'un réseau de passeurs, qu'elle va se faire exploiter dans une entreprise à travailler à des conditions qui ont aucun sens puis de l'exploitation, donc. Ça peut être même pour protéger sa sécurité, sans indirectement le savoir même. C'est très large, mais c'est essentiel comme je vous dis. (Dominique, Qpf)

Dominique exprime ici plusieurs idées (reprises comme nous le verrons à l'instant par d'autres participantes et participants) qui permettent de déconstruire la notion de sécurité pour mieux la comprendre et comprendre ses impacts sur la prise de décisions des membres du personnel de l'ASFC en matière de détention.

Un **premier** élément que l'on peut tirer de cette citation est que la notion de sécurité, « c'est très large, mais c'est essentiel ». Il y a là deux idées qui jettent un éclairage sur l'importance de cette notion pour les membres du personnel de l'ASFC. D'une part, la sécurité constitue l'un des aspects

fondamentaux ou « essentiel » du mandat de l'ASFC¹⁷¹⁴. Lorsqu'elles discutent de cette notion, les personnes rencontrées font fréquemment référence à leur mandat, à leur « rôle » (Robin, GTpf; Jamie, Ppf) ou leur « responsabilité » (Sacha, Qbi). La notion de sécurité se trouve au cœur de leur identité professionnelle. Comme le dit Camille (Qpf), la sécurité « c'est ce qu'on se fait donner comme mandat dès qu'on arrive à l'ASFC ».

D'autre part, comme l'indique Dominique dans la citation plus haut, la sécurité est une notion « très large ». Elle est reconnue explicitement comme quelque chose d'« extrêmement vaste », qui constitue néanmoins « l'objectif fondamental » [ma traduction] (Angel, Pbi) de la détention :

Q: Now I'd like to follow with a more, a broader theme. I'd like to ask you to tell me about the purposes of immigration detention within CBSA's mandate. For example, what's the goal of detention, that we're trying to achieve?

A: Well, I would say, on a very, large, broad scale, it's ultimately the security of Canada and the security of Canadians. And, I mean, I recognize that's extremely broad. But that's the fundamental goal, if you will, to keeping someone detained.

Un **deuxième** élément intéressant de l'extrait cité en début de section consiste en ce que la sécurité se rapporte à la fois à la sécurité publique compromise par des actes criminels, mais aussi à des questions de contributions au « tissu socioéconomique », « d'intégrité du programme » et de sécurité des personnes migrantes elles-mêmes. L'extrait suivant fait apparaître clairement que le motif de danger pour la sécurité publique n'épuise pas toutes les significations possibles de la sécurité. En d'autres termes, la sécurité concerne des situations beaucoup plus variées que celles qui sont visées par ce motif de détention. Angel (Pbi) répond à une question sur la signification de la sécurité des Canadiens et du Canada en abordant successivement les motifs de risque de fuite, de danger et d'identité.

And, I mean that, being unlikely to appear for their removal, or flight risk, or going underground [...], those are a risk to Canadians and the security of Canadians [...]. If that person does not comply, and is not going to do that, there is a possible security risk to Canadians, given that the whereabouts of a foreign national within Canada, would be unknown. And, I mean, that alone is of concern, especially if there are any outlined factors, or any outlined security risks that either came in the course of that person's time in Canada, or have come to light but have seemingly been mitigated and now that person decides not to appear. So that, I mean, that unto itself is a security risk. You know, there's the notion of danger to the public, that being in my estimation the highest concern. If the person has proven themselves to be a potential ongoing active danger within the populace of Canada, then it's my belief, [...], that that is a factor that has to be considered by the Immigration Division in

¹⁷¹⁴ Voir la section 6.3.1, ci-dessus.

the context of keeping that person detained. So, when it comes to the safety and security of Canadians, I believe that that one speaks to, you know, for itself. If that person is a danger to the public, and as soon as they're identified as such, there's very little in my estimation really that's going to mitigate that, aside from that person remaining in detention. One of the huge cornerstone of any of the immigration processes is a person's identity. And that is one that I personally believe is of the utmost importance because, without knowing the person's true identity, and without being able to check any of the background of that person, any of the other potential factors can come into play. We don't know this person's history, we don't who they are, we don't know where they came from. Could they be an ongoing danger? Could they be a security risk? All of those factors. You know, we need to know the person's identity in order to be able to establish those things. So, you know, again, having someone on the loose in Canada and not knowing who they are, that is hugely problematic for the safety and security of Canada.

De ce passage, on comprend que les cas découlant des trois principaux motifs de détention comportent des éléments relatifs à la notion de sécurité, ce qui révèle de façon éloquente l'étendue de ce qu'elle peut recouvrir. Il ne s'agit toutefois pas d'un avis unanimement partagé. Nikita (GTbi) considère par exemple que les cas de détention dans un CSI ne comprennent pas « d'élément sécuritaire » :

A: [O]bviously a case at the Immigration Holding Center is not going to have a public safety element attached to it, right?

Q: Yes.

A: These are people that, you know, haven't shown up, they've been told to show up, there's been money put on the line, in order to make sure they show up and they still don't show up, right? Cause they're afraid, they don't want to go back. I mean, again, from a human perspective, I understand. I wouldn't want to leave Canada either. But, as Sahin says, like, you can't just pick and choose what laws in Canada you want to abide by. So that's a different, like, I would never think that there's a security element attached to those flight risk cases.

Un **troisième** élément qui se dégage de l'extrait présenté en début de section est que le mandat sécuritaire n'est pas seulement associé à la protection des Canadiens ou de la sécurité nationale. En effet, de l'avis des personnes rencontrées, le fait de détenir une personne non citoyenne soulève d'autres enjeux considérés comme relevant de la sécurité, cette fois du côté de la protection des autorités comme des personnes détenues. La notion de sécurité n'est donc pas uniquement pertinente lorsque l'on prend la décision de détenir ou non, mais aussi lorsque l'on décide du lieu et des autres modalités de la détention, souci que reflète par ailleurs le formulaire d'*Évaluation nationale des risques liés à la détention* (ENRD)¹⁷¹⁵. D'abord, au moment où l'on détermine le lieu

¹⁷¹⁵ Au sujet de l'utilisation de ce formulaire, voir les sections 2.3.2.1 et 2.4.2.1.4, ci-dessus.

de détention, des participantes et participants disent tenir compte de la sécurité des autres personnes détenues dans les CSI lorsque l'on détient quelqu'un pour motif de danger pour la sécurité publique (Dominique, Qpf; Candide, Qbi; Leslie, GTbi; Robin, GTpf). Par exemple, Leslie (GTbi) se préoccupe du fait que plusieurs personnes partagent un même dortoir pour justifier qu'une personne jugée dangereuse soit détenue dans un établissement carcéral : « *if they're violent, they are sharing a room with another detainee, that's putting that detainee at risk* ».

Quand on fait l'analyse du risque, on va regarder l'ensemble de la situation pour voir, parce que, aussi, ils sont en dortoir, au Centre de surveillance de l'immigration, donc ils ne sont pas seuls, admettons, dans une cellule ou avec deux personnes. Ils vont être, je pense, par groupe de six ou huit. Les hommes d'un côté, les femmes et les enfants de l'autre. Donc faut être sûr que la personne, elle représente pas un risque, non plus, pour les autres individus qui vont être là. (Dominique, Qpf)

Dominique mentionne aussi que les membres du personnel des entreprises privées de sécurité qui assument la fonction de gardiens et gardiennes dans les CSI n'ont pas une formation équivalente à celles des « agents correctionnels » et seraient donc moins à même de se protéger contre des personnes jugées dangereuses. À ce sujet, les changements apportés par le CNDI au chapitre du placement des personnes détenues ne semblent pas faire l'unanimité. Robin (GTpf) affirme ainsi que certains membres du personnel de l'ASFC s'inquiètent pour la sécurité des personnes détenues au CSI lorsqu'une personne interdite de territoire en raison d'actes criminels non violents se retrouve dans ce type d'établissement plutôt que dans une prison provinciale.

Ensuite, on invoque la sécurité d'autres personnes, qu'il s'agisse de voyageurs et voyageuses, d'autres personnes détenues, de membres du personnel de l'ASFC ou d'entreprises privées de sécurité pour justifier l'utilisation de menottes lors des transports ou dans les bureaux de l'ASFC (Candide, Qbi; Robin, GTpf; Billie, GTpf; Jackie, Gtbi), comme dans l'extrait suivant où Robin discute de mesures de protection au moment du contrôle secondaire et de qui elles permettent de protéger :

However, we have to keep, you're in an immigration secondary area with families, with children, with other officers, and other agencies, [...]. So, if this person, if I think they're going to be violent, a 100% they're gonna want handcuffs and I am going to have them waiting in a cell, just because I have to take what I'm seeing, and make sure they're not going to affect anybody around me.

Enfin, on discute parfois de certains impacts de la détention sur la sécurité de la personne détenue. D'une part, certaines personnes interviewées disent ne pas trouver approprié qu'une personne détenue pour des raisons administratives (ex. : chercher un emploi sans autorisation) soit incarcérée

avec des personnes emprisonnées pour des raisons liées à la criminalité ou qui ont un comportement violent (Dominique, Qpf; Robin, GTpf). D'autre part, certaines estiment que la détention peut aussi servir à protéger la personne détenue elle-même, qui pourrait être victime de traite de personnes ou d'exploitation (Claude, Qbi; Dominique, Qpf; Camille, Qpf). Dans certains cas impliquant de graves problèmes de santé mentale, la surveillance constante en détention est vue comme un moyen de protéger la personne détenue d'elle-même (Candide, Qbi).

De plus, le mandat sécuritaire de l'ASFC s'étendrait à la sécurité des personnes non citoyennes plus largement, au-delà la détention. Par exemple, les enlèvements d'enfants constituent une préoccupation exprimée par certains (Claude, Qbi; Bille, GTpf). Claude (Qbi) a parlé longuement de préoccupations concernant d'éventuels crimes de nature sexuelle :

On va beaucoup être préoccupé par tout ce qui est crime sexuel. Tout ce qui est pédophilie. C'est sûr et certain qu'on garde l'œil là-dessus. Il y a des vérifications qui sont faites, des choses qui sont trouvées parfois... ça, ouais. Ça, on considère ça beaucoup. Sécurité, *smuggling* de personnes. Ce qu'on constate, des personnes qui vont arriver ici, le passage est déjà payé, mais il y a certains indices qui démontrent qu'il faut qui repayent le passage, entre autres par des activités sexuelles. Fait que ça aussi les personnes qui sont impliquées là-dedans pour nous, ben ça considère aussi la sécurité du Canada, mais la sécurité de la personne qui vient, d'entrer. Parce que cette personne-là est vulnérable, ça aussi faut détecter ça. Ça fait partie, aussi du mandat sécuritaire, si on peut dire. Si on a quelqu'un qui se présente ici, une jeune fille entre 18 et 23 ans, qui a l'air de sortir de nulle part, qui a eu un visa US, qui est restée deux jours aux États-Unis avant de monter au Canada, qui a peu d'argent, pas de connaissances, on peut commencer à se poser un certain nombre de questions. Est-ce qu'elle va être victime de quelque chose? Sont souvent *briefées* à pas parler, ils doivent beaucoup d'argent, donc, c'est leur sécurité à eux aussi qui est en jeu.

On constate donc une conception assez étendue de la notion de sécurité, sans qu'elle ne fasse toutefois consensus. À cet égard, l'absence de compréhension commune s'explique peut-être par un autre élément important évoqué dans l'extrait cité plus haut, à savoir que « [l]a sécurité, t'sais, veut, veut pas, c'est quand même assez subjectif » (Dominique, Qpf).

Les échanges suivants expriment l'idée que la notion de sécurité est non seulement vaste, mais aussi parfois difficile à expliquer, même pour Camille (Qpf) qui cumule plus de dix ans d'expérience. Les hésitations sont nombreuses (et sont indiquées entre crochets).

Q : Ok. Puis quand vous parlez de sécurité, est-ce que vous pouvez m'en dire un peu plus sur qu'est-ce que ça comporte, la sécurité? Ou, en fait, qu'est-ce qui doit être protégé?

R : Bien quand on parle de, parle de sécurité du public, c'est plus, parce que quand on parle du mandat de l'ASFC, c'est vraiment d'assurer la sécurité des Canadiens et Canadiennes, de faune et flore et

marchandises et tout. Quand je parle, strictement, en termes d'immigration, c'est vraiment, un mandat de sécurité publique en général, donc... [douze secondes de silence]. Je sais pas comment l'expliquer?

Q : Ok. Mais ce serait comme l'intégrité physique des personnes?

R : Oui, oui, bien l'intégrité physique des personnes, [six secondes de silence], si on parle surtout au niveau de criminalité, là. Mais aussi le maintien, je sais, je sais comme pas comment l'expliquer. [Huit secondes de silence.] Mais je parle pas juste d'intégrité physique aussi, je parle des, de sécurité à l'intérieur des communautés, mais on parle de, communautés ethniques, comme, je sais pas comment l'expliquer.

À la fin de l'entretien, Camille revient sur sa difficulté à expliquer la notion de sécurité.

Q : Ok. Ça fait le tour de mes questions. Je sais pas s'il y a quelque chose que vous voulez ajouter?

R : Non, pas vraiment, je sais toujours pas comment expliquer l'affaire de sécurité, mais, manque de vocabulaire, je pense [rires], je l'sais pas.

Q : [Rires.] Ok.

R : Parce que c'est, c'est ce qu'on se fait donner comme mandat dès qu'on arrive à l'ASFC, aussi. Donc, c'est toujours dans ce but-là, mais d'expliquer le terme, après, je trouve que c'est moins évident. C'est, comme on a dit, clairement l'intégrité physique, mais aussi, tout ce qui a rapport à la fraude, tout ce qui a rapport à... on veut éviter la fraude, on veut éviter le trafic de personnes, toutes ces choses-là, puis n'ayant pas des fois, les documents d'identité, ces gens-là peuvent aussi être victimes.

Q : Hmm, hmm, ok.

R : Et, des fois, la détention pourrait peut-être éviter qu'ils se ramassent. Que, ils ont été libérés, puis après ça on peut, on puisse pas les retracer parce qu'ils sont victimes de trafic de personnes.

Q : Ok.

R : Donc c'est une des problématiques, aussi, qu'on essaye de, de regarder, d'enrayer, parce que c'est pas évident.

Q : Hmm, hmm.

R : Les gens, aussi, se font enlever leur passeport quand ils arrivent aux États-Unis, arrivent ici avec rien, on n'est pas capable de déterminer sont qui, il y a eu des, on essayer d'enrayer le fait des passeurs, aussi, donc ça joue tout là-dedans. C'est juste, mal expliqué.

Comme l'indique Dominique (Qpf) en début de section, la sécurité, « [c] est toujours dur à illustrer concrètement, mais la journée qu'il arrive quelque chose, ça devient comme évident ».

* * *

Telle qu'articulée par les participantes et participants, la notion de sécurité ne se limite pas aux cas de détention pour motif de danger pour la sécurité publique. Si on l'invoque souvent pour parler

de dangers qui compromettent la sécurité publique (ex. : criminalité) ou nationale (ex. : terrorisme), sa signification s'étend aussi à des considérations socioéconomiques plus vastes. On ne recourt pas à la détention que pour protéger les personnes ou l'État, mais aussi, semble-t-il, la société, un mode de vie, un ordre social, le Canada qui est « un peu comme notre maison », encore une fois dans les mots de Dominique (Qpf). En ce sens, les deux principales fonctions de la détention, soit protéger la sécurité publique et protéger l'intégrité du système d'immigration, se rejoignent dans leur objectif de protection de la sécurité entendue dans un sens large. Le recours à la détention, en tant que moyen d'assurer la sécurité, est ainsi susceptible de paraître justifié dans un grand nombre de situations¹⁷¹⁶.

Aux yeux des participantes et participants, la sécurité paraît également comme un élément « essentiel » (Dominique, Qpf) et « fondamental » [ma traduction] (Angel, Pbi) du mandat de l'ASFC. À cet égard, deux paradoxes sont à souligner, malgré cette centralité. D'une part, à l'exception d'un certain socle commun, la notion de sécurité demeure en partie subjective. D'autre part, la notion de sécurité est difficile à expliquer, à « illustrer concrètement » (Dominique, Qpf). On liste les éléments constitutifs de la sécurité plutôt que de la définir¹⁷¹⁷. Parmi ces éléments constitutifs, on retrouve bien entendu les risques qui pèsent sur ce que l'on cherche à protéger, ainsi que les personnes qui posent ces risques.

7.3. *De qui se protège-t-on? L'absence de « vraie identité », une menace protéiforme*

Les pages qui précèdent lèvent le voile sur ce que la détention permettrait de protéger. Elles laissent aussi voir les personnes qui sont considérées comme des dangers pour la sécurité, notamment celles qui commettent des crimes, mais également, dans une certaine mesure, celles dont les actes, entre autres la fraude, compromettent l'intégrité du système et des programmes d'immigration. Dans les paragraphes qui suivent, je développe l'idée, présente dans le troisième extrait cité dans la section

¹⁷¹⁶ Par ailleurs, Bridget Anderson remarque que l'expression « “miner l'intégrité du système” est également floue » et que « cela peut être considéré comme posant une menace fondamentale ou interprété simplement comme le fait de contourner les règles » [ma traduction] : Anderson, *Us and Them*, *supra* note 67 à la p 123.

¹⁷¹⁷ Voir, au sujet de l'utilisation de la liste plutôt que de la définition, Corentin Sire, « De la Terreur de l'An II à la *War on Terror* : pour une histoire conceptuelle du "terrorisme" » (2021) PREMIO : excellence, Hors-série No. 6 aux pp 28 et s, en ligne : <papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/24483/Corentin_Sire_De%20la%20Terreur%20de%20l%27An%20II%20c3%a0%20la%20War%20on%20Terror.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

précédente¹⁷¹⁸, selon laquelle ces dangers pour la sécurité convergent vers la personne non citoyenne pour qui l'identité n'est pas prouvée à la satisfaction de l'ASFC.

On ne saurait d'ailleurs sous-estimer l'importance que représente l'identité. Il s'agit de l'élément fondamental sur lequel repose un ensemble de décisions en matière d'immigration et que les tribunaux considèrent comme « un préalable indispensable »¹⁷¹⁹. Plusieurs participantes et participants partagent ce point de vue. Disposer de l'information exacte en cette matière est essentiel pour que l'ASFC puisse remplir adéquatement son rôle, comme l'indique Sacha (Qbi) : « l'identité, c'est [...] la pierre angulaire de l'immigration, là. C'est la base. Si on sait pas qui on a devant nous, bien, ça part mal ».

Identifier adéquatement la personne permet de déterminer son admissibilité, les menaces qu'elle pourrait présenter et, dans le cas où la personne serait interdite de territoire, de la renvoyer (Alex, Qbi). De nombreuses personnes interviewées insistent sur l'importance d'établir l'identité pour être en mesure d'évaluer les menaces que présente la personne non citoyenne.

Well, that's the thing, we have no idea. So that's why until we can sort of get to a point where we can assess that risk, that's what we need, and we need the person to give us something. Once we have some idea, cause, they could be exactly who they're telling us they are, but they could also be... fleeing another jurisdiction for criminality, cause they've killed somebody, and they've jumped out on their bail. Or, they're a war criminal, from some part of the world that's still at war. So, until we are in a position where we can sort of make a reasonable assessment of that risk, then that's what we need to do. Cause, as I say, it's so easy now from, with travel being the way it is, to come from any part of the world, whether it'd be a war-torn area, or a very comfortable area, to any other part of the world. So, yeah, unless you know... you can assess where they're coming from or what their background is, then, that risk could be anything. (Leslie, GTbi)

So we try our best with the relationships that we have, to figure out who, who people are. Because we have to know who they are and what kind of criminality they may have, what kind of security concern they are, right? (Robin, GTpf)

But there's, you'll see, there is quite a number of [court] decisions that just basically say: « Look, protection [of Canada] is paramount, you can't go any further until know who you're actually dealing with. » And that's the kind of common theme among those ones, so. [...] But, from a common sense perspective, it's like « Ok, yeah, if you don't know who you have, how can you then do engage in any of the other critical thinking or any of the other critical analysis on this person to, to make sure they

¹⁷¹⁸ En résumé, Angel (Pbi) souligne que l'identité est l'une des pierres angulaires du système d'immigration en ce qu'elle permet de faire les vérifications sécuritaires, et affirme que le fait qu'une personne dont on ne connaît pas l'identité circule librement au Canada pose problème sur le plan de la sécurité.

¹⁷¹⁹ X, *supra* note 861 au para 23.

don't, they're not a flight risk, they're not a danger, they're not this, that or the other if you don't actually know who you're dealing with. » (Nikita, GTbi)

Pour Billie (GTpf), il semble inconcevable de permettre à une personne dont on ignore l'identité (et dans ce cas-ci qui ne coopère pas) d'entrer au Canada, de ne pas la détenir :

They have no identity documents, they've done nothing to help me determine who they are. They refusing examination, they're not answering questions, they're not cooperative. Is this someone that you can reasonably release when you have no idea who they are and just let them walk into Canadian society? For all I know I've just released someone then with a huge background of criminality or non-compliance or acts... we don't like releasing rapists [laughs], you know, as an extreme example.

Ainsi, deux figures majeures, celle du migrant criminel (qui menacerait la sécurité publique ou nationale) et celle du migrant fraudeur (qui menacerait l'intégrité du programme d'immigration), se confondent pour créer une menace pour la sécurité entendue dans un sens large. Ici s'incarne le « certain signifié commun » partagé entre « première des irrégularités et le dernier des crimes », selon les mots de Michel Foucault¹⁷²⁰, dans la mesure où, par exemple, l'utilisation d'une identité frauduleuse peut être vue comme cachant de bien pires intentions. On peut également y voir le résultat de décennies de discours dépeignant les personnes qui demandent l'asile – qui représentent la grande majorité des personnes détenues pour motifs d'identité – en tant que menace pour la sécurité¹⁷²¹. En effet, les participantes et participants tissent plusieurs liens entre des questions relatives à l'identité et les multiples dangers pour la sécurité qu'une personne non citoyenne non identifiée serait susceptible de présenter. À la lecture de l'extrait suivant, on comprend que l'utilisation d'un document frauduleux, l'entrée irrégulière ou l'absence d'identité peuvent laisser craindre le pire, qu'elles cachent les motivations les plus mauvaises, de la criminalité jusqu'au terrorisme.

Q: Ok, and could you tell me more about, like, about the threats to the Canadian public? Maybe some examples.

A: Well, you know, for the, most of the files that we're investigating in inland enforcement, the individuals found their way into Canada, by one means or another. So be that a fraudulent identity document, or they've entered illegally. They have done that for a reason. There's a reason they didn't take the right channels to come to the country. [...] There's a reason those people have fled, and it's, in my experience, generally because they are involved in some kind of activity that we do not want that person here. So be it criminal, be it terrorism, be it war crimes. (Max, Pbi)

¹⁷²⁰ Foucault, *Surveiller*, supra note 91 à la p 350.

¹⁷²¹ Voir la section 2.1.1.2, ci-dessus.

Dans le passage qui suit, Sacha (Qbi) associe la détention pour identité à des questions de fraude et de criminalité en ce qu'elle aborde successivement les figures de la personne qui demande l'asile de manière frauduleuse ainsi que celle de la personne qui cache ses antécédents criminels.

Q : Puis pourquoi c'est important [l'identité]?

R : Parce que si la personne nous donne un autre nom, une autre histoire, déjà ça va être, c'est pas lié, là, la personne va avoir une demande de statut de réfugié qui est frauduleuse. La personne peut demander une entrée, aussi, avec un nom frauduleux, donc les vérifications qui sont faites, exemple, dans le système américain, c'est le NCIC, pour la criminalité, bien, ça va pas sortir. Il va y avoir un beau système vide. Fait qu'on sait pas c'est quoi l'historique de cette personne-là, puis c'est sûr que nous on fait des vérifications, mais les vérifications qu'on peut. [...] Si la personne donne un mauvais nom, déjà à la base il y a de la fraude qui s'opère. Fait que on veut s'assurer que cette personne-là est ce qu'elle dit être.

Parmi les inquiétudes liées à l'identité, certaines personnes rencontrées associent plus explicitement l'utilisation d'une identité frauduleuse à la criminalité. Une fausse identité servirait à cacher des antécédents criminels de façon à contourner les interdictions de territoire. De plus, l'utilisation d'une fausse identité pourrait être motivée par l'intention de membres d'organisations criminelles de s'établir au Canada pour poursuivre leurs activités. Sacha (Qbi) et Louison (Qpf) ont mentionné l'exemple de groupes provenant d'Amérique latine utilisant des passeports d'un autre pays pour entrer au Canada et poursuivre leurs activités criminelles. Le deuxième extrait, plus long, permet en outre de voir de quelles manières peuvent se lier les thématiques de l'identité, du danger et de la criminalité.

R : Et il y a beaucoup plus de fraudes que celle qu'on réussit à attraper.

Q : Ok.

R : Ça c'est mon opinion. Mon humble opinion. [...] Toutes les personnes qui rentrent à la frontière sont pas toutes envoyées au secondaire, toutes les personnes on leur prend pas les empreintes, on fait pas de vérification de la criminalité, mais régulièrement on a des cas de gens qui sont recherchés aux États-Unis. Qui ont pris des faux documents parce que ça circule comme rien, parce que c'est connu que les passeports mexicains sont facilement obtenables. Alors, il y a plein de [...] le *South American Theft Group*, qui se promène, des Colombiens la plupart, qui vont utiliser des passeports mexicains, qui viennent au Canada, qui demandent le statut de visiteur, mais qui quittent jamais. On n'a aucune trace, et ils sont juste éventuellement attrapés parce que, finalement, ils commettent un vol. (Sacha, Qbi)

Q : Ok, puis, pourriez-vous m'en dire plus sur la, la protection du Canada, dans quel sens, qu'est-ce qui doit être protégé?

R : Bien, ça peut être des gens qui ont des multiples identités auprès du gouvernement du Canada sans avoir déclaré, sans avoir [...] Ça peut être des, on a des personnes, qu'on a découvert, qui sont au Canada sous plusieurs différentes identités. Des personnes qui ne sont pas admissibles au Canada, qui ont des, qui peuvent être des dangers pour le Canada pour des antécédents criminels assez sérieux, ou des violences contre la personne, puis qui flottent, finalement, au Canada, sous des différentes identités. Ça peut être un exemple de, une personne qui nous a dit, qui nous a induits en erreur, qui nous a menti sur ses déclara..., sur ses identités, qui nous a menti sur ses antécédents criminels, qui clairement veut pas qu'on connaisse ses autres identités. Ça c'est quelqu'un qui est très volatil, une personne qui est pas, qui divulgue pas les informations nécessaires, puis qui peut causer un danger, là, au Canada, là, aux personnes au Canada.

Q : Ok. En raison d'un historique...

R : D'un historique significatif, là, oui. On a des gens, t'sais, il y a le phénomène des personnes qui sont membres des groupes criminalisés, qu'on voit de plus en plus, là, de certains pays. Ces membres d'organisations criminelles, qui vont venir au Canada sous d'autres identités pour pas qu'on les associe à leur groupe organisé. Puis ça c'est des groupes organisés qui travaillent au Canada puis qui effectuent des crimes, ici, au Canada, là.

Q : Ok.

R : Ok? On a le phénomène qui me vient à l'esprit, là, c'est le phénomène, là, des groupes criminalisés de l'Amérique du Sud, l'Amérique centrale, qui œuvrent, maintenant, au Canada. Il y a des membres que, afin de rentrer au Canada, puis cacher leur association à ces groupes criminalisés là, vont demander l'entrée au Canada avec le passeport d'un autre pays, qui est pas associé à ces organisations-là. Afin de pouvoir rentrer au Canada sans qu'on les associe. Puis une fois au Canada, ils continuent à œuvrer dans les mêmes groupes criminalisés. Et faire des crimes ici au Canada. (Louison, Qpf)

Au-delà des figures du migrant criminel et du migrant fraudeur se profile la question de l'inconnu et, derrière celle de l'inconnu, du danger ou du risque pour la sécurité. L'absence d'identité ne constitue pas nécessairement en elle-même un danger. Toutefois, l'impossibilité de faire les vérifications nécessaires au contrôle migratoire fait en sorte que l'on ne peut écarter la possibilité que la personne constitue un danger. Comme l'affirme une personne interviewée : « c'est impossible de savoir quel risque pose une personne si vous ne savez pas à qui vous avez affaire » [ma traduction] (Nikita, GTbi). Les nombreux extraits suivants montrent clairement que l'inconnu est source d'inquiétudes.

Q: And what about the dangers posed by people who are detained for identity reasons? Could you tell me a bit about it?

A: It's not so much we're detaining them because they're dangerous cause we don't have their identity. We need to establish their identity. You can't properly assess somebody, make a determination if they're a danger to the public if you don't know who they are. So establishing identity is very important. (Jamie, Ppf)

Puis pour les gens, bien, qui sont détenus pour identité, bien c'est d'être sûr de savoir c'est qui, à quoi on a affaire. C'est pas parce que, t'sais, vous soumettez vos empreintes digitales puis que ça revient négatif, que vous avez pas commis d'infraction à quelque part, que vous êtes pas une personne dangereuse, t'sais fait que faut être sûr de savoir qui qu'on a affaire pour pouvoir être sûr de vous relâcher. (Dominique, Qpf)

And then, for identity, again, I think it really comes down to almost a public safety thing, in that, you can't just allow people into the country without any idea of who they are. The Federal court said that identity is cornerstone to immigration processes in Canada. You can't even do an admissibility assessment if you don't know who a person is. So, the need to, to detain those people, while we assess whether they, are they... I mean, it could come out from an identity investigation that they are a danger to the public, and that does happen. So I think that, the need to detain people, or the ability to detain people for identity investigation is important as well. (Sam, Qbi)

Ou dans les cas où est-ce qu'on n'a rien du tout [concernant l'identité], est-ce qu'on est à l'aise de relâcher cette personne-là? Parce que si je ne sais pas c'est qui, je ne sais pas quel est son facteur de danger. (Camille, Qpf)

Dans certains cas où la détention se prolonge, l'incertitude quant à l'identité pousse les membres du personnel de l'ASFC à multiplier les efforts pour déterminer qui est la personne, parce que « l'inconnu est trop grand » [ma traduction] (Sam, Qbi).

And we go to quite extreme lengths now, to try to prove their identity because... we have to look at why they're obstructing us so aggressively. Why are they willing to spend years in detention in Canada, [...] why are they so motivated to not help us and to remain in detention? So, what are they hiding? Are they fugitive? Like, the unknown is too great. So, we have not choice but, if they're not cooperating, but to go to great lengths. (Sam, Qbi)

De plus, la nécessité de ce type de détention s'appuie sur des raisons liées à la protection de la sécurité qui, comme constaté dans la section précédente, échappe sinon à une définition claire, à tout le moins à une compréhension commune.

Detention for identity, I think, I can't speak for when the law was written, but I can tell you what I think, I think it was put in to prevent people who are not identified from just being released into Canada, so we can have a little control until we can identify them. [...] But, the main purpose of it is to be sure of who the person is, that they're not a security risk, before, you know, they're actually released. (Alex, Qbi)

Q : Ok. Puis, dans le fond, la détention pour identité c'est encore liée à [la sécurité des Canadiens]?

R : Ça peut ou ça peut ne pas l'être, là. Quelqu'un qui vient ici sans document n'est pas nécessairement quelqu'un qui œuvre dans... ça peut être tout simplement un individu qui a tout fait pour rentrer au Canada, mais en tant qu'individu. La personne qui œuvre dans le crime organisé, ce n'est plus juste un individu, là, lui, il est membre d'un groupe. Mais la personne qui arrive ici,

individuellement, sans document, pour demander l'asile, on connaît pas du tout son historique, on ne sait pas qui est cette personne, là, du tout, on peut pas évaluer du tout l'im... l'impact ici. Alors cette personne-là peut être détenue jusqu'à temps que son identité soit établie. Une fois l'identité établie, là on est capable d'aller voir son historique, là. (Candide, Qbi)

A: Especially cause I know identity is such a hot topic these days, if we don't know who they are, we don't know what they've done. And there's a reason they fled their country.

Q: Ok. And that reason could be criminality or...

A: Terrorism, criminality, war crimes, military crimes, who knows. Especially in this era. (Max, Pbi)

Q: Ok. And what about people that come in and are detained, for example, on identity reasons?

A: That's even more so with regards to the security aspect, because we're looking at individuals who show up who we have no idea who they are. They have no paperwork. So, it is sort of... for my view, common sense that [laughs] we need to have some idea as to, that you are telling us the truth, as to who you are, and where you're from, and what record you may or may not have, coming here, before we turn you loose on the Canadian society. (Leslie, GTbi)

So we try our best with the relationships that we have, to figure out who, who people are. Because we have to know who they are and what kind of criminality they may have, what kind of security concern they are, right? (Robin, GTpf)

Ces nombreux extraits montrent que l'inconnu comporte en lui-même la possibilité d'un danger (par exemple l'appartenance à une organisation criminelle, souvent mentionnée), constituant ainsi un facteur de risque envers la sécurité, un objet difficile à définir et appréhender. Les notions de sécurité et de dangers pour la sécurité se constituent mutuellement. Dans le cas de l'absence d'identité, on est en quelque sorte condamné à demeurer dans le flou puisque c'est l'inconnu qui représente un risque, mais qui est lui aussi inconnu. Cela donne nécessairement lieu à une conception large de la sécurité, qui justifie que l'on prive de leur liberté les personnes non citoyennes que l'ASFC n'arrive pas à identifier.

De plus, on remarque que manque de coopération de certains migrants « récalcitrants » s'ajoute à l'absence d'identité pour amplifier la menace que pose le migrant non identifié.

* * *

Pour les participantes et participants, la question de l'identité revêt une importance centrale. Plusieurs reprennent d'ailleurs la formulation de la Cour fédérale comme quoi l'identité représente « la pierre angulaire du système d'immigration ». Néanmoins, c'est surtout dans la région du

Québec que l'importance accordée à la question de l'identité a fait l'objet de controverses¹⁷²². Le CCR rappelle ainsi que « [d]epuis longtemps, on détient à Montréal beaucoup plus de personnes pour des motifs d'identité que dans les autres régions »¹⁷²³. Cette particularité était documentée dès 2011 par Delphine Nakache¹⁷²⁴. Les statistiques publiées par l'ASFC ne permettent pas d'appuyer ce constat puisque les données concernant les motifs de détention ne sont pas ventilées en fonction des régions administratives. Toutefois, les statistiques de la CISR¹⁷²⁵ montrent qu'il y a dans le bureau régional de l'Est (qui comprend le Québec) de plus nombreux contrôles concernant l'identité que dans les autres régions. Par exemple, pour l'année 2019¹⁷²⁶, 1227 contrôles pour ce motif ont eu lieu dans le bureau l'Est (soit 20,83% du nombre total de contrôles dans cette région), 262 dans le bureau du Centre (ou 4,51% du nombre total de contrôles dans cette région) et 251 dans le bureau de l'Ouest (ou 9,11% du nombre total de contrôles dans cette région).

Tableau 7.1 – Proportion de contrôles des motifs de détention dans lesquels le motif est l'identité, par bureau régional de la CISR (2019)¹⁷²⁷

Bureau	Nb total de contrôles	Nb de contrôles pour identité	Taux
Est	5889	1227	20,83%
Centre	5802	262	4,51%
Ouest	2756	251	9,11% %

Les statistiques des années précédentes indiquent aussi de plus nombreux contrôles pour motif d'identité dans la région de l'Est, y compris pour les années avant que le chemin Roxham ne devienne un point d'entrée important pour les personnes qui demandent l'asile à la frontière entre le Québec et les États-Unis. Paradoxalement, toutefois, des personnes rencontrées dans les trois

¹⁷²² Voir à cet effet la section 2.3.3.11, ci-dessus.

¹⁷²³ CCR, *Immigration, détention et enfants*, supra note 1099 à la p 5.

¹⁷²⁴ Nakache, *Human and Financial Cost*, supra note 7 à la p 48.

¹⁷²⁵ Commission de l'immigration et du statut de réfugié, « Motifs à l'origine des contrôles des motifs de détention », (24 novembre 2021), en ligne : <irb.gc.ca:443/fr/statistiques/controle-detention/Pages/detenGr.aspx> [CISR, « Motifs à l'origine des contrôles »].

¹⁷²⁶ Des statistiques plus récentes existent, mais reflètent la situation durant la pandémie de COVID-19, qui a grandement affecté les pratiques de détention.

¹⁷²⁷ CISR, « Motifs à l'origine des contrôles », supra note 1725. À noter que la CISR est divisée en trois bureaux régionaux (Est, Centre et Ouest) alors que l'ASFC se divise plutôt en sept régions distinctes (Atlantique, Québec, Nord de l'Ontario, Grand Toronto, Sud de l'Ontario, Prairies, Pacifique).

régions ciblées par ma recherche considèrent l'identité comme une question primordiale dans leur travail. Pour l'une, il s'agit de l'« un des critères de base de l'immigration » [ma traduction] (Alex, Qbi). Une autre affirme que de ne pas admettre une personne dont on ne connaît pas l'identité relève « d'une évidence absolue » [ma traduction] (Leslie, GTbi). Être en mesure d'établir son identité constitue selon elles une condition *sine qua non* pour entrer dans un pays autre que le sien.

But, I mean, those type of cases, again, they have zero documents. How do I know who these people are? We have no idea. And to me that just seems like... If I showed up at another country, with zero documents, I would expect to be arrested, or kicked out. (Alex, Qbi)

So, that's kind of a necessity. [...] 99% of the people, you ask them and they would say that's a fairly reasonable aspect that before someone comes in, that we have some idea who they are. If I go to another country, I better have a passport, or something, if I don't, they're probably not going to let me in. (Leslie, GTbi)

Au sujet de la variation des pratiques entre les régions, Sacha (Qbi) m'a indiqué ne pas comprendre pourquoi il y a moins de détention pour motif d'identité dans les autres régions qu'au Québec – il n'y aurait pas moins de cas qui justifieraient cette pratique. Alex (Qbi) a avancé l'hypothèse que les autres régions sont confrontées au même type de cas (c.-à-d. des faits similaires, comme l'absence de documents), mais qu'on opte pour détenir sous d'autres motifs, par exemple pour risque de fuite plutôt que pour des raisons d'identité, comme on le fait au Québec¹⁷²⁸.

Quoiqu'il en soit, pour les agentes et agents rencontrés, établir l'identité de la personne que l'on a devant soi est primordial afin d'être en mesure d'entreprendre l'une de leurs tâches essentielles, soit la recherche des informations nécessaires à l'ensemble des décisions qui doivent être prises dans le cadre du contrôle des frontières, décisions qui, comme celles portant sur les interdictions de territoire, font intervenir de multiples considérations liées à la sécurité. L'incapacité de mener à bien cette tâche et à prendre ces décisions qui touchent au cœur du mandat de l'ASFC permet peut-être d'expliquer la méfiance que suscitent les personnes dont on ne peut établir l'identité, qui sont en majorité des personnes qui demandent l'asile.

Une autre illustration de l'impact que peut avoir l'association entre les personnes qui demandent l'asile et des questions sécuritaires provient de l'organisation de certaines unités de l'ASFC. En effet, dans la région Pacifique, le mandat de certains membres du personnel de l'ASFC interviewés

¹⁷²⁸ Cette hypothèse illustre en outre une autre déclinaison de la discrétion, soit la possibilité de choisir entre différents moyens (ici les motifs de détention) pour parvenir à un même objectif.

concerne à la fois des questions d'interdiction de territoire considérées comme « sérieuses » ou « graves » (ex. : atteinte aux droits humains, criminalité organisée) et l'étude de l'ensemble des demandes d'asile, afin de déterminer s'il y a lieu pour l'ASFC d'intervenir dans ces dossiers dans le processus de détermination du statut de réfugié devant la CISR, par exemple pour des questions de crédibilité. Pour quelle raison ces questions, distinctes sous plusieurs aspects, sont-elles prises en charge par les mêmes personnes? Serait-ce par commodité administrative? En raison de la complexité de ces types de dossiers et de l'expérience qu'ils requièrent? Ou alors de la dangerosité associée à ces deux aspects du droit de l'immigration? Dans cet esprit, Michael Welch et Liza Schuster soulignent, en se référant à la culture du contrôle¹⁷²⁹, qu'il est difficile de distinguer la « peur du crime » de la « peur des étrangers » [ma traduction] et que cela n'est pas sans conséquence les demandeurs et demandeuses d'asile.

*Taking into account the currency of the criminology of the other embodied in the culture of control, asylum seekers—as social outsiders—are not only met with suspicion but their detention, although unnecessary, is understood to be appropriate.*¹⁷³⁰

Le risque posé par l'inconnu semble à certains égards plus menaçant que le danger découlant d'antécédents connus, comme dans le cas d'une détention pour motif de danger pour la sécurité publique. Serait-ce parce que ce dernier motif permet à l'ASFC d'exercer un contrôle plus grand sur la personne qui l'incarne, la détention étant presque toujours acquise, ou parce que l'on connaît précisément les contours du danger? À tout le moins, l'inconnu – qui est de surcroît « étranger »¹⁷³¹ dans le langage de la LIPR – incarne un potentiel de danger, voire d'inutilité s'il est question de fraude, qui le fait basculer du côté des indésirables que l'on doit garder sous contrôle. Dans ce cas, la détention peut se concevoir comme un mécanisme préventif qui permet, selon les informations qui seront récoltées en partie grâce à l'accès à la personne que donne la détention, soit d'atténuer l'indésirabilité associée à l'inconnu, soit de statuer que la personne constitue effectivement un risque et donc de l'exclure.

¹⁷²⁹ David Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

¹⁷³⁰ Michael Welch et Liza Schuster, « Detention of Asylum Seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A Critical View of the Globalizing Culture of Control » (2005) 5:4 *Criminology and Criminal Justice* 331 à la p 348.

¹⁷³¹ En anglais, l'expression est « *foreign national* » : *IRPA, supra* note 1713 s 2(1).

7.4. L'exercice du pouvoir discrétionnaire au prisme de l'indésirabilité

Des propos des participantes et participants émergent trois figures majeures ou trois principales déclinaisons du migrant indésirable¹⁷³² : le migrant criminel, le migrant fraudeur et le migrant non identifié. Ces figures incarnent chacune différentes menaces à la sécurité, ce qui engendre des effets distincts sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

La première de ces figures est le migrant criminel, qui correspond généralement aux cas qui sont considérés sous le motif de danger pour la sécurité publique qui, en 2019-2020, représentaient environ 6,7% des cas¹⁷³³. Les facteurs qui indiquent un tel danger sont par exemple des antécédents criminels, un comportement violent ou l'appartenance à une organisation criminelle ou terroriste. Devant cette figure, outre l'exclusion ou le rejet à l'extérieur des frontières nationales, la détention sert également à séparer la personne du reste de la population, souvent dans un établissement correctionnel. On protège ainsi l'intégrité physique des personnes, voire les infrastructures ou la sécurité nationale dans les cas les plus extrêmes. Plusieurs fonctionnaires de l'ASFC considèrent ces cas comme touchant au cœur de leur mandat. On répond à cette indésirabilité presque à tout coup par la détention. Ces cas sont très « noir sur blanc » et la marge de manœuvre des agentes et agents est très limitée.

La deuxième figure est celle du migrant fraudeur, souvent détenu sous le motif de risque de fuite, cas qui constituent la grande majorité des détentions, soit environ 91,1%¹⁷³⁴. La menace que présente cette figure est associée au fait d'avoir des intentions contraires à ce qui est prévu par les programmes d'immigration, par exemple venir travailler au Canada avec un statut de visiteur, ainsi qu'au fait de réclamer de façon illégitime l'accès à certains statuts, notamment utiliser une fausse identité pour demander le statut de réfugié. Le migrant fraudeur est donc parfois aussi détenu sous motif d'identité, lorsque sa fausse identité est découverte. La détention sert dans ce cas à protéger l'intégrité du système d'immigration et, dans une moindre mesure, le système de protection sociale. Indirectement, ce sont donc les finances publiques que l'on protège tout en maintenant l'accès à ces programmes pour les personnes qui en ont « vraiment besoin ». La présence de cette figure

¹⁷³² J'utilise volontairement le masculin ici, étant donné la grande prédominance des références à des hommes pendant les entretiens lorsqu'il s'agissait d'illustrer les menaces posées par les personnes non citoyennes.

¹⁷³³ ASFC, « Statistiques sur les détentions 2019-2020 », *supra* note 313. Parmi ces cas, 0,7% des personnes sont détenues uniquement sous le motif de danger et 6% sous les motifs de danger et de risque de fuite.

¹⁷³⁴ *Ibid.* 85,1% des personnes détenues le sont uniquement pour motif de risque de fuite, auxquelles s'ajoutent les 6% de personnes détenues pour motifs de danger et de risque de fuite.

rend légitime le recours à la détention, qui ne s'impose toutefois pas. Ce sont des cas où beaucoup d'éléments entrent en ligne de compte.

Le migrant non identifié constitue la troisième et dernière figure du migrant indésirable. Ce qui rend ce migrant menaçant peut-être le refus de collaborer ou la difficulté à faire les vérifications d'usage. Bref, l'inconnu empêche les fonctionnaires de l'ASFC de mener à bien le travail de recherche d'informations sur lequel repose le contrôle des frontières. Cet inconnu est source d'inquiétude et, à l'instar de ce qui est menaçant, ce qui est menacé par le migrant non identifié se présente comme quelque chose de fuyant. Bref, il pèse sur lui un soupçon d'indésirabilité, qui évoque à la fois le migrant criminel et le migrant fraudeur, dans la mesure où l'inconnu recèle potentiellement ces menaces. La détention sous motif d'identité s'impose généralement lorsqu'il est impossible de faire des vérifications ou de corroborer les informations données par la personne non citoyenne. Ces détentions représentent environ 6,4% des détentions pour l'année 2019-2020¹⁷³⁵. D'autres facteurs influencent néanmoins l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans ces cas plus compliqués où il y a « plus de pouvoir discrétionnaire » (Camille, Qpf). Le migrant non identifié est parfois détenu sous motif de risque de fuite¹⁷³⁶.

Le tableau 7.2 résume les grandes lignes de cette typologie de ces migrants indésirables et de leurs effets sur le pouvoir discrétionnaire de détention.

¹⁷³⁵ *Ibid.*

¹⁷³⁶ Sur ce point précis, voir la section 7.3, ci-dessus.

Tableau 7.2 – Typologie des migrants indésirables et impact sur le pouvoir discrétionnaire

Idéal type	Motif d'indésirabilité	Ce qui est menaçant	Évaluation de la menace	Ce que l'on doit protéger	Impact sur le pouvoir discrétionnaire
Criminel	Le danger	Antécédents criminels; comportement violent; appartenance à une organisation criminelle; terrorisme	Surtout factuelle	Intégrité physique des personnes; infrastructures; sécurité nationale	La détention s'impose presque automatiquement
Fraudeur	L'inutilité	Utilisation de faux document; acquisition frauduleuse d'un statut; intentions contraires aux règles des programmes d'immigration	Peut être factuelle, mais également basée sur des impressions (ex. : intentions, crédibilité)	Système d'immigration; finances publiques	La détention ne s'impose pas, plusieurs autres éléments entrent en ligne de compte
Non identifié	Possiblement le danger et l'inutilité	Inconnu; refus de collaborer; impossibilité de faire des vérifications	Surtout fondée sur des impressions	Inconnu	La détention s'impose jusqu'à ce qu'il soit possible de faire des vérifications; d'autres éléments entrent cependant en ligne de compte

Cette typologie rend visibles les liens qui se tissent entre l'indésirabilité et l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Dans cette optique, le migrant indésirable, en tant que menace pour la sécurité, se trouve placé sur un continuum d'indésirabilité que laissent transparaître les impacts différents qu'entraînent ces figures du migrant indésirable sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Enfin, la présence de ces figures n'écarte pas, bien entendu, l'influence des facteurs présentés au chapitre précédent, quoique cette influence puisse être moins forte dans le cas du migrant criminel.

On voit également que la sécurité se présente comme une notion vaste qui ouvre la porte à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Toutefois, la grandeur de l'espace discrétionnaire vers lequel mène cette porte varie selon la figure du migrant indésirable. Dans le cas du migrant criminel, l'espace est trop restreint pour que d'autres facteurs viennent le meubler. Lorsqu'il s'agit du migrant fraudeur, l'espace est plus grand et peut se remplir de plusieurs éléments. L'espace vers

lequel mène le migrant non identifié ne se caractérise peut-être pas tant par sa grandeur que par sa luminosité, le manque d'informations permettant mal d'en distinguer les contours exacts. Plusieurs éléments peuvent néanmoins entrer en ligne de compte.

Autrement dit, lorsque l'indésirable menace ce qui constitue le cœur de la sécurité, dont la compréhension est largement partagée par les fonctionnaires de l'ASFC et qui correspond à l'intégrité physique des personnes, la détention s'imposera plus fortement. Plus une menace se rapproche de ce qui est considéré comme constituant le noyau de la sécurité (telle que comprise par les personnes chargées du contrôle), plus le recours aux mécanismes de contrôle sera favorisé et moins d'autres éléments viendront surdéterminer l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Face à ces menaces, la sécurité semble agir comme un « principe de précaution »¹⁷³⁷, dans la mesure où l'on préfère faire preuve de prudence et opter pour la détention justement au nom de cette sécurité, comme le laissent entendre les extraits qui suivent.

On a toujours, on a toujours en tête... la sécurité, dans le sens que, on voudrait pas que, parce qu'on a manqué quelque chose à la frontière, on laisse entrer quelqu'un, puis que la personne tue quelqu'un ici. (Claude, Qbi)

Bien, écoutez, quelqu'un qui, qui est libéré et qui commet un crime par la suite, c'est sûr que c'est pas ça qu'on veut. (Sacha, Qbi).

Parce que je suis aucunement à l'aise de laisser partir des gens que, vu que c'est ça qu'on a le plus, là, des gens que je suis pas capable de savoir c'est qui, et qu'est-ce qu'ils ont fait. T'sais, j'ai beaucoup de misère avec ça, parce que, quand on parle, justement, de sécurité, c'est pas « est-ce que je pense que toutes ces personnes-là vont aller attaquer leur voisin? », évidemment non. Mais, ce serait bien de savoir, surtout qu'il y a certains pays problématiques où est-ce qu'il y a des gouvernements qui ont changé, il y a eu des génocides, il y a eu plein de choses. Est-ce que cette personne-là est un élément qui serait positif au Canada, ou qui potentiellement pourrait poser un danger aux autres? (Camille, Qpf)

Conclusion

Les liens que les participantes et participants tissent autour des fonctions de la détention sont nombreux et variés. Parmi celles-ci, assurer la sécurité se révèle comme un rôle ou une responsabilité centrale de l'ASFC. Cependant, il ne semble pas y avoir de compréhension

¹⁷³⁷ Voir, à ce sujet, Zedner, *supra* note 1709 aux pp 83 et s.

commune de la notion de sécurité, mis à part un certain socle commun qui se construit autour de la protection du public contre la criminalité. Cette subjectivité de la notion de sécurité n'est au fond pas étonnante vu « l'incertitude » qui « mine la définition de la sécurité et des objets auxquels elle se réfère »¹⁷³⁸.

Je soulignais dans le premier chapitre que la sécurité ne peut avoir de définition définitive et que cette définition varie au gré des contextes sociohistoriques¹⁷³⁹. Ce qui apparaît ici est que pour les personnes qui mettent en œuvre le régime de détention liée à l'immigration au Canada, il n'existe pas non plus de définition consensuelle ou définitive. Elle varie selon les personnes et, à la lumière des disparités régionales observées à d'autres égards (ex. : détention des personnes mineures, détention pour motif d'identité, attentes plus élevées de la part des commissaires du bureau régional de l'Ouest), on pourrait émettre l'hypothèse que le contenu de cette notion est susceptible d'être influencé par certaines sous-cultures régionales.

Malgré ces divergences, les fonctionnaires partagent une certaine conception de leur rôle à l'égard de la sécurité, comme s'ils constituaient une sorte de filtre entre certaines personnes non citoyennes et la société canadienne. Dans ce rôle, on privilégie une approche précautionneuse pour éviter que ne se concrétisent les menaces anticipées. Se dresse alors un parallèle avec la conception que les agentes et agents de visas entretiennent à l'égard de potentielles « mauvaises décisions », telle que décrite par Vic Satzewich¹⁷⁴⁰. Selon cette conception, les décisions qui présentent le plus grand risque pour les fonctionnaires sont celles où une personne non citoyenne qui ne devrait pas se voir octroyer un visa en raison d'un aspect de son passé réussit tout de même à l'obtenir. Le risque est perçu comme étant élevé puisqu'une mauvaise décision « pourrait potentiellement porter préjudice à la sûreté, la sécurité ou au bien-être du Canada » [ma traduction]¹⁷⁴¹. Octroyer un visa à une personne coupable de crimes de guerre ou à une personne dont l'état de santé pourrait exiger des soins importants constitue un exemple de telles décisions, auxquelles les agentes et agents de visa ne veulent pas que leur nom soit associé¹⁷⁴². Les extraits présentés dans ce chapitre laissent entrevoir des préoccupations similaires : on ne veut pas manquer quelque chose à la frontière qui pourrait compromettre la sécurité du public ou du pays.

¹⁷³⁸ Bigo, « Sécurité et immigration », *supra* note 121 au para 3.

¹⁷³⁹ Voir la section 1.1.2, ci-dessus.

¹⁷⁴⁰ Satzewich, *Points of Entry*, *supra* note 55 aux pp 52 et s.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

¹⁷⁴² *Ibid.*

On peut supposer que cette approche ainsi qu'une conception des personnes non citoyennes dans laquelle la moindre irrégularité (ex. : l'absence de documents d'identité) laisse parfois présager le pire (ex. : terrorisme ou crimes de guerre, voire génocide) se renforcent mutuellement pour créer une forte suspicion à l'égard d'un certain nombre de personnes non citoyennes qui sont alors considérées comme indésirables, créant ainsi un environnement favorable au recours à la détention. En ce sens, la sécurité se révèle comme un élément primordial du champ de la surdétermination du régime de détention s'inscrivant dans une loi qui, de l'avis des universitaires qui s'intéressent à la question¹⁷⁴³, mais aussi des membres du personnel de l'ASFC¹⁷⁴⁴, affiche un degré élevé d'indétermination.

Les interstices créés par les objectifs contradictoires de la loi et les inévitables ambiguïtés qui émergent au moment de sa mise en œuvre quotidienne par les fonctionnaires de première ligne sont ainsi susceptibles d'être comblés par cette approche sécuritaire. À tout le moins, une telle approche semble teinter les multiples décisions qui doivent être prises pour résoudre ces ambiguïtés, telles que certains des paradoxes soulignés dans ce chapitre. En outre, comme le remarquent Anna Pratt et Sara Thompson, l'importance accordée aux questions de sécurité par les membres du personnel de l'ASFC est en elle-même génératrice d'un « vaste pouvoir discrétionnaire ».

*[T]his wide discretion is enabled by protectionist and quasi-chivalrous narratives that represent frontline border officers as benign guardians of public safety, whose preemptive and morally charged work protects the endangered nation, local communities and innocents from harm.*¹⁷⁴⁵

Interroger les participantes et participants au sujet des fonctions de la détention m'a aussi permis d'esquisser un portrait des personnes qui constituent, selon elles, les « indésirables » qui doivent être soumis à la détention. La typologie présentée dans la section précédente rend visibles les impacts de différentes figures, qui sont autant de déclinaisons de l'indésirabilité, sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention. La dernière de ces figures (le migrant non identifié) évoque tout à la fois les deux premières (le migrant criminel et le migrant fraudeur) et converge vers les personnes qui demandent l'asile. En cela, le discours des agentes et agents rencontrés illustre de façon on ne peut plus claire les impacts de la sécurisation de certaines formes de migrations internationales et de la montée du néolibéralisme évoquées dans le deuxième chapitre.

¹⁷⁴³ Voir l'introduction du chapitre 2, ci-dessus.

¹⁷⁴⁴ Voir la section 6.1.2, ci-dessus.

¹⁷⁴⁵ Pratt et Thompson, *supra* note 1329 à la p 625.

CHAPITRE 8 – LE CONTRÔLE DES INDÉSIRABLES ET L’EXERCICE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE, AU PRISME DES RÉSULTATS DE LA RECHERCHE

Introduction

Le présent chapitre est l’occasion d’un retour critique sur la double proposition conceptuelle qui encadre cette étude des pratiques de l’ASFC relatives à la détention des personnes non citoyennes. D’une part, ces pratiques sont problématisées comme l’une des manifestations du contrôle des indésirables, un phénomène qui suscite des questionnements quant à la mise en œuvre de régimes juridiques qui visent à exclure ou réformer les personnes considérées comme menaçantes pour la sécurité et l’ordre social dominant, parce que jugées dangereuses ou inutiles. Parmi ces interrogations, l’exercice de pouvoirs discrétionnaires par les fonctionnaires de première ligne chargés de la mise en œuvre des mécanismes de contrôle revêt une importance particulière, étant donné l’omniprésence de tels pouvoirs dans les systèmes juridiques contemporains et le fait que ces mécanismes impliquent usuellement la limitation de droits et libertés. D’autre part, afin de comprendre plus avant de quelles manières ces fonctionnaires appliquent, ou non, leurs pouvoirs discrétionnaires, j’ai proposé un cadre théorique inspiré de la sociologie de l’action publique. Ce cadre adapte les théories de la surdétermination et de l’analyse systémale, proposées respectivement par Andrée Lajoie et Gérard Timsit, au contexte du travail d’interprétation et d’application du droit de ces fonctionnaires. Il prend la forme d’une grille d’analyse en trois niveaux qui permet de systématiser la cartographie des éléments qui, possiblement, orientent et contraignent ce travail.

Cette discussion vise d’un côté à faire un bilan des avantages et angles morts de cette proposition pour l’étude des pratiques de détention de l’ASFC en particulier, mais aussi du travail des fonctionnaires de première ligne de façon plus générale. Il s’agit donc également de rassembler les réponses aux questions générales de recherche, réponses qui sont esquissées tout au long des chapitres précédents. De l’autre, elle propose une réflexion au sujet des améliorations ou modifications que les résultats de la recherche permettent d’apporter à ces concepts, en gardant notamment à l’esprit leur utilisation pour l’étude d’autres manifestations du contrôle des indésirables.

Pour ce faire, ce chapitre se divise en trois sections, qui reprennent l'ordre des chapitres de présentation des résultats. La première section porte sur les pratiques de recherche d'informations et les modalités de collaboration qui sont adoptées à cette fin, des résultats qui donnent l'occasion de réfléchir à la dimension temporelle de la mise en œuvre de pouvoirs discrétionnaires. La deuxième section traite des variations du pouvoir discrétionnaire, qui révèlent l'indétermination du régime juridique et administratif entourant la détention, mais aussi les multiples éléments qui composent le champ de la surdétermination des décisions des agentes et agents de l'ASFC. Elle s'attarde sur certains de ces éléments, entre autres les attentes des auditoires et l'expertise des décideurs. Enfin, la troisième section revient sur la centralité de la notion de sécurité ainsi que sur ses impacts pour la mise en œuvre de pouvoirs discrétionnaires.

8.1. La centralité de l'information dans le contrôle des indésirables

Cette recherche a permis de jeter un éclairage inédit sur les pratiques de recherche d'informations et les stratégies de collaboration déployées à cette fin, des pratiques dont on ne saurait minimiser l'importance à la fois pour la détention, mais pour le contrôle des frontières de façon générale. En effet, la multitude de décisions à rendre dans ce contexte exige un important « travail de l'information », qui se concrétise par l'arrimage entre deux types de renseignements, dont la mise en commun repose sur différentes modalités de collaboration avec une variété de partenaires. Dans cette perspective, cette recherche montre, à la suite d'autres travaux, que les frontières ne sont pas le seul produit des autorités étatiques formellement chargées de leur contrôle, mais qu'y participe une pluralité d'acteurs, qui ne sont pas uniquement des acteurs étatiques ni nationaux.

Le premier type de renseignements se rattache à la personne non citoyenne. Ce sont ces informations qui révèlent son indésirabilité et rendent possible la prise de décisions concernant son admissibilité et la nécessité du recours à la détention. Ce rôle central de l'information dans la détermination de l'indésirabilité se reflète de façon manifeste dans la très grande importance accordée par les agentes et agents de l'ASFC à la question de l'identité, puisque l'absence de données à ce sujet constitue un obstacle insurmontable à cette évaluation.

L'évaluation des informations ainsi récoltées se fait également en fonction des attentes de certains auditoires, qui constituent le deuxième type de renseignements dont doivent disposer les fonctionnaires de l'ASFC afin de prendre leurs décisions. Le plus important de ces auditoires se

compose des commissaires de la CISR. Ici, la connaissance de leurs attentes prend appui sur la collaboration avec certains collègues qui détiennent l'expérience (et par extension l'expertise) nécessaire pour présenter des décisions aptes à convaincre les commissaires de leur bien-fondé. À cette fin, plusieurs stratégies de collaboration internes à l'ASFC sont adoptées pour que cette expertise, détenue largement par les agentes et agents d'audience, soit relayée. Ces résultats mettent donc en lumière l'importance du tribunal, mais aussi le rôle d'expert que jouent les agentes et agents d'audience pour leurs collègues aux fins de la mise en détention et au contrôle des frontières de façon plus générale, par le biais de leurs connaissances du fonctionnement des interdictions de territoire.

Ces conclusions permettent d'offrir une réponse en trois temps à la question générale de recherche portant sur les types de pratiques que nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la mise en œuvre de mécanismes de contrôle des indésirables. Certaines d'entre elles éclairent aussi plus généralement le travail des fonctionnaires de première ligne.

Premièrement, les résultats mettent en lumière le rôle central que joue l'information dans l'évaluation de l'indésirabilité d'une personne, de même que les pratiques qui permettent de rassembler les renseignements qui servent à cette évaluation. Ces pratiques comprennent différentes stratégies de recherche d'informations, notamment par la collaboration avec divers partenaires.

Ce rôle central de l'information n'est pas sans conséquence sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. La multiplication des informations recherchées décuple les décisions à prendre dans le cadre de l'application d'un mécanisme de contrôle, augmentant ainsi l'espace discrétionnaire du fonctionnaire, qui doit se prononcer entre autres sur la fiabilité de chacune et sur le poids à y accorder. De plus, ces décisions elles-mêmes font intervenir d'autres facteurs, par exemple la crédibilité de la source de l'information. On peut fort bien imaginer qu'un renseignement provenant d'une source policière ou judiciaire se verra accorder plus de poids que l'information donnée par une personne proche de la personne visée par le mécanisme. Ce décuplement des informations et des décisions se bute néanmoins au fait qu'il existe, comme le souligne Erhard Friedberg, des limites inhérentes à la rationalité humaine, qui ne peut prendre en

compte toute la complexité des informations relatives à une décision¹⁷⁴⁶ – d'où justement le fait qu'un décideur se repose sur le travail d'autres acteurs avec qui il collabore. De plus, des contraintes de nature plus matérielle restreignent le temps qu'un fonctionnaire peut consacrer à un dossier en question, le forçant ainsi à adopter certaines routines ou façons de faire qui vont simplifier la prise de décisions¹⁷⁴⁷. Certaines catégories développées par les agentes et agents de l'ASFC dans leur travail quotidien reflètent ces mécanismes de simplification afin de faciliter la prise de décisions, notamment la catégorie informelle, mais qui semble largement partagée, du « voyageur de mauvaise foi ». À cet égard, une grille d'analyse remaniée pourrait inclure ces routines partagées afin de porter une attention plus précise aux stratégies auxquelles recourent les fonctionnaires de première ligne pour simplifier l'application de leurs pouvoirs discrétionnaires.

Cependant, l'importance accordée à la recherche d'informations n'est peut-être pas la même pour toutes les déclinaisons du contrôle des indésirables. Les informations paraissent essentielles lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est indésirable en raison d'actes qu'elle serait susceptible de commettre. La décision d'appliquer ou non un mécanisme de contrôle qui vise à empêcher que se concrétise un acte dangereux ou un comportement inutile, c'est-à-dire non productif, exige une évaluation prospective de l'indésirabilité qui nécessite plusieurs informations, notamment en raison de l'analyse de la dangerosité ou du risque que suppose cet exercice d'anticipation. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'actes ou de comportements ayant déjà eu lieu, l'évaluation de l'indésirabilité peut se faire plus aisément, c'est-à-dire sur la base d'informations moins nombreuses, surtout si l'acte ou le comportement est constaté directement par la personne chargée d'appliquer le mécanisme, qui revêt alors un aspect plus punitif (les aspects préventif et punitif d'un mécanisme de contrôle n'étant bien sûr pas mutuellement exclusifs).

Billie (GTpf) constate cette différence dans la mise en œuvre de différents mécanismes prévus par la LIPR et par la *Loi sur les douanes*¹⁷⁴⁸. Cette dernière, qui prévoit des infractions criminelles et pénales, s'applique relativement facilement lorsque l'acte est constaté lors du contrôle douanier. Elle nécessite peu de travail, avec pour preuve le rapport qui ne fait que « quatre pages » [ma traduction]. Au contraire, les justifications à donner pour l'application de mesures administratives

¹⁷⁴⁶ Friedberg, *supra* note 1376 à la p 45. Voir aussi Herbert A. Simon, *Models of Man*, New York, John Wiley & Sons, 1957.

¹⁷⁴⁷ Lipsky, *supra* note 31 aux pp 22 et s.

¹⁷⁴⁸ Voir la section 6.1.2., ci-dessus.

contenues dans la LIPR sont beaucoup plus exigeantes. Le rapport fait alors « deux pouces de paperasse d'épais » [ma traduction]. Il semble qu'à la différence entre les façons d'appliquer une mesure de droit administratif et une mesure de droit criminel et pénal soulignée par Billie s'ajoute une autre différence, peut-être plus fondamentale, entre les dimensions punitives et préventives de ces mécanismes.

Deux exemples illustrent cette différence. Le premier concerne le contrôle des personnes itinérantes par l'émission de constats d'infraction visant à les exclure de l'espace public. Dans ce cas, les actes ou comportements indésirables sont directement constatés par les forces policières. L'émission d'un constat d'infraction nécessite peu de recherche d'informations au-delà de ce qui est vu et constaté, ce qui ne veut pas dire que n'entre pas en ligne de compte une variété d'éléments. Par exemple, l'appréciation de l'indésirabilité de l'acte ou du comportement se double d'une évaluation de l'indésirabilité de la personne qui commet cet acte ou adopte ce comportement, ce qui fait intervenir des biais et préférences personnelles¹⁷⁴⁹. Par exemple, on ne sanctionnera pas un père de famille qui consomme de l'alcool dans un parc pendant que ses enfants s'amuse dans un module de jeux de la même façon qu'une personne en situation d'itinérance¹⁷⁵⁰. Cette deuxième évaluation repose toutefois vraisemblablement sur une connaissance préalable du secteur patrouillé et des personnes qui s'y trouvent. Le deuxième exemple concerne le contrôle des personnes en situation de pauvreté, entre autres par des programmes d'activation de type *workfare* qui visent à développer l'employabilité d'une personne prestataire de mesures de protection sociale, de manière à prévenir un comportement jugé inutile, non productif. Ce type de mesures peut exiger de longues enquêtes¹⁷⁵¹ et une accumulation continue d'informations lorsqu'une personne pauvre participe à un programme du type Objectif emploi, dans lequel les avantages et pénalités sont fonction de l'atteinte de certains objectifs¹⁷⁵².

Ainsi, les mécanismes de contrôle qui, sur le plan formel, visent à prévenir la concrétisation d'un acte ou d'un comportement indésirable semblent peut-être nécessiter une plus grande recherche d'informations que ceux qui cherchent à punir un acte ou un comportement. Dans les deux cas, le mécanisme de contrôle a une visée future : on exclut une personne d'un espace social pour protéger

¹⁷⁴⁹ Voir la section 3.1, ci-dessus

¹⁷⁵⁰ Cet exemple est mentionné par Fortin, *Taking the Law*, *supra* note 151 à la p 152.

¹⁷⁵¹ Voir par ex Dubois, *Contrôler*, *supra* note 87.

¹⁷⁵² Voir par ex Ducharme, *Travaux forcés*, *supra* note 78.

(dans un sens large) les personnes qui s’y trouvent et l’on en réforme une autre pour qu’elle devienne productive. Néanmoins, les pratiques exigées pour amorcer l’application du mécanisme de contrôle peuvent exiger plus ou moins de recherche de renseignements selon que l’on cherche à punir un acte déjà commis ou un comportement déjà adopté ou que l’on veuille prévenir que de tels actes ou comportements se concrétisent¹⁷⁵³. Toutefois, dans l’enchaînement des décisions qui nécessiteront l’apport de nombreux acteurs, on peut supposer que la mise en œuvre du mécanisme de contrôle exigera certaines pratiques de collecte et d’échange d’informations.

Deuxièmement, les résultats mettent en évidence un second type de pratiques, qui vise cette fois la diffusion d’une expertise parmi les fonctionnaires à qui sont délégués des pouvoirs discrétionnaires, dans ce cas-ci une expertise liée aux pratiques du tribunal qui contrôle les leurs décisions. Les exigences de l’instance qui supervise ces décisions – un tribunal administratif ou une cour qui exerce le contrôle judiciaire – se présentent en effet comme un élément important du champ de la surdétermination de l’exercice de pouvoirs discrétionnaires. Donc, dans la mesure où une décision est sujette à être révisée par un tribunal, que ce soit de façon automatique ou par contestation, une certaine expertise doit être développée pour être en mesure de répondre aux attentes de ce tribunal. Et cette expertise doit être diffusée, à l’aide encore une fois de différentes modalités de collaboration. Les participantes et les participants n’hésitent d’ailleurs pas à comparer le rôle des agentes et agents d’audience, réputés détenir cette expertise, à celui des procureurs et procureures de la Couronne lorsqu’ils et elles évaluent si un dossier d’enquête policière est assez solide pour être soumis à l’examen des tribunaux.

Ça ne semble cependant pas être toujours le cas. J’ai en tête des exemples où des manifestantes et manifestants ont été arrêtés en masse par les forces policières, pour ensuite voir les accusations abandonnées en grande majorité, lorsque contestées devant les cours de justice¹⁷⁵⁴. Manifestement, dans ces cas, les attentes des tribunaux n’ont pas exercé une influence importante lorsque les décisions d’arrêter ces personnes ont été prises, ayant peut-être été mises de côté au profit d’autres auditoires, par exemple les autorités municipales ou gouvernementales. Il faut aussi dire que

¹⁷⁵³ On peut cependant citer en contre-exemple le cas de l’enquête criminelle, qui exige parfois de longues recherches d’informations et de preuves avant de procéder à l’arrestation et à la mise en accusation.

¹⁷⁵⁴ Marie-Michèle Sioui, « Québec annule 500 contraventions remises aux manifestants du Printemps érable », *Le Devoir* (8 avril 2017), en ligne : www.ledevoir.com/politique/ville-de-quebec/495897/la-ville-de-quebec-annule-500-constats-d-infractions-en-lien-avec-le-printemps-erable; Radio-Canada, « Après une longue saga judiciaire, des manifestants du printemps érable à Sherbrooke sont acquittés », *Radio-Canada.ca* (17 février 2016), en ligne : ici.radio-canada.ca/nouvelle/765739/manifestants-acquittes-jugement-constats-infraction.

certaines de ces accusations ont été abandonnées parce que les dispositions juridiques sur lesquelles elles étaient fondées ont été déclarées invalides¹⁷⁵⁵.

Au bout du compte, toutefois, s'attarder aux attentes des auditoires et aux pratiques employées pour les diffuser s'avère pertinent pour aborder le contexte organisationnel dans lequel se déroule le contrôle des indésirables, mais également celui des agentes et agents administratifs en général qui, s'ils veulent que leurs décisions soient maintenues, doivent se donner les moyens nécessaires pour répondre aux attentes des instances qui les révisent. Les résultats indiquent aussi qu'une décision discrétionnaire s'inscrit dans un contexte temporel et que son devenir est pris en compte par les fonctionnaires au moment d'exercer leur discrétion, un constat qui rejoint les conclusions d'Emerson et Paley¹⁷⁵⁶.

Dans une perspective foucauldienne, ces conclusions mettent en lumière l'importance de l'information dans le fonctionnement des mécanismes de contrôle qui, comme la détention liée à l'immigration, visent l'exclusion plutôt que la réforme. Ainsi, à l'instar des dispositifs disciplinaires dont le fonctionnement repose sur la production d'un savoir au sujet des personnes qui en sont la cible et le relais, les mécanismes d'exclusion basés sur le pouvoir souverain nécessitent eux également la production d'un savoir pour s'exercer. Ce savoir doit prendre la forme d'un discours de vérité pour produire ses effets de pouvoir¹⁷⁵⁷. Le droit joue un rôle certain dans la production de ce discours; en témoignent les nombreuses références aux sources juridiques que font certaines personnes rencontrées pour appuyer leurs dires. Néanmoins, les règles juridiques sur lesquelles s'appuie ce discours restent sujettes à interprétation, d'où l'importance de comprendre les attentes des personnes (ici les commissaires) qui exercent formellement le pouvoir. Donc, la production d'un savoir (ou d'un discours de vérité) propre à fonder l'exercice du pouvoir repose, d'une part, sur l'extraction d'informations au sujet de la personne qui en est la cible ainsi que, d'autre part, sur la connaissance des conditions de mise en forme de ce discours, conditions qui sont balisées par le droit, mais dont le contenu résulte au bout du compte de la pratique et du fonctionnement des instances qui exercent ce contrôle.

Troisièmement, par le biais de cette collaboration, il est indéniable que certains acteurs exercent une influence parfois forte sur les décisions que prennent les fonctionnaires, notamment en ce qui

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

¹⁷⁵⁶ Pour une discussion plus détaillée à ce sujet, voir la section 1.2.2.3, ci-dessus.

¹⁷⁵⁷ Foucault, *Défendre*, supra note 80 aux pp 21–23.

a trait à l'évaluation de l'indésirabilité. Il importerait donc, dans l'étude du contrôle des indésirables, de porter attention aux acteurs qui gravitent autour de ces fonctionnaires et aux relations qu'ils tissent. Il convient également de s'attarder à ce que Michael Lipsky désigne comme la « chaîne de traitement » [ma traduction]¹⁷⁵⁸ des cas, soit les décisions qui ont été prises en amont de la décision du fonctionnaire et celles qui se prendront par la suite. Au-delà des pratiques propres aux fonctionnaires eux-mêmes, ces conclusions mettent aussi en relief l'importance de la prise en compte des pratiques d'autres acteurs qui se déploient au niveau méso pour mieux comprendre comment les fonctionnaires de première ligne exercent leurs pouvoirs discrétionnaires, et ce, au-delà du domaine du contrôle des indésirables¹⁷⁵⁹.

8.2. Les variations du pouvoir discrétionnaire comme révélateurs de l'indétermination du droit et des politiques

Une fois toutes ces informations en main, ou lorsqu'on ne dispose pas de renseignements relatifs à l'identité, les membres du personnel de l'ASFC doivent statuer sur l'opportunité de recourir à la détention. Cette décision se prend notamment sur la base de l'évaluation du niveau de risques que présente la personne non citoyenne, mais aussi de la faisabilité de SRD qui permettraient d'atténuer ces risques et d'éviter de recourir à la détention.

Ces décisions ne se prennent pas selon une formule préétablie. Elles font intervenir différents éléments, dont la pertinence n'est pas connue d'avance. C'est donc au moment où se prend la décision que les éléments du champ de la surdétermination acquièrent en quelque sorte leur qualité de « faits normatifs », en tant que « manifestation de la réalité sociale capable d'engendrer du droit, c'est-à-dire de lui servir de source primaire ou matérielle »¹⁷⁶⁰. Les éléments pris en compte ne sont donc pas donnés d'avance; nous avons vu qu'ils sont potentiellement nombreux. L'octroi de cette pertinence est le fait des fonctionnaires. C'est peut-être là le nœud du pouvoir discrétionnaire – dans le choix des éléments pertinents et dans le choix du poids à accorder à chacun d'eux.

Ces choix sont sujets à de nombreuses variations, qui constituent pour ainsi dire autant de révélateurs de l'indétermination des règles juridiques et administratives qui encadrent le régime de

¹⁷⁵⁸ Lipsky, *supra* note 31 aux pp 129 et s.

¹⁷⁵⁹ Sur l'importance du contexte institutionnel pour comprendre l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, voir par ex Bell, *supra* note 216.

¹⁷⁶⁰ Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 2012 à la p 144.

détention. Mais ce n'est pas tout. Elles permettent de voir également que l'indétermination sur le plan juridique ne signifie pas qu'il y a absence de contraintes, mais que ces contraintes sont plutôt d'une autre nature. Quelques personnes rencontrées ont fait état de ces variations sur le plan individuel : on ne soupèse pas l'ensemble des facteurs de la même façon, l'évaluation de la crédibilité d'une même personne fluctue entre les membres du personnel de l'ASFC, qui peuvent aussi avoir des opinions divergentes au sujet du niveau de risque que représente une infraction criminelle. Certaines de ces opinions sont partagées plus largement au sein de l'ASFC, où il semble néanmoins que différentes approches quant à la détention (ou différentes cultures organisationnelles) coexistent et parfois s'entrechoquent. Les configurations particulières des postes frontaliers, mais aussi la nature du travail accompli au sein des bureaux intérieurs, présentent également des possibilités différentes quant au recours à la détention, par exemple en raison de la disponibilité des SRD dans une région ou dans un poste donné. Des variations existent aussi sur le plan régional, comme en matière de détention pour motif d'identité ou de détention des personnes mineures, constituant un reflet de sous-cultures dont les lignes de partage suivent cette fois les régions administratives de l'ASFC. À ce niveau, les agentes et agents de la région du Pacifique doivent composer avec des contraintes qui résultent de pratiques différentes de la part des commissaires du bureau régional de l'Ouest de la CISR, dont les exigences seraient plus élevées qu'ailleurs au pays. Ce dernier type de variations, où les règles font l'objet d'interprétations divergentes, mais quasi systématiques sur le plan régional, illustre à mon avis le grand espace discrétionnaire qui est dévolu à l'administration – à l'ASFC comme à la CISR – dans la gestion du programme de détention.

Parmi les dimensions qui guident l'évaluation de ces éléments et de leur pertinence, les participantes et participants ont insisté sur l'importance de l'expertise pour faire un exercice judiciaire de leur pouvoir discrétionnaire, en mentionnant que cette expertise se construit largement à partir de l'expérience de travail au sein de l'ASFC. C'est le cas notamment des agentes et agents d'audience, qui constituent une référence pour leurs collègues en raison justement de leur expérience de travail. Les connaissances et le savoir-faire nécessaires pour mettre en œuvre le régime de détention seraient ainsi largement acquis par le biais de processus de socialisation professionnelle (ex. : formations initiale et continue, mentorat par les pairs, années d'expérience) propres à l'ASFC.

L'évaluation adéquate de l'indésirabilité et du mécanisme approprié pour y répondre reposerait ainsi sur une certaine expertise. Au sein de l'ASFC, l'expertise provient vraisemblablement d'abord de l'expérience de travail. On peut toutefois supposer que dans d'autres contextes, l'expertise s'acquiert différemment, par exemple par le biais d'une formation préalable, comme le droit ou la médecine, ou encore par le biais d'une multitude d'expériences. Porter une attention particulière aux différentes manières dont se développe l'expertise constitue certainement une piste pertinente pour comprendre comment divers éléments du champ de la surdétermination d'une décision donnée se voient accorder plus ou moins d'importance. En outre, ces modes d'acquisition de l'expertise jouent probablement un rôle dans la façon de concevoir l'indésirabilité, mais aussi les droits des personnes concernées. Je pense par exemple aux commissaires de la CISR qui ont été recrutés après avoir défendu à titre d'avocates ou d'avocats des personnes non citoyennes détenues. Comme discuté plus haut¹⁷⁶¹, en réponse à des critiques formulées à l'égard des pratiques de la SI, le bureau du Centre de la CISR avait décidé de recruter des commissaires ayant des expériences variées, puisque jusqu'alors la plupart avaient auparavant travaillé pour l'ASFC et que cela faisait en sorte que les arguments de l'ASFC étaient peu remis en question.

De plus, parmi les acteurs impliqués dans la « chaîne de traitement » [ma traduction]¹⁷⁶² des cas, certains auraient une expertise plus vaste ou pointue que celle de leurs collègues, leur avis ou décision étant donc susceptible de se voir reconnaître un poids plus grand lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ainsi, parmi les éléments du contexte organisationnel à prendre en considération, il importe de s'attarder non seulement aux réseaux de partenaires qui sont impliqués dans la production et l'échange d'informations, mais aussi d'identifier *qui* parmi ces partenaires est reconnu par les décideurs comme détenteur d'une expertise particulière. Par exemple, des instances comme la Commission d'examen des troubles mentaux se reposent en grande partie sur l'expertise des psychiatres pour rendre leur décision¹⁷⁶³. En outre, le poids de cette expertise se voit

¹⁷⁶¹ Voir la section 2.3.4, ci-dessus. Dans le cadre de mes démarches d'accès au terrain pour l'étude de dossiers, j'ai eu l'occasion de m'entretenir avec un avocat en droit de l'immigration qui m'avoua avoir été scandalisé par le peu de garanties prévues pour les personnes non citoyennes détenues dans le cadre des audiences de contrôle des motifs de détention, notamment au vu de son expérience antérieure en droit criminel.

¹⁷⁶² Lipsky, *supra* note 31 aux pp 129 et s.

¹⁷⁶³ Nicolas Sallée et al, « Au tribunal des risques. Contrôle, autocontrôle et tensions juridiques à la Commission d'examen des troubles mentaux (Québec, Canada) » (2022) 111:2 Droit et société 357 aux pp 368–369.

renforcé par le déroulement des audiences, illustrant la complexité des relations entre différents facteurs¹⁷⁶⁴.

Ces résultats montrent aussi que la sociologie de l'action publique offre des outils précieux pour comprendre les processus de prise de décisions qui sous-tendent l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, la pluralité d'acteurs et actrices qu'ils impliquent ainsi que la multiplicité des éléments qui orientent et contraignent ces processus. À ce chapitre, la grille proposée, divisée en trois niveaux d'analyse, a d'ailleurs permis de faire une lecture systématique de ces éléments. En présentant différentes catégories de facteurs, cette grille constitue en elle-même une première réponse à la question de recherche concernant les facteurs qui sont pris en compte par les fonctionnaires de première ligne au moment d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires dans le cadre du contrôle des indésirables. Il m'apparaît indéniable qu'il s'agit là d'un outil analytique qui serait utile pour l'étude de la mise en œuvre du droit et des politiques publiques par les fonctionnaires de première ligne, même au-delà des manifestations du contrôle des indésirables. Cela exigerait toutefois quelques adaptations qui tiennent notamment compte du contexte de travail des fonctionnaires que l'on se propose d'étudier. Prenons l'exemple d'un processus administratif qui se baserait sur l'étude de dossiers seulement. Dans un tel cas, les interactions avec les personnes concernées par la décision pourraient être exclues des facteurs à intégrer dans l'analyse. D'autres facteurs comme les attentes des auditoires et l'expertise resteraient pertinents, de même que les apports des divers acteurs du contexte organisationnel. Le contexte sociohistorique devrait quant à lui être abordé différemment. Par exemple, les fonctions que remplit le régime juridique duquel découlent les pouvoirs discrétionnaires devraient toujours être prises en considération, mais en d'autres termes que ceux du contrôle de populations marginalisées.

En contrepartie, ces conclusions font aussi apparaître certains angles morts de l'approche retenue et suggèrent quelques améliorations possibles (dans la mesure néanmoins où le cadre d'analyse ne peut faire fi des méthodes de recherche utilisées). Dans un premier temps, elles ont dévoilé le caractère central des interactions dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, entraperçu par cette recherche, mais non exploré en profondeur. Quelques personnes rencontrées ont explicitement lié leur expertise aux habiletés nécessaires pour mener les entrevues avec les personnes non citoyennes, dans le cadre desquelles plusieurs facteurs sont évalués (ex. : crédibilité, niveau de

¹⁷⁶⁴ *Ibid* à la p 364.

risques). Ces interactions, par exemple lors du contrôle secondaire, se présentent comme un moment clé de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention et les entretiens de recherche avec des membres du personnel de l'ASFC en offrent une perspective qui ne peut qu'être limitée.

Dans un deuxième temps, l'opérationnalisation du contexte sociohistorique représente un défi certain. Ce contexte plus large se présente comme un élément central dans l'émergence des groupes indésirables de même que pour la mise en place et la mise en œuvre des mécanismes auxquels on recourt pour répondre à cette indésirabilité. Afin de comprendre son impact sur les pratiques de détention, j'en ai proposé une lecture qui s'appuie sur les conceptions qu'entretiennent les fonctionnaires de l'ASFC au sujet des personnes non citoyennes indésirables et des fonctions que poursuit la détention. C'est l'approche qui m'est apparue comme étant la plus pertinente aux fins de mes objectifs de recherche et j'estime que la typologie qui en résulte, présentée au dernier chapitre, tend à montrer que je n'étais pas complètement dans le tort. Les concepts développés en problématique générale s'avèrent donc porteurs pour explorer l'impact du contexte sociohistorique sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires dans le cadre du contrôle des indésirables. Sur le plan méthodologique, aborder la question de l'indésirabilité par le biais des fonctions de la détention a constitué une façon judicieuse de discuter d'une question que je considérais a priori sensible, soit les représentations que les personnes enquêtées entretenaient au sujet des personnes non citoyennes indésirables. Plusieurs éléments de contexte ont pu ainsi être mis en lumière. Par la suite, le triptyque danger-inutilité-sécurité a permis une analyse assez exhaustive des diverses menaces perçues par les participantes et participants et des impacts de ces menaces sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cet appareillage conceptuel serait donc pertinent pour explorer le contexte sociohistorique qui surplombe la mise en œuvre de mécanismes de réforme ou d'exclusion visant d'autres groupes sociaux considérés comme dangereux (ex. : personnes souffrant de troubles mentaux) ou inutiles (ex. : personnes pauvres ou en situation d'itinérance). Il s'agit néanmoins d'une approche parmi plusieurs approches possibles; la réflexion à cet égard doit se poursuivre. L'étude d'autres manifestations du contrôle des indésirables permettrait certainement d'en révéler d'autres points forts et angles morts.

Dans un troisième temps, l'analyse en trois niveaux a permis une cartographie systématique des facteurs qui orientent et contraignent l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, mais cette lecture ne demeure qu'un des découpages possibles de cette réalité complexe. Si elle offre la possibilité d'appréhender un grand nombre de ces facteurs, elle ne rend pas toujours justice aux dynamiques

qui traversent ces niveaux qui, rappelons-le, ne sont pas étanches. Par exemple, la notion de sécurité, malgré les défis que présente la mobilisation d'un tel concept, permet de faire une lecture transversale des éléments qui participe à la surdétermination des décisions des fonctionnaires de l'ASFC.

8.3. Les effets paradoxaux de la sécurité comme considération primordiale

En effet, pour chacun des niveaux d'analyse, les préoccupations se rattachant à la sécurité paraissent centrales et parfois déterminantes pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Les cas de danger pour la sécurité publique, qui concernent surtout des cas de criminalité violente, semblent constituer la priorité pour le personnel de l'ASFC en matière de détention, bien que ces cas soient relativement peu fréquents. Sur le plan institutionnel, c'est encore la sécurité qui se trouve au cœur du mandat des agentes et agents et qui constitue l'un des piliers de leur identité professionnelle. Cependant, au-delà d'un socle commun qui se rapporte à une conception plus traditionnelle de la sécurité publique (ex. : criminalité) ou nationale (ex. : terrorisme, espionnage), la sécurité se présente comme une notion large, mais aux contours toujours fuyants. En effet, ce que la détention des personnes non citoyennes permettrait de protéger se présente comme quelque chose de potentiellement très vaste, si bien que la notion de sécurité demeure difficile à illustrer ou à expliquer. Ce constat s'explique certainement par la multitude de menaces (ex. : la criminalité, la fraude, le terrorisme, menaces relatives à l'identité nationale) qui sont associées depuis plusieurs décennies à deux groupes de personnes migrantes souvent confondus (soit celles qui demandent l'asile et celles qui se trouvent en situation irrégulière). Puisque ce qui doit être protégé se définit en fonction de ce que l'on considère comme menaçant, il n'est pas étonnant que la sécurité soit conçue aussi vastement lorsqu'il est question des migrations internationales.

Quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention plus précisément, le flou entourant la notion de sécurité entraîne des effets paradoxaux, comme l'illustre la typologie présentée au chapitre précédent. D'un côté, la conception large de la sécurité semble justifier la possibilité, pour les agentes et agents de l'ASFC, d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de détention dans un grand nombre de cas. L'étendue de ce pouvoir discrétionnaire s'amplifie en quelque sorte, en s'appliquant potentiellement à plusieurs situations. De l'autre, lorsqu'un cas touche à ce qu'il convient d'appeler un certain socle commun de la notion de sécurité, le recours à la détention s'impose presque

inévitablement. La marge de manœuvre dont disposent les agentes et agents se réduit alors considérablement.

Les trois figures majeures qui émergent de l'analyse des conceptions des fonctionnaires de l'ASFC laissent justement voir cette étendue fluctuante du pouvoir discrétionnaire, la figure du migrant criminel appelant plus fortement la détention que les figures du migrant fraudeur et du migrant non identifié, où les éléments qui servent à la décision sont plus nombreux et le poids à accorder à chacun d'eux plus sujet à la subjectivité des décideurs. On perçoit ici les effets variables de l'indésirabilité sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires en fonction de l'endroit où se situe la personne sur ce qui doit se concevoir comme un continuum plutôt qu'une qualité présente ou absente.

La typologie proposée contribue ainsi à la compréhension des impacts qu'entraîne la sécurisation d'une question donnée, c'est-à-dire le fait d'aborder un enjeu sous l'angle sécuritaire. Dans les cas des migrations internationales, plusieurs recherches ont illustré les formes que prend cette sécurisation dans les discours des acteurs politiques¹⁷⁶⁵ et dans l'adoption de lois et politiques¹⁷⁶⁶. Ces résultats jettent un éclairage sur les effets qu'engendre ce phénomène sur la mise en œuvre des politiques publiques, mise en œuvre qui donne corps, en dernier ressort, à ces mêmes politiques. Le pouvoir discrétionnaire se présente comme un dispositif perméable aux contextes institutionnel et sociohistorique dans lesquels travaillent les fonctionnaires de première ligne, ce que montre par exemple la grande méfiance que suscite chez les participantes et participants l'absence d'identité, qui est étroitement associée aux personnes qui demandent l'asile. C'est ce qu'illustrent aussi les préoccupations au sujet de la fraude, qui ont acquis une telle importance qu'il peut maintenant être légitime de détenir une personne afin de prévenir une fraude dont on croit raisonnablement qu'elle sera commise.

La notion de sécurité, bien que fuyante, est donc d'une grande utilité pour comprendre les effets qu'entraîne l'indésirabilité sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Elle permet d'amorcer la réponse à la question de recherche générale qui porte sur les manières dont les facteurs pris en compte par les fonctionnaires de première ligne surdéterminent l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires. La compréhension qu'entretiennent ces fonctionnaires au sujet de la sécurité et de

¹⁷⁶⁵ Voir par ex Bigo, « Gouvernamentalité par l'inquiétude », *supra* note 9; Bourbeau, « Processus et acteurs », *supra* note 5.

¹⁷⁶⁶ Voir par ex Atak, Hudson et Nakache, « Securitisation of Canada's Refugee System », *supra* note 9.

son corollaire, l'indésirabilité, agit comme considération primordiale. Lorsque la personne est jugée à ce point indésirable qu'elle menace le noyau dur de la sécurité, peu d'autres facteurs entreront dans l'équation. À l'opposé, lorsque l'indésirabilité menace la sécurité conçue de façon plus étendue, ces éléments, qui découlent des niveaux micro et méso, exerceront une plus forte influence sur les décisions des fonctionnaires. La force de leur influence, toutefois, peut difficilement être connue d'avance. Elle émerge au moment de la décision, en fonction du contexte précis de mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire. C'est alors que les facteurs se révéleront comme étant plus ou moins pertinents aux fins de la décision, selon les informations dont dispose le fonctionnaire, notamment grâce au réseau de partenaires avec qui il collabore.

La recherche auprès des agentes et agents de l'ASFC a permis de révéler l'influence plus importante de certains facteurs dans le contexte de la détention des personnes non citoyennes, par exemple le déroulement des interactions ou les attentes des commissaires de la SI, qui semblent surdéterminer les décisions des fonctionnaires dans un grand nombre de situations. Si l'on peut supposer que de tels éléments acquièrent une importance similaire dans le cadre d'autres manifestations du contrôle des indésirables, il s'agit d'une hypothèse qui doit être confirmée, ou infirmée, empiriquement.

Conclusion

En somme, les concepts développés en problématique générale et dans le cadre théorique se sont avérés utiles et pertinents pour l'étude des pratiques de détention des personnes non citoyennes par l'ASFC. Ils ont également permis de mettre en lumière plusieurs éléments de réponse aux questions de recherche portant sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires dans le cadre du contrôle des indésirables et de tirer quelques constats au sujet de la pratique des fonctionnaires de première ligne de façon générale.

À cet égard, les résultats au sujet des pratiques de recherche et diffusion d'informations ainsi que les modalités de collaboration mises en œuvre dans ce contexte font figure d'exceptions, dans la mesure où peu d'éléments conceptuels laissaient présager leur centralité dans le travail quotidien des agentes et agents de l'ASFC. Il convient toutefois de rappeler que ces résultats répondent à un objectif qui se voulait davantage descriptif et qui visait à documenter des pratiques méconnues. Il n'en reste pas moins qu'ils résonnent tout de même fortement avec une conception plus

sociologique du pouvoir discrétionnaire, qui met l'accent sur les multiples choix à faire – entre autres au sujet des informations obtenues – et la pluralité d'acteurs impliqués – d'où le fait que la collaboration joue un rôle essentiel.

En retour, ces pratiques collaboratives de recherche et de partage d'informations ont permis de mettre en évidence la place centrale de ces renseignements dans l'évaluation de l'indésirabilité. De plus, lorsque l'on considère les limites inhérentes à la prise en compte de toutes les informations pertinentes dans un processus décisionnel, de même que les limites matérielles (ex. : temps, ressources humaines) qui s'imposent aux fonctionnaires, l'importance que prend la collaboration s'explique aisément. Ces résultats permettent ainsi de souligner la pertinence de resituer une décision précise dans la chaîne de traitement du cas et de prendre en compte le contexte institutionnel pour comprendre comment différents éléments orientent et contraignent l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par des fonctionnaires de première ligne de façon générale.

La grille d'analyse des éléments qui surdéterminent l'application de pouvoirs discrétionnaires a permis d'esquisser une première réponse à la question générale de recherche relative aux facteurs qui surdéterminent un tel exercice. Elle s'est également avérée être un outil précieux pour systématiser l'analyse de ces facteurs et, en cela, constitue un instrument pertinent pour l'étude d'autres manifestations du contrôle des indésirables. Si les résultats de la recherche ont confirmé qu'il n'existe pas de formule préétablie qui permettrait de prédire comment s'articuleront ces facteurs les uns avec les autres dans un cas précis, ils ont néanmoins permis de comprendre plus précisément les manières dont certains peuvent influencer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

D'une part, dans le cadre du contrôle des indésirables, la recherche a mis en lumière les effets paradoxaux qu'entraînent les considérations relatives à la sécurité. Alors que l'indésirabilité rend possible la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire, ce n'est que lorsque la personne est considérée comme se situant à l'extrême du continuum désirable-indésirable (et donc comme menaçant ce qui relève du noyau dur de la sécurité) que s'enclenchera plus certainement l'application d'un mécanisme de contrôle. Sous cet aspect, les concepts relatifs au contrôle des indésirables se sont révélés comme étant particulièrement pertinents.

D'autre part, les résultats éclairent plus précisément la manière dont les attentes du tribunal et l'expertise de certains collègues à cet égard peuvent orienter les décisions des fonctionnaires de première ligne.

Bref, la proposition conceptuelle a permis d'entamer un dialogue fécond avec les résultats de la recherche. D'un côté, les notions développées donnent sens aux données de terrain. De l'autre, ces mêmes données continuent d'alimenter la réflexion théorique au sujet de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En prenant pour cas d'étude la détention des personnes non citoyennes au Canada, cette recherche plonge au cœur de la mise en œuvre de régimes juridiques visant à contrôler, par des mécanismes d'exclusion ou de réforme, des personnes considérées comme indésirables. Dans une approche empirique et qualitative, elle s'intéresse plus précisément à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par les fonctionnaires de première ligne et se concentre sur les pratiques des membres du personnel de l'ASFC qui sous-tendent la détention aux fins de l'immigration. Les résultats présentés s'appuient sur un corpus composé d'entretiens de recherche réalisés auprès d'agentes et d'agents de l'ASFC occupant différents postes et fonctions dans les régions du Québec, du Grand Toronto et du Pacifique.

Deux principaux objectifs ont guidé cette recherche. Le premier visait à mettre en lumière et documenter les pratiques quotidiennes nécessaires à l'exercice de tels pouvoirs discrétionnaires. Cet objectif s'avérait particulièrement pertinent pour le cas à l'étude, puisque le travail quotidien des agentes et agents de l'ASFC demeure largement méconnu, malgré son importance centrale pour le fonctionnement des contrôles frontaliers. L'analyse a mis en lumière l'important travail de collaboration entrepris par les membres du personnel de l'ASFC afin que s'arriment deux types d'informations : les renseignements concernant les personnes non citoyennes ainsi que les informations se rattachant notamment aux exigences des commissaires de la SI qui contrôlent les motifs de détention. Ces modalités de collaboration se déploient tant au sein de l'ASFC qu'avec différents partenaires externes, étatiques ou non, canadiens comme étrangers.

Le deuxième objectif cherchait à cartographier les facteurs qui sont pris en compte dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires par ces fonctionnaires, de même qu'à comprendre de quelles manières ils surdéterminent cet exercice. À cette fin, j'ai élaboré une grille d'analyse en trois niveaux, inspirée de travaux de sociologie de l'action publique dans les domaines de l'immigration, du contrôle des populations marginalisées et de l'application de la loi de façon générale. L'analyse a permis de jeter un éclairage sur la complexité inhérente à la mise en œuvre du droit et des politiques d'immigration et d'esquisser une cartographie des éléments qui orientent et contraignent, potentiellement, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention délégué aux fonctionnaires de l'ASFC. Ainsi, j'ai fait état des facteurs relatifs au cas (ex. : les faits, les interactions, le profil

sociodémographique) et au contexte institutionnel (ex. : culture(s) organisationnelle(s), contraintes opérationnelles, auditaires) dont les participantes et participants m'ont dit qu'ils pouvaient influencer leurs décisions. Sur le plan macro, c'est par le prisme des concepts du contrôle des indésirables, dont la déclinaison est toujours tributaire du contexte sociohistorique, que j'ai proposé une compréhension de l'impact de ce contexte « plus large », entre autres les considérations se rattachant à la sécurité, sur les décisions relatives à la détention des agentes et agents de l'ASFC.

Dans cette conclusion générale, je reviens d'abord sur les résultats et aspects de cette recherche qui me paraissent les plus marquants pour ensuite indiquer certains des questionnements et pistes de recherche sur lesquels débouchent ces conclusions.

De l'information à la sécurité, en passant par la méthode : retour sur quelques-uns des aspects les plus marquants de cette recherche

L'une des motivations à la source de cette recherche consiste en l'opacité des pratiques de l'ASFC relatives à la détention. Ayant pu profiter d'un accès rarement égalé à de nombreux éléments du système d'immigration et de protection des réfugiés lors de mon emploi au HCR (ex. : audiences de détermination du statut de réfugié et de contrôle des motifs de détention; visites au CSI de Laval et à différents postes-frontière, entretiens avec des membres du personnel de l'ASFC, d'IRCC et de la CISR), j'ai constaté que certains éléments du système de détention demeuraient dans l'ombre, et ce, même pour les membres d'une organisation qui disposent de privilèges d'accès prévus par la loi¹⁷⁶⁷. Documenter ces pratiques quotidiennes m'apparaissait comme un objectif incontournable pour mieux comprendre la détention des personnes non citoyennes.

Cependant, j'ai longtemps considéré la possibilité de mener des entretiens avec des fonctionnaires de première ligne de l'ASFC comme un scénario idéal, mais impossible à réaliser, un avis par ailleurs partagé par les évaluatrices de ma proposition de thèse¹⁷⁶⁸. Dans cette optique, je crois que l'accord que m'a donné la haute direction de l'ASFC pour réaliser ces entretiens demeure l'un des aspects les plus marquants de ma recherche. Et c'est cet accès, intimement lié à ma trajectoire

¹⁷⁶⁷ LIPR, *supra* note 20, art 166.

¹⁷⁶⁸ Voir la section 4.1, ci-dessus.

universitaire et professionnelle, qui a donné lieu à une production de données inédites, dont le traitement exhaustif constitue à mon avis un apport important pour la communauté scientifique.

L'obtention de ces données constitue en elle-même un résultat inédit, en ce qu'elles permettent d'ouvrir la boîte noire de l'ASFC et de documenter ses pratiques quotidiennes, ce que très peu de recherches ont pu faire avec autant de détails. Elles apportent une contribution unique sur la détention des personnes non citoyennes au Canada en particulier, sur le travail des membres du personnel de l'ASFC de manière générale et sur l'importance du « *borderwork* »¹⁷⁶⁹, soit le travail quotidien des fonctionnaires de première ligne, dans la mise en œuvre des frontières. Ces conclusions illustrent en effet le fait que les frontières ne sont pas immanentes ou naturelles¹⁷⁷⁰. Elles se concrétisent au jour le jour par de multiples décisions individuelles, qui reposent sur d'autres décisions et sur des pratiques administratives qui gravitent autour de ce qu'il convient d'appeler un certain travail de l'information.

Cet aspect du travail des membres du personnel de l'ASFC, en collaboration avec plusieurs partenaires, était insoupçonné au départ, mais a rapidement émergé en tant que pilier important des pratiques administratives lors de l'analyse des premiers entretiens. Ces résultats s'avèrent pertinents pour trois raisons. D'abord, sur le plan conceptuel, ils montrent que la recherche et le partage d'informations jouent un rôle fondamental dans l'évaluation de l'indésirabilité et des mécanismes les plus appropriés pour y faire face. La meilleure illustration de cette importance demeure les inquiétudes associées au manque de renseignements relatifs à l'identité et à la figure du migrant non identifié. Ensuite, ils jettent un éclairage empirique sur la complexité de la mise en œuvre des frontières et des multiples façons dont l'exercice de pouvoirs discrétionnaires s'imbrique avec le travail et les décisions d'autres acteurs. Enfin, de façon plus générale, ils mettent aussi en lumière la complexité du recours à des pouvoirs discrétionnaires pour le contrôle de populations marginalisées. Lorsque considérée dans toutes ses ramifications, l'application d'un pouvoir discrétionnaire se laisse voir moins comme la décision arbitraire d'un décideur autonome que comme le résultat d'un mouvement de fond propulsé par le travail et la collaboration entre de multiples intervenants.

¹⁷⁶⁹ Côté-Boucher, Infantino et Salter, *supra* note 42 à la p 198.

¹⁷⁷⁰ Pratt, *Securing Borders*, *supra* note 41 à la p 11.

Outre la documentation du quotidien des fonctionnaires de l'ASFC, les données empiriques ont également permis d'amorcer une cartographie des facteurs qui entrent en ligne de compte dans les décisions de détention, des résultats qui résonnent fortement avec la littérature scientifique sur l'exercice de pouvoirs discrétionnaires en général et dans le domaine du contrôle des populations marginalisées en particulier. Dans l'ensemble, les participantes et participants ont souligné la complexité de cet exercice et l'absence de formule préétablie pour parvenir à une décision, chacune faisant intervenir différents facteurs qui seront plus ou moins pertinents selon le cas. Néanmoins, deux catégories de facteurs se démarquent par leur importance. La première concerne les attentes des commissaires de la CISR. Celles-ci sont non seulement prises en compte avec sérieux par les agentes et agents, mais elles orientent aussi les modalités de collaboration mises en place au sein de l'ASFC, puisque la connaissance de ces attentes fait de certains employés des personnes-ressources pour leurs collègues. La recherche a révélé que ces attentes exercent une influence sur les décisions de détention comme sur les décisions relatives aux interdictions de territoire, notamment dans la région du Pacifique, où les commissaires sont plus exigeants à l'égard des décisions de l'ASFC, et ce, de façon systématique. Il semble en résulter des pratiques administratives qui se distinguent de celles d'autres régions. La deuxième catégorie regroupe les considérations relatives aux diverses menaces à la sécurité. Ces menaces s'incarnent dans différentes figures du migrant indésirable – le migrant criminel, le migrant fraudeur et le migrant non identifié – qui renvoient à des conceptions diversifiées de la sécurité et qui entraînent des effets variés – et paradoxaux – sur l'exercice du pouvoir de détention.

En somme, les résultats tirés des entretiens permettent de comprendre plus avant comment opère un pouvoir qui est considérable en ce qu'il déclenche la mise en œuvre d'une mesure drastique (la détention à des fins administratives et préventives), qu'il vise des personnes se trouvant souvent dans des situations de précarité en raison de leur statut migratoire et qui sont de surcroît parfois vulnérables, et dont les impacts négatifs (ex. : accès à la justice, santé mentale) sont largement documentés. Au-delà de la détention des personnes non citoyennes, ces résultats sont pertinents pour comprendre le contrôle d'autres groupes sociaux considérés comme indésirables, à la fois sur le plan des pratiques administratives et des facteurs qui surdéterminent l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Autrement, ces résultats pavent aussi la voie pour de futures recherches, comme discuté plus bas. Ils ont par exemple permis de dévoiler des éléments comme l'importance des

interactions et le développement de l'expertise par des processus de socialisation professionnelle, sans qu'il soit possible de les examiner en profondeur.

Le dernier aspect de cette recherche que je souhaite souligner relève de la démarche méthodologique. Sur le plan personnel, le recours à une approche empirique et qualitative a exigé de nombreux apprentissages pour parvenir au bout de cette thèse. Approfondir mes connaissances méthodologiques était l'un de mes objectifs en m'engageant dans ces études doctorales et, sur ce point, j'ai été servi! Les quelques réflexions qui suivent auront une résonance certes plus limitée, mais néanmoins pertinente pour les juristes qui, dans leurs recherches, désirent adopter le « regard oblique »¹⁷⁷¹ de la sociologie pour étudier le droit, notamment dans une perspective qualitative.

Un premier constat concerne l'importance de prendre une posture réflexive à l'égard de la recherche et du rôle qu'on y joue. Il n'est pas toujours facile de faire sienne l'idée que la recherche est un exercice de simplification de la réalité qui exige des choix qui comportent inévitablement une part de subjectivité. Des échanges avec des collègues juristes lors de séminaires de méthodologie ou d'autres activités scientifiques m'ont appris que pareille conception de la recherche concorde difficilement avec la méthodologie juridique¹⁷⁷². En ce qui concerne la recherche qualitative, Norman Denzin et Yvonna Lincoln présentent le chercheur comme un « bricoleur », un « faiseur de courtépointe » [ma traduction]¹⁷⁷³, une image qui reflète bien la créativité dont il faut faire preuve pour mener de tels projets de recherche, et ce, à partir des contraintes qui s'imposent et des occasions qui s'offrent à nous.

À cet égard, je me permets de risquer une comparaison entre mener une telle recherche et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Premier point commun : l'omniprésence des choix. Le processus de recherche est ponctué de décisions, portant par exemple sur les choix théoriques, les choix analytiques, le choix des éléments à documenter. Ensuite, l'impact des décisions précédentes sur les choix que l'on fait. Dans mon cas, le choix du sujet de thèse et le choix d'interviewer des agentes et agents n'auraient pas été possibles si je n'avais pas, près d'un an avant d'entamer le doctorat, fait le choix de quitter un emploi permanent pour un court contrat avec le HCR à Montréal. Et que dire des choix des personnes impliquées dans le projet de recherche? Sans une décision positive de

¹⁷⁷¹ Rocher, *Études*, *supra* note 23 à la p 3.

¹⁷⁷² Qui reste en elle-même difficile à définir, au-delà d'un traitement exégétique des sources formelles du droit. Il faut dire que le discours que le droit entretient sur lui-même se prête plutôt mal à la reconnaissance d'une certaine subjectivité.

¹⁷⁷³ Denzin et Lincoln, *supra* note 1504 à la p 4.

l'ASFC, cette thèse aurait été très différente. Il y a ici une part évidente de chance : nombreuses sont les personnes spécialistes du sujet qui ont été étonnées d'apprendre que j'avais pu avoir cet accès, alors qu'elles n'ont jamais pu l'obtenir. Il en va de même de la décision de ma directrice d'accepter de superviser ma recherche : elle m'a conseillé tout au long de la thèse grâce à son expertise. Enfin, il faut aussi composer avec des contraintes matérielles. J'avais initialement l'intention d'intégrer dans ma thèse une analyse de débats parlementaires de même que des entretiens avec d'autres acteurs du système d'immigration. Des contraintes de temps et de ressources m'ont cependant incité à me limiter aux entretiens avec le personnel de l'ASFC. En bout de piste, il faut également être en mesure de justifier ses choix, les uns en relation avec les autres, pour parvenir à un certain degré de cohérence, qui est en quelque sorte le fil qui relie solidement les différentes parties de la « recherche-courtrepoinTE ».

Le deuxième constat se rapporte au côté déstabilisant du caractère non linéaire du processus de recherche¹⁷⁷⁴. S'il y a bien un début et une fin, le chemin entre les deux n'est pas rectiligne. Les allers-retours entre la documentation de la problématique, la théorie et l'analyse des données de terrain sont nombreux, mais nécessaires pour remettre les pièces de la recherche-courtrepoinTE dans le bon ordre, les agencer les unes par rapport aux autres. Par exemple, je me suis lancé dans la recherche de terrain après avoir développé le cadre conceptuel du contrôle des indésirables, mais avant d'y intégrer la littérature sur l'exercice de la discrétion. Ce n'est que lorsque j'ai terminé une première analyse des données et une première rédaction des chapitres de résultats qu'il m'est apparu essentiel d'intégrer ces notions au cadre conceptuel et théorique de manière à pousser l'analyse un peu plus loin. Ces ajouts ont en retour exigé que je revoie l'analyse des données pour assurer un certain degré de cohérence à l'ensemble du projet. Le chemin est parsemé de doutes, d'essais et d'erreurs, et il faut accepter une certaine dose d'incertitudes pour progresser.

Bien que terminée dans cette forme écrite, la présente recherche soulève néanmoins plusieurs questions à explorer.

¹⁷⁷⁴ Comme discuté dans la section 4.4, ci-dessus.

Questionnements et pistes de recherche

En effet, les résultats présentés dans les chapitres précédents ouvrent plusieurs pistes de recherche. Les premières concernent la mise en œuvre du régime de détention liée à l'immigration. Dans un premier temps, cette recherche se base sur la perspective que les membres du personnel de l'ASFC entretiennent au sujet des leurs propres pratiques. Cela offre un point de vue unique à plusieurs égards pour comprendre de quelles manières le pouvoir de détention est exercé et comment se produisent les frontières. Elle pourrait être complétée de multiples façons; certaines m'apparaissent particulièrement pertinentes. Une approche ethnographique du travail quotidien de l'ASFC permettrait d'approfondir la compréhension des impacts de plusieurs éléments sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention, pour les trois niveaux de la grille d'analyse. L'observation des activités journalières des membres du personnel de l'ASFC permettrait sans doute de mieux documenter leur(s) culture(s) organisationnelle(s) ainsi que les contraintes opérationnelles auxquelles ils sont confrontés. La possibilité d'observer les interactions entre les membres du personnel de l'ASFC et les personnes non citoyennes donnerait une perspective inédite sur ce qui constitue, selon les participantes et participants, un moment incontournable de la mise en œuvre de leurs pouvoirs discrétionnaires ainsi qu'un aspect important de leur expertise, notamment si des entretiens avec les décideurs pouvaient être menés après ces observations. Il serait aussi potentiellement possible de mieux comprendre l'impact de facteurs sociodémographiques. De plus, l'observation d'audiences de contrôles des motifs de détention donnerait un point de vue complémentaire non seulement sur ces interactions, mais aussi sur les manières dont se transmettent et se construisent les attentes des commissaires de la SI. Ici, toutefois, la question de l'accès se double de soucis éthiques lorsqu'il s'agit d'observer les interactions avec les personnes non citoyennes, entre autres quant à la possibilité d'un consentement libre et éclairé de leur part. En effet, ces interactions constituent souvent pour elles un moment particulièrement pénible¹⁷⁷⁵ et où les dynamiques de pouvoir demeurent très inégales.

De plus, il apparaît clairement que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de détention, comme le contrôle des frontières d'ailleurs, n'est pas le fait des seuls fonctionnaires de l'ASFC. Les résultats au sujet du travail de l'information l'illustrent de façon éloquent. La mise en dialogue de ces conclusions avec les perspectives d'autres acteurs, étatiques ou non, en enrichirait indéniablement

¹⁷⁷⁵ Voir Goettl et Jeanes, *supra* note 366 aux pp 18 et s.

la compréhension (ex. : avocates et avocats en droit de l'immigration, personnel d'ONG ou d'organisations internationales, mais aussi des fonctionnaires d'autres organisations comme IRCC ou la CISR, en poste ou retraités).

D'autres sources de données pourraient aussi être explorées pour compléter ces résultats. D'une part, il serait notamment intéressant d'analyser les nombreux documents que remplissent les agentes et agents de l'ASFC lorsqu'elles et ils décident de détenir une personne non citoyenne, ce que permettrait un accès à leurs dossiers. Les tentatives à cet égard n'ont malheureusement pas porté de fruits. D'autre part, l'étude des débats parlementaires permettrait de mieux documenter le contexte sociohistorique dans lequel les mécanismes de contrôle sont mis sur pied, quelles menaces ils cherchent à prévenir et dans quels buts. En ce qui concerne la détention plus spécifiquement, certaines périodes seraient particulièrement intéressantes à explorer : l'ajout de l'identité non prouvée comme motif de détention dans les années 1980, le renforcement des pouvoirs de détention avec l'adoption LIPR, la création du régime de détention automatique pour les étrangers désignés en 2012. La mise en dialogue des débats parlementaires et des données au sujet des pratiques quotidiennes de l'ASFC mettrait notamment en lumière la latitude dont disposent ses agentes et agents pour s'approprier les objectifs de ce régime juridique.

Une deuxième série de questions à explorer se rapporte au contrôle des personnes non citoyennes jugées indésirables de façon plus générale. La première se situe dans le prolongement de la détention; il s'agit des SRD, que je n'ai pas abordées ici en profondeur. Comme évoqué plus haut, certaines d'entre-elles, telles que la Gestion des cas et surveillance dans la collectivité, cherchent autant à agir sur le comportement des personnes qui y sont soumises qu'à les exclure. D'autres visent l'exclusion, mais sans recours à la détention. Ces caractéristiques jetteraient certainement un nouvel éclairage sur la continuité qui existe entre les fonctions d'exclusion et de réforme ainsi qu'entre les motifs de danger et d'inutilité, de même que sur les différents niveaux d'indésirabilité. Il serait notamment intéressant de voir les variations dans l'évaluation du niveau de risques et du choix de mécanismes que font les agentes et agents, lorsque confrontés à des personnes qui se trouvent dans une situation similaire. En ce sens, l'étude du non-recours à la détention en faveur d'autres mécanismes, tels que l'imposition de conditions, révélerait possiblement bien d'autres éléments qui surdéterminent les décisions des fonctionnaires de l'ASFC.

Une deuxième question gravite autour de l'objectif de protection de l'intégrité du système d'immigration. À cet égard, des participantes et participants m'ont fait part de leurs inquiétudes quant à l'omniprésence de la fraude et des abus, entre autres au sujet du système de détermination du statut de réfugié, qui serait utilisé par plusieurs pour obtenir un statut et les bénéficiaires qui y sont associés sous de faux prétextes. Le recours à la détention pour motif d'identité est justement évoqué à l'appui de cette lutte contre la fraude. Or, il existe deux mécanismes auxquels les autorités peuvent recourir pour retirer le statut de réfugié, soit la perte et l'annulation de l'asile¹⁷⁷⁶. Alors que l'annulation concerne des cas où auraient été faites des « présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent »¹⁷⁷⁷, la perte de l'asile est prévue par la *Convention relative au statut des réfugiés* et s'applique lorsque la personne réfugiée bénéficierait à nouveau de la protection des autorités de son pays d'origine ou de la protection d'un nouveau pays. Un des actes qui est reproché consiste par exemple dans le fait de retourner dans son pays d'origine, même si cela a lieu plusieurs années après la reconnaissance du statut de réfugié et peu importe les raisons du voyage, comme rendre visite à un parent mourant¹⁷⁷⁸. Le recours à ces mécanismes est souvent justifié parce que, dans un cas comme dans l'autre, l'asile aurait été obtenu sous de faux prétextes¹⁷⁷⁹. L'étude de l'utilisation de ces deux mécanismes permettrait sans doute de mieux comprendre les inquiétudes relatives à la protection de l'intégrité du système d'immigration contre la fraude, commise par un groupe de personnes non citoyennes considérées comme indésirables depuis au moins trois décennies.

D'autres pistes de recherche relèvent de la mise en œuvre du droit dans le contrôle des indésirables de façon plus générale. D'une part, j'ai élaboré le cadre conceptuel du contrôle des indésirables et de l'exercice de pouvoirs discrétionnaires de façon à pouvoir tirer des constats qui dépassent le cas précis de la détention des personnes non citoyennes au Canada. Comme pour plusieurs recherches de nature qualitative, cette proposition conceptuelle s'est alimentée des données de recherche, dans

¹⁷⁷⁶ LIPR, *supra* note 20, arts 108–109.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, art 109.

¹⁷⁷⁸ Voir par ex Nicholas Keung et Sima Shakeri, « Will a former refugee's trip to see his dying father cost him his status in Canada? A growing number of ex-refugees have lost protected status in Canada. Few know the risks of using old passports or visiting their homelands. » *Toronto Star* (25 octobre 2022), en ligne : <www.thestar.com/news/canada/2022/10/25/will-a-former-refugees-trip-to-see-his-dying-father-cost-him-his-status-in-canada.html>.

¹⁷⁷⁹ Voir par ex Conseil canadien pour les réfugiés, « Une réforme urgente sur les règles relatives à la perte du statut des réfugiés s'impose en réponse à une nouvelle décision de la Cour » (4 mai 2016), en ligne : <ccrweb.ca/fr/reforme-urgente-perde-statut-refugiés-communiqué>.

une démarche itérative ponctuée d'allers-retours entre la théorie et le terrain. L'étude de la mise en œuvre d'autres mécanismes de contrôle des indésirables étofferait certainement cette proposition. Sur le plan théorique, l'analyse de mécanismes de contrôle qui visent spécifiquement l'insertion dans le marché du travail, comme le programme Objectif emploi du gouvernement du Québec, serait fort pertinente. Une telle étude permettrait de compléter les résultats de cette thèse en documentant la mise en œuvre d'un mécanisme qui s'applique à des personnes qui sont surtout considérées comme inutiles, parce que non productives, et qui aspire à les réformer. Quelle place y occupent les pratiques de recherche et de partage d'informations? Qui sont les acteurs de la chaîne de traitement des dossiers et quelle influence ont-ils sur les décisions des fonctionnaires de première ligne? Quels types de facteurs viennent orienter et contraindre les décisions de ces fonctionnaires, et ce, de quelles manières? Quels impacts les considérations relatives à la sécurité et au degré d'indésirabilité des personnes visées ont-elles sur la mise en œuvre des mécanismes de contrôle?

D'autre part, dans la mesure où la mise en œuvre des mécanismes de contrôle engendre fréquemment des atteintes aux droits et libertés, ou à tout le moins aux protections offertes par la loi (comme dans le cas des personnes en situation de pauvreté), la question de l'expertise des décideurs administratifs s'avère d'une acuité toute particulière. Dans le cas de l'ASFC, nous avons vu que l'expertise se développe surtout par des processus de socialisation professionnelle, dans une organisation dont la culture est axée sur la sécurité et l'exécution de la loi. Les droits des personnes détenues ont d'ailleurs été très peu discutés par les participantes et participants lors des entretiens. Il serait intéressant non seulement de mieux comprendre comment l'expertise se développe à l'ASFC, mais aussi de comparer de quelles manières se constitue l'expertise au sein de différents régimes juridiques comportant des atteintes importantes aux droits fondamentaux, par exemple le régime de détention liée à l'immigration et celui de la Commission d'examen des troubles mentaux du Québec, où par exemple les commissaires doivent détenir une expertise préalable (ex. : droit, psychiatrie, médecine)¹⁷⁸⁰. Comment ces expertises se conjuguent-elles avec la culture organisationnelle de ces différentes institutions? Quelles places donnent-elles aux droits des personnes visées, et avec quels impacts sur les décisions?

¹⁷⁸⁰ *Code criminel*, *supra* note 87, arts 672.39, 672.4(1).

L'expertise soulève également un certain nombre de questions relatives à la déférence dont doivent faire preuve les tribunaux à l'égard des décisions de l'administration. Dans la mesure où les administrations publiques sont appelées à traiter davantage de problèmes sociaux par le biais de mesures engendrant des atteintes aux droits fondamentaux ou la privation de mesures de protection sociale, contribuant du coup à la marginalisation des groupes ciblés, se pose la question d'un contrôle judiciaire robuste de ces actes administratifs. Cela soulève en retour la question de la faisabilité d'un tel contrôle. Dans le cas du droit de l'immigration, par exemple, l'exigence d'une demande d'autorisation préalable au contrôle judiciaire vise justement à limiter le nombre de dossiers qui se retrouvent devant les tribunaux. De façon plus large, le contrôle des décisions de l'administration par les tribunaux soulève l'enjeu de l'accès au droit et à la justice pour les personnes marginalisées de même que la question des ressources humaines et matérielles nécessaires pour que les tribunaux puissent traiter de tels cas, s'ils sont appelés à se multiplier. De surcroît, la Cour suprême a récemment déterminé que, dans le cas où l'on allègue qu'une décision de l'administration porte atteinte de façon injustifiée aux protections offertes par la *Charte canadienne*, elle doit être révisée selon la norme de la décision raisonnable¹⁷⁸¹, limitant ainsi la possibilité pour les tribunaux d'intervenir dans des cas similaires, puisqu'ils doivent se limiter à examiner le caractère raisonnable de la décision et de ses justifications plutôt que d'y substituer leur propre appréciation¹⁷⁸².

Une meilleure compréhension de la mise en œuvre des mécanismes de contrôle des indésirables s'avère donc nécessaire dans un contexte où le contrôle des populations marginalisées repose en grande partie sur la délégation de pouvoirs discrétionnaires et où les mesures mises en place s'inscrivent dans une approche répressive, participant aux inégalités dont découlent les problèmes que l'on cherche à traiter. La discrétion est désormais une composante fondamentale du système juridique, elle constitue l'une des portes d'entrée privilégiée du social dans le droit. J'estime humblement que cette recherche aura apporté une pierre à l'édifice de la compréhension des imbrications complexes entre droit et société.

¹⁷⁸¹ *Vavilov*, *supra* note 913 au para 57.

¹⁷⁸² Pour une discussion sur la différence entre les différentes normes de contrôle auxquelles recourent les tribunaux dans le cadre du contrôle judiciaire, voir la section 2.3.2.3, ci-dessus.

BIBLIOGRAPHIE

Droit international

Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers, 5 décembre 2002, RT Can 2004 n° 2 (entrée en vigueur : 29 décembre 2004).

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, 1465 RTNU 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987).

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951).

Convention relative au statut des réfugiés, 8 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954).

Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés. AG 217(III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71.

Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, Doc off AG NU, 73^e sess, Doc NU A/RES/73/195 (2018).

Pacte mondial sur les réfugiés, Doc off AG NU, 73^e sess, supp n° 12, Doc NU A/73/12 (2018).

Législation

Acte à l'effet de restreindre et réglementer l'immigration chinoise au Canada, LC 1885, c 71.

Acte à l'effet de restreindre l'importation et l'emploi des aubains, LC 1897, c 11.

Acte concernant l'immigration chinoise et visant à la restreindre, LC 1903, c 8.

Acte concernant l'immigration et les immigrants, LC 1906, c 19.

Acte relatif à l'immigration et aux immigrants, LC 1869, c 10.

Charte canadienne des droits et libertés, Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R-U), 1982, c 11.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c C-12.

Code civil du Québec, c CCQ-1991.

Code criminel, LRC 1985, c C-46.

Déclaration canadienne des droits, LC 1960, c 44.

Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001, c 27.

Loi canadienne sur les droits de la personne, LRC 1985, c H-6.

Loi concernant le Collège des consultants en immigration et en citoyenneté, LC 2019, c 29.

Loi concernant l'immigration chinoise, LC 1923, c 38.

Loi constitutionnelle de 1867, (R-U) 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n° 5.

Loi de l'immigration, LC 1910, c 27.

Loi sur la Cour suprême du Canada, LRC 1985, c S-26.

Loi sur la citoyenneté, LRC 1985, c C-29.

Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada, LC 2005, c 38.

Loi sur l'aide aux personnes et aux familles, RLRQ, c A-13.1.1.

Loi sur la protection des personnes dont l'état mental présente un danger pour elle-même ou pour autrui, RLRQ, c P-38.001.

Loi sur les cours fédérales, LRC 1985, c F-7.

Loi sur les douanes, LRC 1985, c 1 (2^e supp).

Loi sur les Indiens, LRC 1985, c I-5.

Loi sur l'immigration, LC 1952, c 42.

Loi sur l'immigration, LC 1976, c 52.

Loi sur l'immigration au Québec, RLRQ, c I-0.2.1.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, LC 2001, c 27.

Loi d'interprétation, LRC 1985, c I-21.

Loi d'interprétation, RLRQ, c I-16.

Loi visant à permettre une meilleure adéquation entre la formation et l'emploi ainsi qu'à favoriser l'intégration en emploi, LQ 2016, c 25.

Loi visant à protéger le système d'immigration du Canada, LC 2012, c 17.

PL 9, *Loi visant à accroître la prospérité socio-économique du Québec et à répondre adéquatement aux besoins du marché du travail par une intégration réussie des personnes immigrantes*, 1^{re} sess, 42^e lég, Québec, 2019 (sanctionné le 16 juin 2019), LQ 2019, c 11.

PL 77, *Loi sur l'immigration au Québec*, 1^{re} sess, 41^e lég, Québec, 2016 (sanctionné le 6 avril 2016), LQ 2016, c 3.

Réglementation, décrets et instructions ministérielles

CP 1967-1616, Gaz C II, 1350.

Décision concernant les critères, les groupes de critères et le classement sur la base desquels le ministre invite un ressortissant étranger à présenter une demande de sélection à titre permanent dans le cadre du Programme régulier des travailleurs qualifiés, AM 2019-006, (2019) GOQ II, 4454A.

Règlement modifiant le Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2019-213.

Règlement sur la pondération applicable à la sélection des ressortissants étrangers, RLRQ, c I-0.2.1, r 4.

Règlement sur la prévention des troubles de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et sur l'utilisation du domaine public, RRVM, c P-6.

Règlement sur l'immigration au Québec, RLRQ, c I-0.2.1, r 3.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-27.

Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229.

Règles des cours fédérales, DORS/98-106.

Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22.

Jurisprudence

A c Centre hospitalier de St Mary, 2007 QCCA 358, [2007] RJQ 483.

Ali v Canada (Attorney General), 2017 ONSC 2660, 26 Admin LR (6th) 78.

Alvin Brown v Ministry of Public Safety, 2016 ONSC 7760, 273 ACWS (3d) 524

Attorney General of Canada v Cain, [1906] UKPC 55, [1906] AC 542.

Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 RCS 817, 174 DLR (4th).

Bains v Canada (Minister of Employment and Immigration), [1990] FCJ No 457.

Brown c Canada (Citoyenneté et Immigration), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 39408 (11 mars 2021).

Brown v Canada (Citizenship and Immigration), 2020 FCA 130, [2020] FCJ No 835.

Brown v Canada (Public Safety), 2018 ONCA 14, 420 DLR (4th) 124.

Brown c Canada (Citoyenneté et Immigration), 2017 CF 710.

Bruzzese c Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2014 CF 230, [2014] 2 RCF 693.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c B147, 2012 CF 655, 412 FTR 203.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c Conseil canadien pour les réfugiés, 2021 CAF 72, 458 DLR (4th) 125.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c Harkat, 2014 CSC 37, [2014] 2 RCS 33.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c X, 2010 CF 112, [2010] 1 RCF 493.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Thanabalasingham, 2004 CAF 4, 236 DLR (4th) 329.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov, 2019 CSC 65, 441 DLR (4th) 1.

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c Chiarelli, [1992] 1 RCS 711, 1992 CanLII 87.

Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c Jagjit Singh Farwaha, 2014 CAF 56, 455 NR 157.

Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Ahmed, 2019 CF 1006.

Canada (Sécurité Publique et Protection Civile) c Arook, 2019 CF 1130

Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Chhina, 2019 CSC 29, 433 DLR (4th) 381.

Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Ismail, 2014 CF 390 [2015] 3 RCF 53.

Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Lunyamila, 2016 CF 1199, [2017] 3 RCF 428.

Canada (Sécurité publique et Protection civile) c Taino, 2020 CF 427.

Cha c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 1 RCF 409, 349 NR 233.

Charkaoui c Canada (Citoyenneté et Immigration), 2007 CSC 9, [2007] 1 RCS 350.

Chaudhary v Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2015 ONCA 700, 38 Imm LR (4th) 210.

Chevez c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 709, [2008] 1 RCF 354.

Chhina v Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2017 ABCA 248, 415 DLR (4th) 732.

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

Dehghani c Canada, [1993] 1 RCS 1053, [1993] ACS no 38.

Doré c Barreau du Québec, 2012 CSC 12, [2012] 1 RCS 395.

Dunsmuir c Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190.

Ebrahim Toure v Minister of Public Safety, 2017 ONSC 5878, 53 Imm LR (4th) 188.

École secondaire Loyola c Québec (Procureur général), 2015 CSC 12, [2015] 1 RCS 613.

Établissement de Mission c Khela, 2014 CSC 24, [2014] 1 RCS 502.

Huynh c Canada, [1996] 2 CF 976, 134 DLR (4th) 612.

Igbinosa c Canada (Sécurité publique et de la Protection civile), 2008 CF 1372, 345 FTR 24.

Kindler c Canada (Ministre de la Justice), [1991] 2 RCS 779, 1991 CanLII 78.

Konate c Canada (Citoyenneté et Immigration), 2019 CF 170.

Law Society of British Columbia c Mangat, 2001 CSC 67, [2001] 3 RCS 113.

Lewis c Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2017 CAF 130, 23 Admin LR (6th) 185.

Li v Canada (Citizenship and Immigration), 2007 FC 941, 319 FTR 14.

Lunyamila c Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2018 CAF 22, 419 DLR (4th) 566.

May c Établissement Ferndale, 2005 CSC 82, [2005] 3 RCS 809.

McKenzie c Canada (Citoyenneté et Immigration), [2019] 2019 CF 555.

Medovarski c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); Esteban c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CSC 51, [2005] 2 RCS 539.

Mendoza c. Canada (Sécurité publique et de la Protection civile), 2007 CF 934, 317 FTR 118.

Osborne c Canada, [1991] 2 RCS 69, 82 DLR (4th) 321.

Patrick Lajeunesse c Agence France-Presse et La Presse (16 avril 2021), D2019-11-152, en ligne : Conseil de Presse du Québec <conseildepresse.qc.ca/decisions/d2019-11-152>.

Peiroo v Canada (Minister of Employment and Immigration), 69 OR (2d) 253, 1989 CanLII 184 (ONCA).

R c Beaudry, 2007 CSC 5, [2007] 1 RCS 190.

R c Beare, [1988] 2 RCS 387, 55 DLR (4th) 481.

R c Lyons, [1987] 2 RCS 309, 44 DLR (4th) 193.

R c Miller, [1985] 2 RCS 613, 24 DLR (4th) 9.

R c Oakes, [1986] 1 RCS 103, 26 DLR (4th) 200.

Roncarelli v Duplessis, [1959] SCR 121.

R v Ogamien, 2016 ONSC 4126, [2016] OJ No 4002.

Reza c Canada, [1994] 2 RCS 394, 116 DLR (4th) 61.

Sahin c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1995] 1 CF 214, 1994 CanLII 3521.

Scotland v Canada (Attorney General), 2017 ONSC 4850, 52 Imm LR (4th) 188.

Sharma c Canada (Sécurité publique et Protection civile), [2016] CAF 319, 48 Imm LR (4th) 175.

Singh c Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 RCS 177, 17 DLR (4th) 422.

Sittampalam c Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2006 CF 1118, 300 FTR 48.

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038, [1989] A.C.S. no 45.

Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration), 2002 CSC 1, [2002] 1 RCS 3.

The King v Jeu Jang How, [1919] 59 RCS 175, 50 DLR 41.

Vaaro and others v. The King (1932), [1933] SCR 36, 1932 CanLII 77.

Villeneuve c Ville de Montréal, 2018 QCCA 321, AZ-51473747.

Villeneuve c Montréal (Ville de), 2016 QCCS 2888, AZ-51298968.

Wang et al v Canada (Attorney General), 2017 ONSC 2841, [2017] OJ No 2438.

Winko c Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute), [1999] 2 RCS 625, 175 DLR (4th) 193.

Yakoubi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2019 CF 776.

YZ c Canada (Citoyenneté et Immigration), 2015 CF 892, [2016] 1 RCF 575.

Jurisprudence étrangère

Chae Chan Ping v United States, 130 US 581 (1889).

Yamataya v Fisher, 189 US 86 (1903).

Wong Wing v United States, 163 US 228 (1896).

Monographies

Abella, Irving et Harold Troper, *None Is Too Many: Canada and the Jews of Europe, 1933-1948*, Toronto, University of Toronto Press, 2012.

Agier, Michel, *L'Étranger qui vient. Repenser l'hospitalité*, Paris, Seuil, 2018.

Aiken, Sharryn J, Catherine Dauvergne, Donald Galloway, Colin Grey et Audrey Macklin, *Immigration and Refugee Law: Cases, Materials, and Commentary*, Toronto, Emond, 2015.

Anderson, Bridget, *Us and Them? The Dangerous Politics of Immigration Control*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Astier, Isabelle, *Les nouvelles règles du social*, Paris, Presses universitaires de France, 2007.

Austin, John, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1991.

Beaud, Olivier, *La puissance de l'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1994.

Beaud, Stéphane et Florence Weber, *Guide de l'enquête de terrain. Produire et analyser des données ethnographiques*, 4^e éd, Paris, la Découverte, 2010.

Beck, Ulrich, *La société du risque*, Paris, Aubier, 1986.

Benyekhlef, Karim, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2^e éd, Montréal, Les Éditions Thémis, 2015.

Berger, Peter L et Thomas Luckmann, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Armand Colin, 2012.

Blake, Sara, *Administrative Law in Canada*, 5^e éd, Markham, LexisNexis Canada, 2011.

Bosworth, Mary, *Inside Immigration Detention*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Bosworth, Mary, Alpa Parmar et Yolanda Vázquez, *Race, Criminal Justice, and Migration Control: Enforcing the Boundaries of Belonging*, 1 éd, Oxford, Oxford University Press, 2018.

Bourdieu, Pierre, *Ce que parler veut dire : l'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.

Buzan, Barry, Ole Waever et Jaap de Wilde, *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1998.

Carens, Joseph H, *The Ethics of Immigration*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Castel, Robert, *La gestion des risques : de l'anti-psychiatrie à l'après-psychanalyse*, Paris, Éditions de Minuit, 1981.

- Castel, Robert, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, Seuil, 2003.
- Castracani, Lucio, *Ils viennent pour travailler: enquête ethnographique parmi les ouvriers agricoles migrants au Québec*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2019.
- Combessie, Jean-Claude, *La méthode en sociologie*, Paris, La Découverte, 1996.
- Côté, Pierre-André et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 5^e éd, Montréal, Éditions Thémis, 2021.
- Côté-Boucher, Karine, *Borders Frictions. Gender, Generation and Technology on the Frontline*, New York, Routledge, 2020.
- Dauvergne, Catherine, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Deflem, Mathieu, *Sociology of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- Delpuech, Thierry, Laurence Dumoulin et Claire de Galember, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris, Armand Colin, 2014.
- Desloges, Chantal, Cathryn Sawicki et Lynn Fournier-Ruggles, *Canadian Immigration and Refugee Law: A Practitioner's Handbook*, 2^e éd, Toronto, Emond, 2019.
- Dorlin, Elsa, *Se défendre: une philosophie de la violence*, Paris, Zones, 2017.
- Dozois, Jean, Michèle Lalonde et Jean Poupart, *Construction sociale de la dangerosité, pratique criminologique et système pénal*, Québec, Conseil québécois de la recherche sociale, 1989.
- Dubois, Vincent, *Contrôler les assistés. Genèses et usages d'un mot d'ordre*, Paris, Raisons d'agir, 2021.
- Dubois, Vincent, *La vie au guichet. Relation administrative et traitement de la misère*, 2^e éd, Paris, Economica, 2003.
- Dufour, Pascale, Gérard Boismenu et Alain Noël, *L'aide au conditionnel. La contrepartie dans les mesures envers les personnes sans emploi en Europe et en Amérique du Nord*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2003.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- Elias, Norbert et John L Scotson, *Logiques de l'exclusion*, Paris, Fayard, 1997.
- Ericson, Richard V, *Policing the Risk Society*, Toronto, University of Toronto Press, 2008.
- Estévez, Ariadna, *Human Rights, Migration, and Social Conflict. Toward a Decolonized Global Justice*, New York, Palgrave Macmillan, 2012.
- Evans, Tony, *Professional Discretion in Welfare Services: Beyond Street-Level Bureaucracy*, Farnham, Surrey, Ashgate, 2010.
- Farbey, Judith, Robert J Sharpe et Simon Attril, *The Law of Habeas Corpus*, 3^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Fassin, Didier, *La force de l'ordre. Une anthropologie de la police des quartiers*, Paris, Éditions du Seuil, 2011.

- FitzGerald, David, *Refuge Beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, New York, Oxford University Press, 2019.
- Foucault, Michel, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Gallimard/Seuil, 2006.
- Foucault, Michel, « *Il faut défendre la société* ». *Cours au Collège de France. 1975-1976*, Paris, Gallimard/Seuil, 2006.
- Foucault, Michel, *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, Paris, Gallimard/Seuil, 1999.
- Foucault, Michel, *Histoire de la sexualité. 1. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.
- Foucault, Michel, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.
- Foucault, Michel, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971.
- Friedberg, Erhard, *Le pouvoir et la règle. Dynamiques de l'action organisée*, Paris, Éditions du Seuil, 1993.
- Gagnon, Yves-Chantal, *L'étude de cas comme méthode de recherche*, Sainte-Foy, Presses de l'Université du Québec, 2005.
- Garant, Patrice, *Droit administratif*, 7^e éd, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017.
- Garland, David, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Garland, David, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1985.
- Gaudet, Stéphanie et Dominique Robert, *L'aventure de la recherche qualitative. Du questionnement à la rédaction scientifique*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2018.
- Gurvitch, Georges, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Dalloz, 2012 Hacking, Ian, *Entre science et réalité : la construction sociale de quoi?*, Paris, La Découverte, 2001.
- Hage, Ghassan, *Le loup et le musulman: le racisme est-il une menace écologique ?*, Marseille, Wildproject, 2017.
- Harcourt, Bernard E, *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.
- Hassenteufel, Patrick, *Sociologie politique: l'action publique*, Paris, Armand Colin, 2016.
- Hathaway, James C, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Hunt, Lynn Avery, *Inventing Human Rights: A History*, New York, W W Norton & Company, 2008.
- Issalys, Pierre et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 4^e éd, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2020.
- Jones, David P et Anne S De Villars, *Principles of Administrative Law*, 5^e éd, Toronto, Carswell, 2009.

- Kelley, Ninette et Michael Trebilcock, *The Making of the Mosaic. A History of Canadian Immigration Policy*, 2^e éd, Toronto, University of Toronto Press, 2010.
- Knowles, Valerie, *Strangers at Our Gates: Canadian Immigration and Immigration Policy, 1540-2015*, 4^e éd, Toronto, Dundurn Press, 2016.
- Mace, Gordon et François Pétry, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche en sciences sociales*, 2^e éd, Québec, Presses de l'Université Laval, 2000.
- Lajoie, Andrée, *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.
- Lascoumes, Pierre et Patrick Le Galès, *Sociologie de l'action publique*, Malakoff, Armand Colin, 2018.
- Latour, Bruno, *La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La Découverte, 2004.
- Le Breton, David, *Sociologie du risque*, 1^e éd, Que sais-je?, Paris, Presses universitaires de France, 2012.
- Lemieux, Pierre, *Droit administratif. Doctrine et jurisprudence*, 5 ed, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, 2011.
- Lipsky, Michael, *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*, 2^e éd, New York, Russell Sage Foundation, 2010.
- MacLennan, Christopher, *Toward the Charter: Canadians and the Demand for a National Bill of Rights, 1929-1960*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2003.
- Mary, Philippe, *Insécurité et pénalisation du social*, Bruxelles, Éditions Labor, 2003.
- Maynard, Robyn, *NoirEs sous surveillance: esclavage, répression et violence d'État au Canada*, 2018.
- Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1999.
- Ollivier-Gobeil, Jeanne, *Les nouvelles formes de servitude et le rôle du droit: le cas de la privation de mobilité des travailleurs agricoles migrants au Canada*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018.
- Paillé, Pierre et Alex Mucchielli, *L'analyse qualitative en sciences humaines et sociales*, 3^e éd, Paris, Armand Colin, 2012.
- Palidda, Salvatore, *Racial Criminalization of Migrants in 21st Century*, Farnham, Ashgate, 2011.
- Paquet, Mireille, *La fédéralisation de l'immigration au Canada*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2017.
- Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 1979.
- Piven, Frances Fox et Richard A Cloward, *Regulating the Poor: The Functions of Public Welfare*, New York, Vintage Books, 1972.
- Pratt, Anna, *Securing Borders. Detention and Deportation in Canada*, Vancouver, UBC Press, 2005.

- Roberts, Barbara Ann, *Whence They Came: Deportation from Canada, 1900-1935*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1988.
- Rocher, Guy, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2016.
- Salyer, Lucy E, *Laws Harsh as Tigers. Chinese Immigrants and the Shaping of Modern Immigration Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995.
- Satzewich, Vic, *Points of Entry: How Canada's Immigration Officers Decide Who Gets In*, Vancouver, UBC Press, 2016.
- Satzewich, Vic et Nikolaos Liodakis, « *Race* » and *Ethnicity in Canada: A Critical Introduction*, 3^e éd, Don Mills, Oxford University Press, 2013.
- Simon, Herbert A, *Models of Man*, New York, John Wiley & Sons, 1957.
- Sondarjee, Maïka, *Perdre le Sud: décoloniser la solidarité internationale*, Montréal, écosociété, 2020.
- Sossin, Lorne et Emily Lawrence, *Administrative Law in Practice: Principles and Advocacy*, Toronto, Emond, 2018.
- Spire, Alexis, *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Paris, Raisons d'agir, 2008.
- Timsit, Gérard, *Archipel de la norme*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.
- Timsit, Gérard, *Gouverner ou juger : blasons de la légalité*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- Timsit, Gérard, *Les noms de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1991.
- Torpey, John, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Tremblay, André, *Droit constitutionnel. Principes*, 2^e ed, Montréal, Éditions Thémis, 2000.
- Wacquant, Loïc, *Les prisons de la misère*, Paris, Raisons d'agir, 1999.
- Wacquant, Loïc, *Punir les pauvres : le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*, Marseille, Agone, 2004.
- Waldman, Lorne, *Canadian Immigration & Refugee Law Practice 2018*, Toronto, LexisNexis Canada, 2017.
- Walker, Barrington, *The History of Immigration and Racism in Canada: Essential Readings*, Toronto, Canadian Scholars' Press, 2008.
- Walzer, Michael, *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997.
- Wilsher, Daniel, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Wihtol de Wenden, Catherine, *La question migratoire au XXI^e siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.
- Wise, Tim J, *White Like Me: Reflections on Race from a Privileged Son*, New York, Soft Skull Press, 2008.

Yin, Robert K, *Case Study Research. Design and Methods*, 5^e éd, Thousand Oaks, Sage Publications, 2014.

Zedner, Lucia, *Security*, New York, Routledge, 2009.

Périodiques

Abizadeh, Arash, « Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders » (2008) 36:1 *Political Theory* 37.

Abji, Salina, « ‘Because Deportation is Violence Against Women’: On the Politics of State Responsibility and Women’s Human Rights » (2016) 23:4 *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society* 483.

Akbari, Ather H et Martha MacDonald, « Immigration Policy in Australia, Canada, New Zealand, and the United States: An Overview of Recent Trends » (2014) 48:3 *International Migration Review* 801.

Aliverti, Ana, « Making People Criminal: The Role of the Criminal Law in Immigration Enforcement » (2012) 16:4 *Theoretical Criminology* 417.

Ancelovici, Marcos, « Conceptualizing the Context of Collective Action: An Introduction » (2021) 20:2 *Social Movement Studies* 125.

Anderson, Christopher G, « Out of Sight, Out of Mind: Electronic Travel Authorization and the Interdiction of Asylum Seekers at the Canada–US Security Perimeter » (2017) 47:4 *American Review of Canadian Studies* 385.

Anstis, Siena, Joshua Blum et Jared Will, « Separate but Unequal: Immigration Detention in Canada and the Great Writ of Liberty » (2017) 63:1 *RD McGill* 1.

Arbel, Efrat, « Bordering the Constitution, Constituting the Border » (2016) 53:3 *Osgoode Hall LJ* 824.

Arbel, Efrat et Ian C Davis, « Immigration Detention and the Problem of Time: Lessons from Solitary Confinement » (2018) 4:4 *International Journal of Migration and Border Studies* 326.

Atak, Idil et François Crépeau, « Managing Migrations at the External Borders of the European Union: Meeting the Human Rights Challenges » (2014) 3:5 *European Journal of Human Rights* 591.

Atak, Idil, Graham Hudson et Delphine Nakache, « The Securitisation of Canada’s Refugee System: Reviewing the Unintended Consequences of the 2012 Reform » (2018) 37:1 *Refugee Survey Quarterly* 1.

Badrudin, Marie, « Ethnographie de la gestion des illégalismes boursiers » (2018) 15 *Champ pénal/Penal field*.

Balzacq, Thierry, « The Three Faces of Securitization: Political Agency, Audience and Context » (2005) 11:2 *European Journal of International Relations* 171.

Beckett, Katherine et Steve Herbert, « Dealing with Disorder: Social Control in the Post-Industrial City » (2008) 12:1 *Theoretical Criminology* 5.

- Beckett, Katherine et Bruce Western, « Governing Social Marginality: Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy » (2001) 3:1 *Punishment & Society* 43.
- Belkhodja, Chedly et Catherine Xhardez, « “Nous sommes de retour !” : Justin Trudeau et la gestion de l’immigration » (2020) 89 *Revue interdisciplinaire des études canadiennes en France* 179.
- Bernheim, Emmanuelle, « Le pluralisme normatif appliqué. Une étude de la mobilisation des normes par les acteurs sociaux dans le champ psychiatrique » (2013) 85 *Droit et Société* 669.
- Bernheim, Emmanuelle, « De l’existence d’une norme de l’anormal. Portée et valeur de la recherche empirique au regard du droit vivant : une contribution à la sociologie du droit » (2011) 52:3-4 *Les Cahiers de droit* 461.
- Bernheim, Emmanuelle, « Une tension normative irréconciliable. Les discours psychiatriques et juridiques sur le risque psychiatrique » (2009) 40 *RDUS* 31.
- Bhuyan, Rupaleem, Anna C Korteweg et Karin Baqi, « Regulating Spousal Migration through Canada’s Multiple Border Strategy: The Gendered and Racialized Effects of Structurally Embedded Borders » (2018) 40:4 *Law & Policy* 346
- Bigo, Didier, « The (in)securitization Practices of the Three Universes of EU Border Control: Military/Navy – Border Guards/Police – Database Analysts » (2014) 45:3 *Security Dialogue* 209.
- Bigo, Didier, « Sécurité et immigration » (1998) 31-32 *Cultures & Conflits*, en ligne : <journals.openedition.org/conflits/537>.
- Bigo, Didier, « Sécurité et immigration : vers une gouvernementalité par l’inquiétude ? » (1998) 31-32 *Cultures & Conflits* au para 9, en ligne : <journals.openedition.org/conflits/539>.
- Blais, Étienne, Marie-Andrée Couture, Rémi Boivin et Brigitte Poirier, « Pouvoir discrétionnaire, infractions routières et interventions policières » (2017) 50:2 *Criminologie* 257.
- Blake, Michael, « Immigration and Political Equality » (2008) *San Diego Law Review* 963.
- Blankenburg, Erhard, « The Selectivity of Legal Sanctions: An Empirical Investigation of Shoplifting Paper » (1976) 11 *Law & Society Review* 109.
- Bosworth, Mary, « Subjectivity and Identity in Detention: Punishment and Society in a Global Age » (2012) 16:2 *Theoretical Criminology* 123.
- Bourbeau, Philippe, « Processus et acteurs d’une vision sécuritaire des migrations : le cas du Canada » (2013) 29:4 *Revue européenne des migrations internationales* 21.
- Broeders, Dennis, « Return to sender? Administrative detention of irregular migrants in Germany and the Netherlands » (2010) 12:2 *Punishment & Society* 169.
- Brouwer, Andrew et Judith Kumin, « Interception and Asylum: When Migration Control and Human Rights Collide » (2003) 21:4 *Refuge* 6.
- Cameron, Hilary Evans, « Risk Theory and ‘Subjective Fear’: The Role of Risk Perception, Assessment, and Management in Refugee Status Determinations » (2008) 20:4 *International Journal of Refugee Law* 567.

- Carver, Peter J, « A Failed Discourse of Distrust Amid Significant Procedural Change: The Harper Government's Legacy in Immigration and Refugee Law » (2016) 21 *Review of Constitutional Studies* 209.
- Castel, Robert, « De la dangerosité au risque » (1983) 47 *Actes de la recherche en sciences sociales* 119.
- Ceyhan, Ayse et Anastassia Tsoukala, « The Securitization of Migration in Western Societies: Ambivalent Discourses and Policies » (2002) 27:1 *Alternatives: Global, Local, Political* 21.
- Chambliss, William J, « A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy » (1964) 12 *Social Problems* 67.
- Chartrand, Tyler et Leah F Vosko, « Canada's Temporary Foreign Worker and International Mobility Programs: Charting Change and Continuity Among Source Countries » (2021) 59:2 *International Migration* 89.
- Cholewinski, Ryszard et Patrick Taran, « Migration, Governance and Human Rights: Contemporary Dilemmas in the Era of Globalization » (2009) 28:4 *Refugee Survey Quarterly* 1.
- Cleveland, Janet, Véronique Dionne-Boivin et Cécile Rousseau, « L'expérience des demandeurs d'asile détenus au Canada » (2013) 46:1 *Criminologie* 107
- Cleveland, Janet et Cécile Rousseau, « Psychiatric Symptoms Associated with Brief Detention of Adult Asylum Seekers in Canada » (2013) 58:7 *Canadian Journal of Psychiatry* 409.
- Coddington, Kate, « The Slow Violence of Life without Cash: Borders, State restrictions, and Exclusion in the U.K. and Australia » (2019) 109:4 *Geographical Review* 527.
- Côté-Boucher, Karine, « Of "Old" and "New" Ways: Generations, Border Control and the Temporality of Security » (2018) 22:2 *Theoretical Criminology* 149.
- Côté-Boucher, Karine, « The Paradox of Discretion: Customs and the Changing Occupational Identity of Canadian Border Officers » (2016) 56:1 *British Journal of Criminology* 49.
- Côté-Boucher, Karine et Ariane Marie Galy, « La zone grise : les mutations du secret aux frontières canadiennes et américaines » (2020) 118 *Cultures & Conflits* 89.
- Côté-Boucher, Karine, Federica Infantino et Mark B Salter, « Border Security as Practice: An Agenda for Research » (2014) 45:3 *Security Dialogue* 195.
- Crépeau, François et Delphine Nakache, « Controlling Irregular Migration in Canada – Reconciling Security Concerns with Human Rights Protection » (2006) 12:1 *IRPP Choices* 1.
- Dauvergne, Catherine, « How the Charter Has Failed Non-citizens in Canada: Reviewing Thirty Years of Supreme Court of Canada Jurisprudence » (2013) 58:3 *McGill LJ* 663.
- Dauvergne, Catherine, « Security and Migration Law in the Less Brave New World » (2007) 16:4 *Social & Legal Studies* 533.
- Dawson, Carrie, « Refugee Hotels: The Discourse of Hospitality and the Rise of Immigration Detention in Canada » (2014) 83:4 *University of Toronto Quarterly* 826.
- De Genova, Nicholas, « The "Migrant Crisis" as Racial Crisis: Do Black Lives Matter in Europe? » (2018) 41:10 *Ethnic and Racial Studies* 1765

- De Genova, Nicholas, « Spectacles of migrant ‘illegality’: the scene of exclusion, the obscene of inclusion » (2013) 36:7 *Ethnic and Racial Studies* 1180.
- Di Tomasso, Lara, « More Equal Than Others: The Discursive Construction of Migrant Children and Families in Canada » (2012) 2 & 3 *International Journal of Child, Youth and Family Studies* 331.
- Dubois, Vincent et Marion Lieutaud, « La «fraude sociale» en questions. La naturalisation d’une thématique politique au prisme des questions à l’Assemblée nationale (1986-2017) » (2020) 70:3 *Revue française de science politique* 341.
- Dufour, Frédérick Guillaume et Mathieu Forcier, « Immigration, néoconservatisme et néolibéralisme après la crise de 2008: le nouveau régime de citoyenneté canadien à la lumière des trajectoires européennes » (2015) 52 *Revue Interventions économiques*, en ligne : <interventionseconomiques.revues.org/2514>.
- Dumez, Hervé, « Qu’est-ce que la recherche qualitative? » (2011) 7:4 *Le Libellio d’Aegis* 47.
- Dupuis-Déri, Francis, « Émergence de la notion de profilage politique : Répression policière et mouvements sociaux au Québec » (2014) 33:3 *Politique et Sociétés* 31.
- Düvell, Franck, « Paths into Irregularity: The Legal and Political Construction of Irregular Migration » (2011) 13 *European Journal of Migration & Law* 275.
- Edwards, Alice, « La détention examinée à la loupe » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 4.
- El-Lahib, Yahya et Samantha Wehbi, « Immigration and Disability: Ableism in the Policies of the Canadian State » (2012) 55:1 *International Social Work* 95.
- Esses, Victoria M, Stelian Medianu et Andrea S Lawson, « Uncertainty, Threat, and the Role of the Media in Promoting the Dehumanization of Immigrants and Refugees » (2013) 69:3 *Journal of Social Issues* 518.
- Farmer, Alice, « L’impact de la détention pour cause d’immigration sur les enfants » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 14.
- Fassin, Didier, « Pouvoir discrétionnaire et politiques sécuritaires » (2014) 201-202:1 *Actes de la recherche en sciences sociales* 72.
- Federman, Mark, « On the Media Effects of Immigration and Refugee Board Hearings via Videoconference » (2006) 19:4 *Journal of Refugee Studies* 433.
- Ferrer, Ana M, Garnett Picot et William Craig Riddell, « New Directions in Immigration Policy: Canada’s Evolving Approach to the Selection of Economic Immigrants » (2014) 48:3 *International Migration Review* 846.
- Fischer, Nicolas et Mathilde Darley, « Le traitement de l’immigration, entre logique administrative et logique pénale » (2010) 7 *Champ pénal/ Penal field*.
- Fleury, Charles, Danièle Bélanger et Guillaume Haemmerli, « Les travailleurs étrangers temporaires au Canada : une sous-classe d’employés ? » (2018) 47:1 *Cahiers québécois de démographie : revue internationale d’étude des populations* 81.
- Flynn, Michael, « Attention à ce que vous souhaitez » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 22.

- Forcier, Mathieu, « Patrouille des frontières nationales et représentations racialisées: Analyse de commentaires en ligne sur les réfugiés syriens au Québec » (2019) 35:1 *Refuge* 43.
- Foster, Stephen, « Immigration Detention » (1992) 8 *Journal of Law & Social Policy* 107.
- Galloway, Donald, « Liberalism, Globalism, and Immigration » (1993) 18 *Queen's LJ* 266.
- Galy, Ariane Marie, « La gestion des frontières par le traitement différencié des voyageurs. Réflexion croisée sur la France et les États-Unis » (2021) 93:4 *Critique internationale* 137.
- Gaudreau, Julie, « Quel droit à l'égalité pour les non-citoyens ? Réflexion inspirée de l'affaire Charkaoui » (2008) 49:2 *C de D* 205.
- Gauvreau, Catherine et Glynis Williams, « Detention in Canada: Are We on the Slippery Slope? » (2002) 20:3 *Refuge* 68.
- Grey, Colin, « Thinkable: The Charter and Refugee Law after Appulonappa and B010 » (2016) 76:2 *SCLR* 111.
- Giroux, André, « Capacité juridique de la femme mariée. 40 ans depuis le grand coup de barre » (2014) 36:13 *Journal du Barreau*, en ligne : [<www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol36/no13/femme.html>](http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol36/no13/femme.html).
- Golightley, Malcolm et Margaret Holloway, « Editorial » (2016) 46:1 *The British Journal of Social Work* 1.
- Gottfredson, Stephen D et Laura J Moriarty, « Statistical Risk Assessment: Old Problems and New Applications » (2006) 52:1 *Crime & Delinquency* 178.
- Hamidi, Camille et Mireille Paquet, « Redessiner les contours de l'État : la mise en oeuvre des politiques migratoires » (2019) 83 *Lien social et Politiques* 5.
- Hanes, Roy, « None is Still Too Many: An Historical Exploration of Canadian Immigration Legislation As It Pertains to People with Disabilities » (2009) 37:1/2 *Developmental Disabilities Bulletin* 91.
- Helbling, Marc et David Leblang, « Controlling immigration? How regulations affect migration flows » (2019) 58:1 *European Journal of Political Research* 248.
- Helly, Denise, « La légitimité en panne ? Immigration, sécurité, cohésion sociale, nativisme » (2009) 74 *Cultures & Conflits* 11.
- Hernandez-Ramirez, Alejandro, « The Political Economy of Immigration Securitization: Nation-Building and Racialization in Canada » (2019) 100:2 *Studies in Political Economy* 111.
- Hoekema, André, « La production des normes juridiques par les administrations » (1994) 27:1 *Droit et Société* 303.
- Hon-Sing Wong, Edward, « Not Welcome. A Critical Analysis of Ableism in Canadian Immigration Policy from 1869 to 2011 » (2012) 4:0 *Critical Disability Discourses/Discours critiques dans le champ du handicap*, en ligne : [<cdd.journals.yorku.ca/index.php/cdd/article/view/34877>](http://cdd.journals.yorku.ca/index.php/cdd/article/view/34877).
- Houston, Serin, « Conceptualizing Sanctuary as a Process in the United States » (2019) 109:4 *Geographical Review* 562.

- Huot, Suzanne, Andrea Bobadilla, Antoine Baillard et Debbie Laliberté Rudman, « Constructing Undesirables: A Critical Discourse Analysis of ‘Othering’ Within the Protecting Canada’s Immigration System Act » (2015) 54:2 *International Migration* 131.
- Hurwitz, Paula, « New Detention Provisions of the Immigration Act: Can They Withstand a Charter Challenge? » (1989) 47:2 *University of Toronto Faculty of Law Review* 587.
- Huysmans, Jef, « The European Union and the Securitization of Migration » (2000) 38:5 *Journal of Common Market Studies* 751.
- Hyndman, Jennifer et Alison Mountz, « Another Brick in the Wall? Neo-Refoulement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe » (2008) 43:2 *Government and Opposition* 249.
- Jannard, Louis-Philippe, « Contributions et limites de la surdétermination pour l’étude empirique des pratiques administratives relatives à la détention des personnes non citoyennes au Canada » (2020) 50:Hors-série RGD 183.
- Jannard, Louis-Philippe, « Le traitement jurisprudentiel du trafic de migrants en droit comparé: Un désaveu des dispositions législatives canadiennes » (2009) 47 *ACDI* 57.
- Jordan, Bill, Bo Stråth et Anna Triandafyllidou, « Contextualising Immigration Policy Implementation in Europe » (2003) 29:2 *Journal of Ethnic and Migration Studies* 195
- Kalir, Barak, « The Uncomfortable Truth About Luck: Reflections on Getting Access to the Spanish State Deportation Field » (2019) 27:S1 *Social Anthropology* 84.
- Kotsioni, Ioanna, Aurélie Ponthieu et Stella Egidi, « La santé mise en danger dans les centres de détention de l’immigration » (2013) 33 *Revue Migrations Forcées* 11.
- Kronick, Rachel et Cécile Rousseau, « Rights, Compassion and Invisible Children: A Critical Discourse Analysis of the Parliamentary Debates on the Mandatory Detention of Migrant Children in Canada » (2015) 28:3 *Journal of Refugee Studies* 1.
- Kronick, Rachel, Cécile Rousseau et Janet Cleveland, « Refugee Children’s Sandplay Narratives in Immigration Detention in Canada » (2018) 27:4 *European child & adolescent psychiatry* 423.
- Kronick, Rachel, Cécile Rousseau et Janet Cleveland, « Asylum-Seeking Children’s Experiences of Detention in Canada: A Qualitative Study » (2015) 85:3 *American Journal of Orthopsychiatry* 287.
- Kyriakides, Christopher, Dina Taha, Carlo Handy Charles et Rodolfo D. Torres, « Introduction: The Racialized Refugee Regime » (2019) 35:1 *Refuge* 3.
- Lajoie, Andrée, Cécile Bergada et Katherine Gauthier, « Claire L’Heureux-Dubé, la Cour suprême et les minorités » (2003) 15:1 *CJWL* 28.
- Lajoie, Andrée, Régine Robin, Sébastien Grammond, Henry Quillinan, Louise Rolland, Stéphane Perreault et Armelle Chitrit, « Les représentations de société libre et démocratique à la cour Dickson: la rhétorique dans le discours judiciaire canadien » (1994) 32 *Osgoode Hall LJ* 295.
- Leerkes, Arjen et Mieke Kox, « Pressured into a Preference to Leave? A Study on the “Specific” Deterrent Effects and Perceived Legitimacy of Immigration Detention » (2017) 51:4 *Law & Society Review* 895.

- Legomsky, Stephen H, « The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms » (2007) 64:2 Washington & Lee Law Review 469.
- Liew, Jamie, Pia Zambelli, Pierre-André Thériault et Maureen Silcoff, « Not Just the Luck of the Draw? Exploring Competency of Counsel and Other Qualitative Factors in Federal Court Refugee Leave Determinations (2005-2010) » (2021) 37:1 Refuge 61.
- Linteau, Isabelle, Chloé Leclerc et Denis Lafortune, « Détermination de la peine et dilemmes éthiques dans le système de justice des mineurs : comprendre la prise de décision des acteurs judiciaires » (2018) 15 Champ pénal/Penal field.
- Liston, Mary, « Witnessing Arbitrariness: Roncarelli v. Duplessis Fifty Years On Special Issue: The Legacy of Roncarelli v. Duplessis, 1959-2009 » (2010) 55:3 McGill LJ 689.
- Lochak, Danièle, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique » (2013) 144:1 Pouvoirs 33.
- Lundström, Ragnar, « Framing Fraud: Discourse on Benefit Cheating in Sweden and the UK » (2003) 28:6 European Journal of Communication 630.
- Maillet, Pauline, Alison Mountz et Kira Williams, « Exclusion Through Imperio: Entanglements of Law and Geography in the Waiting Zone, Excised Territory and Search and Rescue Region » (2018) 27:2 Social & Legal Studies 142.
- Mainwaring, Cetta, « Constructing a Crisis: the Role of Immigration Detention in Malta » (2012) 18:6 Population, Space and Place 687.
- Martineau, Stéphane, « L'éthique en recherche qualitative: quelques pistes de réflexion » (2007) 5 Recherches qualitatives 70.
- Martinez-Aranda, Mirian G, « Collective Liminality: The Spillover Effects of Indeterminate Detention on Immigrant Families » (2020) 54:4 Law & Society Review 755.
- Mezzadra, Sandro et Brett Neilson, « Frontières et inclusion différentielle » (2010) 67:1 Rue Descartes 102.
- Moffette, David, « Immigration et criminalisation au Canada : état des lieux » (2019) 52:2 Criminologie 349.
- Moffette, David et Jennifer Ridgley, « Sanctuary City Organizing in Canada: From Hospitality to Solidarity » (2018) 1:1 Migration and Society 147.
- Moffette, David et Shaira Vadasaria, « Uninhibited Violence: Race and the Securitization of Immigration » (2016) 4:3 Critical Studies on Security 291.
- Moffette, David et William Walters, « Flickering Presence: Theorizing Race and Racism in the Governmentality of Borders and Migration » (2018) 12:1 Studies in Social Justice 92.
- Molnar Diop, Petra, « The "Bogus" Refugee: Roma Asylum Claimants and Discourses of Fraud in Canada's Bill C-31 » (2014) 30:1 Refuge 67.
- Mountz, Alison, « Embodying the Nation-State: Canada's Response to Human Smuggling » (2004) 23:3 Political Geography 323.

- Mountz, Alison, Kate Coddington, R Tina Catania et Jenna M Loyd, « Conceptualizing Detention: Mobility, Containment, Bordering, and Exclusion » (2013) 37:4 *Progress in Human Geography* 522.
- Nakache, Delphine, « Détention des demandeurs d'asile au Canada : des logiques pénales et administratives convergentes » (2013) 46:1 *Criminologie* 83.
- Neylon, Anne, « Ensuring Precariousness: The Status of Designated Foreign National under the Protecting Canada's Immigration System Act 2012 » (2015) 27:2 *International Journal of Refugee Law* 297.
- Niles, Chavon A, « Who gets in? The Price of Acceptance in Canada » (2018) 7:1 *Journal of Critical Thought and Praxis* 148.
- Noreau, Pierre, « Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social » (2001) 47:1 *RD McGill* 195.
- Noreau, Pierre, « Notions juridiques et réalité sociale : un éternel divorce ou un divorce nécessaire ? : le cas du droit de la famille » (1999) 33:2 *RJT* 307.
- Ost, François et Michel van de Kerchove, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? » (2000) 44:1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 1.
- Perelman, Chaïm, « L'usage et l'abus de notions confuses » (1978) 88 *Logique et analyse* 3.
- Perry, J Adam, « Barely Legal: Racism and Migrant Farm Labour in the Context of Canadian Multiculturalism » (2012) 16:2 *Citizenship Studies* 189.
- Phillips, Melissa, « Témoignages de l'intérieur des centres de détention australiens » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 10.
- Pickering, Sharon et Brandy Cochrane, « Irregular Border-Crossing Deaths and Gender: Where, How and Why Women Die Crossing Borders » (2013) 17:1 *Theoretical Criminology* 27.
- Pires, Alvaro P, « Deux thèses erronées sur les lettres et les chiffres » (1987) 5:2 *Cahiers de recherche sociologique* 85.
- Pratt, Anna, « Between a Hunch and a Hard Place: Making Suspicion Reasonable at the Canadian Border » (2010) 19:4 *Social & Legal Studies* 461.
- Pratt, Anna, « Dunking the Doughnut: Discretionary Power, Law and the Administration of the Canadian Immigration Act » (1999) 8 *Social & Legal Studies* 199.
- Pratt, Anna et Lorne Sossin, « A Brief Introduction of the Puzzle of Discretion » (2009) 24:3 *CJLS* 301.
- Pratt, Anna et Sara K Thompson, « Chivalry, 'Race' and Discretion at the Canadian Border » (2008) 48:5 *British Journal of Criminologie* 620.
- Priel, Dan, « Law Is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea » (2020) 68:3 *Buffalo Law Review* 899.
- Prins, Seth J et Adam Reich, « Criminogenic Risk Assessment: A Meta-Review and Critical Analysis » (2021) 23:4 *Punishment & Society* 578.

- Puthooppambil, Soorej Jose, Beth Maina-Ahlberg et Magdalena Bjerneld, « Des normes de détentions plus élevées contribuent-elles à promouvoir le bien-être ? » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 39.
- Rehaag, Sean, « Judicial Review of Refugee Determinations (II): Revisiting the Luck of the Draw » (2019) 45:1 *Queen's Law Journal* 1.
- Rehaag, Sean, « Judicial Review of Refugee Determinations: The Luck of the Draw? » (2012) 38:1 *Queen's Law Journal* 1.
- Rousseau, Cécile, François Crépeau, Patricia Foxen et France Houle, « The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-Making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board » (2002) 15:1 *J Refugee Studies* 43.
- Ryo, Emily, « Detention as Deterrence Essay » (2018) 71 *Stanford Law Review* 237.
- Sallée, Nicolas, « Accompagner, surveiller, (ne pas) dénoncer. Les pratiques de gestion des manquements dans le suivi hors les murs de jeunes délinquants à Montréal » (2018) 15 *Champ pénal/Penal field*.
- Sallée, Nicolas, Emmanuelle Bernheim, Guillaume Ouellet et Pierre Pariseau-Legault, « Au tribunal des risques. Contrôle, autocontrôle et tensions juridiques à la Commission d'examen des troubles mentaux (Québec, Canada) » (2022) 111:2 *Droit et société* 357.
- Sampson, Robyn, « Faire tomber ces barrières qui limitent la pensée » (2013) 44 *Revue Migrations Forcées* 42.
- Sharma, Nandita, « 'The New Order of Things': Immobility as Protection in the Regime of Immigration Controls » (2017) 9 *Anti-Trafficking Review* 31.
- Silverman, Stephanie J, « What Habeas Corpus Can (and Cannot) Do for Immigration Detainees: *Scotland v Canada* and the Injustices of Imprisoning Migrants » (2019) 34:1 *CJLS* 145.
- Silverman, Stephanie J et Petra Molnar, « Everyday Injustices: Barriers to Access to Justice for Immigration Detainees in Canada » (2016) 35:1 *Refugee Survey Quarterly* 109.
- Soussi, Sid Ahmed, « Les flux du travail migrant temporaire et la précarisation de l'emploi : une nouvelle figure de la division internationale du travail ? » (2013) 8:2 *Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail* 145.
- Stenning, Phillip C, « Discretion, Politics, and the Public Interest in "High-Profile" Criminal Investigations and Prosecutions » (2009) 24:3 *Revue canadienne droit et société* 337.
- Stumpf, Juliet, « The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime and Sovereign Power » (2006) 56:2 *American University Law Review* 367.
- Sylvestre, Marie-Ève, Dominique Bernier et Céline Bellot, « Zone Restrictions Orders in Canadian Courts and the Reproduction of Socio-Economic Inequality » (2015) 5:1 *Oñati Socio-Legal Series* 280.
- Taylor, Luke, « Designated Inhospitability: The Treatment of Asylum Seekers Who Arrive by Boat in Canada and Australia » (2015) 60:2 *McGill LJ* 333.
- Thévenin, Pierre, « Le droit hors de compte. L'aiguillage managérial de la discrétion policière » (2016) 40:2 *Déviance et Société* 165.

- Timsit, Gérard, « La transdiction à l'œuvre. Étude de cas » (1999) 7 *Enquête*, en ligne : <journals.openedition.org/enquete/1581>.
- Timsit, Gérard, « Sur l'engendrement du droit » (1988) *Revue de droit public* 39.
- Tomkinson, Sule, « Who Are You Afraid of and Why? Inside the Black Box of Refugee Tribunals » (2018) 61:2 *Canadian Public Administration* 184.
- van der Woude, Maartje et Joanne van der Leun, « Crimmigration Checks in the Internal Border Areas of the EU: Finding the Discretion That Matters » (2017) 14:1 *European Journal of Criminology* 27.
- van Eijk, Gwen, « Socioeconomic Marginality in Sentencing: The Built-in Bias in Risk Assessment Tools and the Reproduction of Social Inequality » (2017) 19:4 *Punishment & Society* 463.
- Velloso, João, « Au-delà de la criminalisation : l'immigration et les enjeux pour la criminologie » (2013) 46:1 *Criminologie* 55.
- Wacquant, Loïc, « La fabrique de l'État néolibéral. « Workfare », « Prisonfare » et insécurité sociale » (2010) 59:1 *Civilisations* 151.
- Walters, William, « Deportation, Expulsion, and the International Police of Aliens » (2002) 6:3 *Citizenship Studies* 265.
- Weber, Leanne et Benjamin Bowling, « Valiant Beggars and Global Vagabonds: Select, Eject, Immobilize » (2008) 12:3 *Theoretical Criminology* 355
- Welch, Michael et Liza Schuster, « Detention of Asylum Seekers in the US, UK, France, Germany, and Italy: A Critical View of the Globalizing Culture of Control » (2005) 5:4 *Criminology and Criminal Justice* 331.
- Weller, Jean-Marc, « Le mensonge d'Ernest Cigare : Problèmes épistémologiques et méthodologiques à propos de l'identité » (1994) 36:1 *Sociologie du travail* 25.
- Zauberman, Renée, « La répression des infractions routières : le gendarme comme juge » (1998) 40:1 *Sociologie du travail* 43.

Ouvrages collectifs

- Aas, Katja Franko, « The Ordered and the Bordered Society: Migration Control, Citizenship, and the Northern Penal State » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 20.
- Aiken, Sharryn J, « La sécurité nationale de l'immigration au Canada : déconstruire le discours des compromis » dans François Crépeau, Delphine Nakache et Idil Atak, dir, *Les migrations internationales contemporaines : Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, 172.
- Angermüller, Johannes, « L'analyse qualitative et quasi qualitative des textes » dans Pierre Paillé, dir, *La méthodologie qualitative. Postures de recherche et travail de terrain*, Paris, Armand Colin, 2006, 225.

- Atak, Idil et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018.
- Atak, Idil et James C Simeon, « Introduction. The Criminalization of Migration: Context and Consequences » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018, 3.
- Baumgartner, Martha, « The Myth of Discretion » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 129.
- Beauchemin, Jacques et Jean-François Bertrand, « Procédures administratives et judiciaires » dans Hugues Langlais et Hélène Mayrand, dir, *Droit de l'immigration et de la citoyenneté*, Montréal, LexisNexis, 2017, 175.
- Bell, John, « Discretionary Decision-Making: A Jurisprudential View » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 89.
- Bérard, Frédéric, « Fascicule 3 : Classification des actes administratifs », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit administratif (QL)*.
- Bernheim, Emmanuelle, « Les experts “psy” en justice ou la mise en cause de la fonction judiciaire » dans François Claveau et Julien Prud'homme, dir, *Experts, science et société*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2018, 135.
- Bhui, Hindpal Singh, « Introduction: Humanizing Migration Control and Detention » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013, 1.
- Bowling, Ben, « Epilogue: The Borders of Punishment: Towards a Criminology of Mobility » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013, 291.
- Brodeur, Jean-Paul et Benoît Dupont, « Introductory Essay: The Role of Knowledge and Networks in Policing » dans Tom Williamson, dir, *The Handbook of Knowledge-Based Policing. Current Conceptions and Future Directions*, Chichester, John Wiley & Sons, 2008, 9.
- Brotherton, David C et Luis Barrios, « The Social Bulimia of Forced Repatriation: A Case Study of Dominican Deportees » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013, 201.
- Brotherton, David C et Philip Kretsedemas, dir, *Immigration Policy in the Age of Punishment: Detention, Deportation, and Border Control*, Columbia University Press, 2018.
- Castles, Stephen et Nicholas Van Hear, « Roots Causes » dans Alexander Betts, dir, *Global Migration Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 287.
- Charmaz, Kathy, « Grounded Theory in the 21st Century: Applications for Advancing Social Justice Studies » dans Norman K Denzin et Yvonna S Lincoln, dir, *The Sage Handbook of Qualitative Research*, 4^e éd, Thousand Oaks, Sage Publications, 2011, 359.
- D'Aoust, Anne-Marie et Anne Saris, « Femmes, genre et sécurité en relations internationales et en droit international: un dialogue en construction » dans Emmanuelle Tourme Jouannet, Laurence Burgogue-Larsen, Horatia Muir-Watt et Hélène Ruiz Fabri, dir, *Féminisme(s) et droit international : études du réseau Olympe*, Paris, Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, 2016, 141.

- Dauvergne, Catherine, « Les conséquences d'une nouvelle politique de la peur: le droit à la croisée des chemins entre sécurité et migrations » dans François Crépeau, Delphine Nakache et Idil Atak, dir, *Les migrations internationales contemporaines : Une dynamique complexe au cœur de la globalisation*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, 371.
- Denzin, Norman K et Yvonna S Lincoln, « Introduction: the Discipline and Practice of Qualitative Research » dans Norman K Denzin et Yvonna S Lincoln, dir, *Sage Handbook of Qualitative Research*, 4^e éd, Thousand Oaks, Sage, 2011, 1.
- DeVault, Marjorie L et Glenda Gross, « Feminist Interviewing : Experience, Talk and Knowledge » dans Sharlene Nagy Hesse-Biber, dir, *Handbook of Feminist Research: Theory and Praxis*, Thousand Oaks, Sage, 2007, 173.
- Dore, Isaak, « La force normative du pouvoir étatique dans la philosophie de Michel Foucault » dans Catherine Thibierge, dir, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 57.
- Dorvil, Henri, Marc Renaud et Louise Bouchard, « L'exclusion des personnes handicapées » dans Fernand Dumont, Simon Langlois et Yves Martin, dir, *Traité des problèmes sociaux*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, 711.
- Düvell, Franck, « Irregular Migration » dans Alexander Betts, dir, *Global Migration Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 78.
- Eisenhardt, Kathleen, « Building Theories From Case Study Research » dans Michael A Huberman et Matthew B Miles, dir, *The Qualitative Researcher's Companion*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2002, 3.
- Emerson, Robert M et Blair Paley, « Organizational Horizons and Complaint-Filing » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 231.
- Feldman, Martha, « Social Limits to Discretion: An Organizational Perspective » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 163.
- Finnis, John, « Nationality and Alienage » dans *Human Rights and the Common Good*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 133.
- FitzGerald, David Scott et David Cook-Martín, « Canada: Between Neighbor and Empire » dans David Scott FitzGerald, dir, *Culling the Masses: The Democratic Origins of Racist Immigration Policy in the Americas*, Harvard University Press, 2014, 141.
- Forcese, Craig, « Making a Federal Case Out of It: The Federal Court and Administrative Law » dans Colleen M Flood et Lorne Sossin, dir, *Administrative Law in Context*, 3^e éd, Toronto, Emond, 2018, 553.
- Foucher, Pierre, « Fascicule 1 : Introduction à l'étude du droit administratif », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit administratif* (QL).
- Gleeson, Judith, « Progress towards a Common European Asylum System? The Migration Crisis in Europe » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018, 340.
- Goodspeed, Peter, « Back to the Future: Shifts in Canadian Refugee Policy Over Four Decades » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018, 283.

- Green, Andrew, « Delegation and Consultation: How the Administrative State Functions and the Importance of Rules » dans Colleen M Flood et Lorne Sossin, dir, *Administrative Law in Context*, 3^e éd, Toronto, Emond, 2018, 307.
- Guelfucci-Thibierge, Catherine, *La force normative: naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009.
- Hawkins, Keith, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- Hawkins, Keith, « The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 11.
- Hudson, Graham, « The (Mis-)Uses of Analogy: Constructing and Challenging Crimmigration in Canada » dans Idil Atak et James C Simeon, dir, *The Criminalization of Migration. Context and Consequences*, McGill-Queen's University Press, 2018, 37.
- Johansen, Nicolay B, « Governing the Funnel of Expulsion: Agamben, the Dynamics of Force, and Minimalist Biopolitics » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment*, Oxford University Press, 2013, 257.
- Koskenniemi, Martti, « Introduction: International Law and Empire – Aspects and Approaches » dans Martti Koskenniemi, Walter Rech et Manuel Jiménez Fonseca, dir, *International Law and Empire: Historical Explorations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 1.
- Langlais, Hugues « Détention et renvoi » dans Hugues Langlais et Hélène Mayrand, dir, *Droit de l'immigration et de la citoyenneté*, Montréal, LexisNexis, 2017, 149.
- Langlais, Hugues et Hélène Mayrand, « Introduction » dans Hugues Langlais et Hélène Mayrand, dir, *Droit de l'immigration et de la citoyenneté*, LexisNexis, 2017, 1.
- Luzzati, Claudio, « Indétermination » dans André-Jean Arnaud, dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd, Paris, LGDJ, 1993, 296.
- Lajoie, Andrée, « Surdétermination » dans Andrée Lajoie, Roderick A Macdonald, Richard Janda et Guy Rocher, dir, *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998, 85.
- Levêque, Audrey « La sociologie de l'action publique » dans Marc Jacquemain et Bruno Frère, dir, *Épistémologie de la sociologie. Paradigmes pour le XXI^e siècle*, Bruxelles, De Boeck Supérieur, 2008, 53.
- Lochak, Danièle, « Le droit, discours de pouvoir » dans Gérard Conac, Herbert Maisl et Jacques Vaudiaux, dir, *Itinéraires. Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Économica, 1982, 429.
- Mockle, Daniel, « Fascicule 5 : Politiques, directives et instruments de gestion », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit administratif (QL)*.
- Noreau, Pierre, « De la force symbolique du droit » dans Catherine Thibierge, dir, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 137.
- Ost, François et Michel van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? » dans François Chazel et Jacques Commaille, dir, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, 67.
- Paillé, Pierre, « La recherche qualitative : une méthodologie de la proximité » dans Henri Dorvil, dir, *Problèmes sociaux. Théories et méthodologies de recherche*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2007, 409.

- Paillé, Pierre, « Qui suis-je pour interpréter ? » dans Pierre Paillé, dir, *La méthode qualitative. Postures de recherche et travail de terrain*, Paris, Armand Colin, 2006, 99.
- Pickering, Sharon et Leanne Weber, « Policing Transversal Borders » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford University Press, 2013, 93.
- Pires, Alvaro P, « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique » dans Jean Poupart, Jean-Pierre Deslauriers, Lionel-Henri Groulx, Anne Laperrière, Robert Mayer et Alvaro Pires, dir, *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin Éditeur, 1997, 113.
- Pless, Alexander et Sara Gauthier, « Fascicule 12 : Contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire », dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-Desbiens, dir, *JCQ Droit administratif (QL)*.
- Roy, Shirley, « De l'exclusion à la vulnérabilité. Continuité et rupture » dans Vivianne Châtel et Shirley Roy, dir, *Penser la vulnérabilité: visages de la fragilisation du social*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2010, 13.
- Roy, Simon N, « L'étude de cas » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale : de la problématique à la collecte des données*, Québec, Presse de l'Université du Québec, 2009, 199.
- Santiago, Marie, « La tension entre théorie et terrain » dans Pierre Paillé, dir, *La méthode qualitative. Postures de recherche et travail de terrain*, Paris, Armand Colin, 2006, 201.
- Savoie-Zajc, Lorraine, « L'entrevue semie-dirigée » dans Benoît Gauthier, dir, *Recherche sociale: De la problématique à la collecte des données*, 5e édition éd, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, 337.
- Schneider, Carl E, « Discretion and Rules. A Lawyer's View » dans Keith Hawkins, dir, *The Uses of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 47.
- Sharma, Nandita, « Freedom to Discriminate: A National State Sovereignty and Temporary Migrant Workers in Canada » dans Gökçe Yukardul et Y. Michal Bodemann (dir), *Citizenship and Immigrant Incorporation. Comparative Perspectives on North America and Western Europe*, New York, Palgrave MacMillan, 2007, 163.
- Stumpf, Juliet, « The Process is the Punishment in Crimmigration Law » dans Katja Franko Aas et Mary Bosworth, dir, *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 58.
- Webley, Lisa, « Qualitative Approaches to Empirical Legal Research » dans Peter Cane et Herbert Kritzer, dir, *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 927.

Documentation gouvernementale

Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains, 5 février 1991.

Agence des services frontaliers du Canada, « Arrestations, détentions et renvois – Détentions » (9 décembre 2021), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/menu-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Répertoire des bureaux et services de l'ASFC » (7 septembre 2021), en ligne : <<https://www.cbsa-asfc.gc.ca/do-rb/menu-fra.html>>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Normes nationales de détention liée à l'immigration » (7 juillet 2021), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/standards-normes/menu-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Réponse de la direction et plan d'action de l'ASFC aux rapports annuels 2018 à 2019 et 2019 à 2020 de la Croix-Rouge canadienne » (27 mai 2021), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/security-securite/arr-det/mrap-rdpa-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Cadre national en matière de détention liée à l'immigration » (5 mai 2021), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/nidf-cndi-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Arrestations, détentions et renvois – Statistiques annuelles sur les détentions – Exercice 2019 à 2020 » (8 septembre 2020), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/stat-2019-2020-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Arrestations, détentions et renvois – Centres de surveillance de l'immigration » (26 juin 2020), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/ihc-csi-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, *ENF 20. Détention, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada*, 23 mars 2020, en ligne : <www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf20-fra.pdf>.

Agence des services frontaliers du Canada Gouvernement du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels 2018-2019*, 26 février 2020, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2018-2019/report-rapport-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, *Cahier de transition du premier vice-président 2019 Direction générale de la politique stratégique (DGPS)*, 9 janvier 2020, en ligne : <www.cbsa.gc.ca/pd-dp/tb-ct/evp-pvp/spb-dgps-fra.html#10>.

Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels 2019 à 2020*, 2020, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2019-2020/index-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Obligations d'une compagnie de transport – Guide pour les transporteurs » (7 novembre 2019), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/trans/guide-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Arrestations, détentions et renvois - Statistiques annuelles sur les détentions – 2012-2019 », (20 août 2019), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/stat-2012-2019-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Délégation de pouvoirs et désignations d'agents par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés » (28 juin 2019), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/actreg-loireg/delegation/irpa-lipr-2019-06-1-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Programme des solutions de rechange à la détention — Sommaire exécutif » (17 janvier 2019), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/pia-efvp/atip-airp/atd-srd-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, *Réponse de la direction et plan d'action de l'ASFC au rapport annuel 2017-2018 de la Croix-Rouge canadienne*, 2019, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/mrap-rdpa-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels de 2017-2018*, 20 novembre 2018, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2017-2018/report-rapport-fra.html>

Agence des services frontaliers du Canada, *Cadre national en matière de détention liée à l'immigration (CNDI) – Mise à jour. Séance d'information à l'intention des employés. Région du Québec*, présentation PowerPoint, septembre 2018 [document fourni à l'auteur par l'ASFC].

Agence des services frontaliers du Canada, « Gestion des cas et surveillance dans la collectivité » (24 juillet 2018), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/ccms-gccs-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Plan ministériel 2018-2019 – Tableaux de renseignements supplémentaires » (16 avril 2018), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/rpp/2018-2019/subprog-sousprog-fra.html#a1>.

Agence des services frontaliers du Canada, *ENF 34. Programme de solutions de rechange à la détention*, 2018, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf34-fra.pdf>.

Agence des services frontaliers du Canada, *Évaluation du Programme des audiences de l'ASFC*, 2018, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2018/imp-pa-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport sur les résultats ministériels de 2016-2017*, 9 novembre 2017, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2016-2017/report-rapport-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, *ENF 10. Renvois*, 24 février 2017, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf10-fra.pdf>.

Agence des services frontaliers du Canada, *Audit de l'exécution de la loi en matière d'immigration*, Agence des services frontaliers du Canada, 2017, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2016/ie-emi-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Consultation sur le Cadre national en matière de détention liée à l'immigration de l'ASFC : Rapport sommaire des consultations auprès de Canadiens » (2017), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/consult/consultations/nidf-cnmdi/report-rapport-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, *Directive nationale sur la détention ou l'hébergement de mineurs*, 2017, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/nddhm-dndhm-fra.html>.

Agence des services frontaliers du Canada, « Le nouveau Cadre national en matière de détention liée à l'immigration de l'ASFC - Un rapport sommaire du Cadre et des discussions en table

- ronde avec les intervenants (août à décembre 2016) » (2017), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/consult/consultations/nidf-cnmdi/menu-fra.html>.
- Agence des services frontaliers du Canada, *Évaluation du Programme de ciblage de l'Agence des services frontaliers du Canada*, janvier 2016, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2016/tp-pc-fra.html>.
- Agence des services frontaliers du Canada, « Évaluation du Sous programme [sic] des enquêtes de l'immigration » (décembre 2015), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2015/imm-fra.html>.
- Agence des services frontaliers du Canada, « Archivé - Évaluation du Programme des enquêtes criminelles » (février 2015), en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2015/cip-pec-fra.html>.
- Agence des services frontaliers du Canada, *Rapport ministériel sur le rendement de 2014-2015*, 2015, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/dpr-rmr/2014-2015/report-rapport-fra.html>.
- Agence des services frontaliers du Canada, *Équipes d'exécution de l'ASFC. Étude d'évaluation. Résumé*, 9 février 2012, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2012/es-ee-fra.pdf>.
- Agence des services frontaliers du Canada, *Quality Assurance Program. Immigration Holding Centres. 2011-2012*, 2012 [obtenu par demande informelle d'accès à l'information, A-2016-02715].
- Agence des services frontaliers du Canada, *Programmes de détention et de renvoi de l'ASFC – Étude d'évaluation*, 2010, en ligne : <web.archive.org/web/20130629032726/http://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/reports-rapports/ae-ve/2010/dr-rd-fra.html>.
- Agence des services frontaliers du Canada, *Évaluation nationale des risques en matière de détention*, formulaire BSF754 [document fourni à l'auteur par l'ASFC].
- British Columbia, Coroners Service, *Verdict at Coroners Inquest, Findings and Recommendations as a Result of the Coroner's Inquest Pursuant to Section 38 of the Coroners Act, [SBC 2007] c 15, Into de Death of Vega Jimenez Lucia Dominga*, 7 octobre 2014, en ligne : <www2.gov.bc.ca/assets/gov/birth-adoption-death-marriage-and-divorce/deaths/coroners-service/inquest/2014/vega-jimenez-lucia-dominga-2013-0380-0004-verdict.pdf>.
- Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapports du vérificateur général du Canada. Rapport 1 — Le renvoi d'immigrants refusés*, 2020 en ligne : <www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_oag_202007_01_f_43572.html>.
- Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport 2 — Le traitement des demandes d'asile*, 2019, en ligne : <www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/att__f_43358.html>.
- Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport de la Vérificatrice générale du Canada. Chapitre 7. Les détentions et les renvois - Agence des services frontaliers du Canada*, Ottawa, Bureau du vérificateur général du Canada, 2008, en ligne : <www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/aud_ch_oag_200805_07_f.pdf>.

Bureau du vérificateur général du Canada, *Rapport de la Vérificatrice générale du Canada à la Chambre des Communes. Chapitre 5. Citoyenneté et Immigration Canada - L'application de la loi et le contrôle*, Ottawa, Bureau du vérificateur général du Canada, 2003.

Canada, *Autorisation de voyage électronique (AVE). Guide d'aide pour les demandes*, 2015, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/pdf/ave/francais.pdf>

Canada, *ENF 1. Interdictions de territoire*, 2013, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf01-fra.pdf>.

Canada Border Services Agency, *ENF 7. Investigations*, septembre 2013 [obtenu par demande informelle d'accès à l'information, n° A2016-04614].

Citoyenneté et immigration Canada, *ENF 3. Enquêtes et contrôle de la détention*, 29 avril 2015, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf03-fra.pdf>.

Citoyenneté et immigration Canada, *ENF 9. Contrôle judiciaire*, 2006, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf09-fra.pdf>.

Citoyenneté et Immigration Canada, *Faits et chiffres 2005. Aperçu de l'immigration. Résidents permanents et temporaires*, Ottawa, Citoyenneté et Immigration Canada, 2006.

Citoyenneté et Immigration Canada, Immigration and Naturalization Service et Department of State, *Déclaration d'entente mutuelle sur l'échange d'information*, 19 février 2003, en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/ententes/declaration-entente-echange-information/declaration.html>.

Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, « L'examen des appareils numériques à la frontière par l'ASFC – Dépasse-t-on les limites? », (10 décembre 2019), en ligne : <www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-institutions-federales/2018-19/pa_20191021_asfc/>.

Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Agence des services frontaliers du Canada – Ciblage des voyageurs fondé sur des scénarios – Sécurité nationale*, Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, 2017, en ligne : <www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/verifications/ar-vr_cbsa_2017/>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié, « Motifs à l'origine des contrôles des motifs de détention », (24 novembre 2021), en ligne : <irb.gc.ca:443/fr/statistiques/contrrole-detention/Pages/detenGr.aspx>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié, « Contrôles des motifs de détention terminés », (30 août 2021), en ligne : <irb.gc.ca/fr/statistiques/contrrole-detention/Pages/detenCon.aspx>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugiés, « Enquêtes, par région » (20 février 2020), en ligne : <irb-cisr.gc.ca/fr/statistiques/enquetes/Pages/AdmHReg.aspx>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Directives numéro 2 du président : Détention*, 1 avril 2019, en ligne : <irb-cisr.gc.ca:443/fr/legales-politique/politiques/Pages/GuideDir02.aspx>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, « Rapport d'étape sur la mise en œuvre à la SI du plan d'action en réponse à la vérification des contrôles des motifs de détention de longue durée » (17 juillet 2018), en ligne : <irb-cisr.gc.ca:443/fr/enquetes-motifs/Pages/response-action-plan.aspx>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Rapport de la vérification externe de 2017-2018 (Contrôle des motifs de détention)*, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, 2018, en ligne : <irb-cisr.gc.ca:443/fr/transparence/revues-verifications-evaluations/Pages/SI-verification-externe-1718.aspx>.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié, *Directives numéro 8 du président : Procédures concernant les personnes vulnérables qui comparaissent devant la CISR*, 2006, en ligne : <irb-cisr.gc.ca/fr/legales-politique/politiques/Pages/GuideDir08.aspx> [mises à jour : 15 décembre 2012].

Élections Canada, « L'histoire du vote au Canada. Chapitre 3, La modernisation, 1920-1981 », en ligne : <www.elections.ca/content.aspx?section=res&dir=his&document=chap3&lang=f>.

Gouvernement du Canada, « Infographie pour Agence des services frontaliers du Canada », (16 novembre 2021), en ligne : *L'InfoBase du GC* <www.tbs-sct.gc.ca/ems-sgd/edb-bdd/index-fra.html#orgs/dept/26/infograph/people>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Instructions ministérielles concernant le système Entrée Express » (28 juin 2021), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/instructions-ministerielles/systeme-gestion-demandes-entree-express.html>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Instructions ministérielles pour le système de gestion des demandes Entrée Express - actuelles » (28 juin 2021), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/instructions-ministerielles/systeme-gestion-demandes-entree-express/actuelles.html>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Critères du Système de classement global (SCG) – Entrée express » (11 janvier 2021), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/immigrer-canada/entree-express/admissibilite/criteres-systeme-classement-global/grille.html>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Avis – Renseignements supplémentaires sur le Plan des niveaux d'immigration 2021-2023 », (30 octobre 2020), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/nouvelles/avis/renseignements-supplementaires-niveaux-immigration-2021-2023.html>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Savoir ce qu'est une autorisation de voyage électronique (AVE) » (23 mars 2020), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/visiter-canada/ave/faits.html>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Instructions ministérielles. Instructions ministérielles concernant l'invitation à présenter une demande de résidence permanente dans le cadre du système Entrée express #139 – le 18 mars 2020 » (20 mars 2020), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/mandat/politiques-directives-operationnelles-ententes-accords/instructions-ministerielles.html#mi-pr-express>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Qu'est-ce qu'une étude d'impact sur le marché du travail? » (28 janvier 2020), en ligne : <www.cic.gc.ca/francais/centre-aide/reponse.asp?qnum=163&top=17>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2020*, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, 2020.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Rapport annuel au Parlement sur l'immigration 2019*, Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, 2020.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Programme des travailleurs étrangers temporaires : Aperçu de l'étude d'impact sur le marché du travail » (14 novembre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/publications-guides/bulletins-guides-operationnels/residents-temporaires/travailleurs-etrangers/codes-dispense/apercu.html>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Fonctionnement du Programme des candidats des provinces (PCP) » (17 octobre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/immigrer-canada/candidats-provinces/fonctionnement.html>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Les six critères de sélection – Programme des travailleurs qualifiés (fédéral) (Entrée express) » (19 septembre 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/immigrer-canada/entree-express/admissibilite/travailleurs-qualifies-federal/six-criteres-selection-travailleurs-qualifies-federal.html>

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Le Canada met fin à la pratique des pays d'origine désignés » (17 mai 2019), en ligne : <www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/nouvelles/2019/05/le-canada-met-fin-a-la-pratique-des-pays-dorigine-designes.html>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *ENF 4 : Contrôles aux points d'entrée*, 2019, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf04-fra.pdf>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *ENF 28. Avis ministériels sur le danger pour le public au Canada, la nature et la gravité des actes passés et le danger pour la sécurité du Canada*, 21 novembre 2017, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf28-fra.pdf>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *ENF 15. Obligations des transporteurs*, 19 novembre 2016, en ligne : <www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/ircc/francais/ressources/guides/enf/enf15-fra.pdf>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Faits et chiffres 2016, Aperçu de l'immigration – Résidents permanents*, sans date, en ligne : <www.cic.gc.ca/opendata-donneesouvertes/data/Faits_et_chiffres_2016_RP_FR.pdf>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, *Faits et chiffres 2016, Aperçu de l'immigration – Résidents temporaires*, sans date, en ligne : <www.cic.gc.ca/opendata-donneesouvertes/data/Faits_et_chiffres_2016_RT_FR.pdf>.

Ministère de l'immigration, de la francisation et de l'intégration, *Plan d'immigration du Québec 2020*, Ministère de l'immigration, de la francisation et de l'intégration, 2019.

Office of the Auditor General of Canada, *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons. Chapter 5 - Citizenship and Immigration Canada - Control and Enforcement*, Ottawa, Office of the Auditor General of Canada, 2003.

Premier Ministre du Canada, « Le Canada annule le visa obligatoire pour le Mexique », (28 juin 2016), en ligne : <pm.gc.ca/fr/nouvelles/notes-dinformation/2016/06/28/canada-annule-visa-obligatoire-mexique>.

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, « Directive du Cabinet sur la réglementation » (2018), en ligne : <www.canada.ca/fr/secretariat-conseil-tresor/services/gestion-reglementation-federale/lignes-directrices-outils/directive-cabinet-reglementation.html>.

Sécurité publique Canada, « Réunion ministérielle des cinq pays » (11 octobre 2020), en ligne : <www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scrf/fv-cntry-mnstrl-fr.aspx>.

Sécurité publique Canada, *Instruction du ministre à l'intention de l'Agence des services frontaliers du Canada : Les mineurs dans le système de détention liée à l'immigration du Canada*, 2017, en ligne : <www.securitepublique.gc.ca/cnt/trnsprnc/ns-trnsprnc/mnstrl-drctn-cbsa-fr.aspx>.

Statistique Canada, *Tableau 24-10-0005-01. Voyageurs internationaux entrant ou revenant au Canada selon la province d'entrée, désaisonnalisées*, en ligne : <www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/cv.action?pid=2410000501>.

Autres – Articles de journaux

Biddle, Sam, « LexisNexis to Provide Giant Database of Personal Information to ICE », (2 avril 2021), en ligne : *The Intercept* <theintercept.com/2021/04/02/ice-database-surveillance-lexisnexis/>.

Black, Debra, « Secrecy cloaks death of immigration detainee in Toronto jail », *Toronto Star*, (10 mars 2016), en ligne : *Toronto Star* <www.thestar.com/news/immigration/2016/03/10/secrecy-cloaks-death-of-immigration-detainee-in-toronto-jail.html>.

Bonnet, Gill, « How the Five Eyes countries share immigration data », *Radio New Zealand* (30 décembre 2020), en ligne : <www.rnz.co.nz/news/national/433786/how-the-five-eyes-countries-share-immigration-data>.

Brigitte Bureau, « Enfants séparés d'un parent à la frontière : l'ASFC s'engage à tenir des statistiques », *Radio-Canada* (19 janvier 2021), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1763964/enfants-separes-famille-frontiere-agence-statistiques>.

Bureau, Brigitte, « Séparé de ses enfants à la frontière par l'Agence des services frontaliers », *Radio-Canada.ca* (10 décembre 2020), en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1755508/demandeur-asile-separe-enfants-serivces-frontaliers>.

Bureau, Brigitte, « La lutte – pas si discrète – du Canada contre les migrants irréguliers », *Radio-Canada.ca* (11 mars 2020), en ligne : *Radio-Canada.ca* <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1655551/immigrants-illegaux-clandestins-canada-operation-strategie-interpol>.

Bureau, Brigitte, « Le côté secret de l'opération canadienne contre les migrants », *Radio-Canada.ca* (21 mai 2019), en ligne : [Radio-Canada.ca <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1170403/operation-canadienne-contre-migrants-secrets-harper-trudeau>](http://Radio-Canada.ca/ici.radio-canada.ca/nouvelle/1170403/operation-canadienne-contre-migrants-secrets-harper-trudeau).

Gervais, Lisa-Marie, « Mobilisation autour du renvoi d'un travailleur essentiel vers l'Inde », *Le Devoir* (10 juin 2006), en ligne : www.ledevoir.com/societe/609507/immigration-je-me-sens-comme-un-criminel-alors-que-je-n-ai-rien-fait.

Hachey, Isabelle, « Vivre dans la clandestinité », *La Presse+* (10 juin 2017), en ligne : plus.lapresse.ca/screens/2cc01e5c-174e-48d2-ab84-ba13fc0c97f9__7C__tu26whel9EE6.html.

Keung, Nicholas et Sima Shakeri, « Will a former refugee's trip to see his dying father cost him his status in Canada? A growing number of ex-refugees have lost protected status in Canada. Few know the risks of using old passports or visiting their homelands. » *Toronto Star* (25 octobre 2022), en ligne : www.thestar.com/news/canada/2022/10/25/will-a-former-refugees-trip-to-see-his-dying-father-cost-him-his-status-in-canada.html.

Le Bars, Stéphanie, « Drôle d'ambiance dans l'Amérique post-Trump », *Le Monde.fr* (18 novembre 2016), en ligne : www.lemonde.fr/m-moyen-format/article/2016/11/18/drole-d-ambiance-dans-l-amerique-post-trump_5033633_4497271.html.

Mbembe, Achille, « Les Africains doivent se purger du désir d'Europe », *Le Monde* (10 février 2019), en ligne : www.lemonde.fr/afrique/article/2019/02/10/achille-mbembe-les-africains-doivent-se-purger-du-desir-d-europe_5421762_3212.html.

Nadeau, Jean-François, « La colonie pénitentiaire », *Le Devoir* (3 septembre 2020), en ligne : www.ledevoir.com/societe/le-devoir-de-philo-histoire/585258/deuxieme-guerre-mondiale-la-colonie-penitentiaire.

Pouliot, Gaétan, « Les policiers de Montréal ne pourront plus appeler directement les agents frontaliers », *Radio-Canada.ca* (8 octobre 2020), en ligne : [Radio-Canada.ca <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1723427/spvm-policiers-montreal-sans-papier-agents-frontaliers>](http://Radio-Canada.ca/ici.radio-canada.ca/nouvelle/1723427/spvm-policiers-montreal-sans-papier-agents-frontaliers).

Radio-Canada, « Québec rétablit les anciennes règles du Programme de l'expérience québécoise », *Radio-Canada.ca* (14 novembre 2019), en ligne : [Radio-Canada.ca <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1389531/quebec-retablit-les-anciennes-regles-du-programme-de-l-experience-quebecoise>](http://Radio-Canada.ca/ici.radio-canada.ca/nouvelle/1389531/quebec-retablit-les-anciennes-regles-du-programme-de-l-experience-quebecoise).

Radio-Canada, « Après une longue saga judiciaire, des manifestants du printemps érable à Sherbrooke sont acquittés », *Radio-Canada.ca* (17 février 2016), en ligne : [Radio-Canada <ici.radio-canada.ca/nouvelle/765739/manifestants-acquittes-jugement-constats-infraction>](http://Radio-Canada/ici.radio-canada.ca/nouvelle/765739/manifestants-acquittes-jugement-constats-infraction).

Rousseau, Daphné et Emmanuel Duparcq, « Les civils pris au piège à Marioupol, l'étau se resserre autour de Kiev », *Le Devoir* (6 mars 2022), en ligne : www.ledevoir.com/monde/europe/682251/le-point-sur-l-invasion-de-l-ukraine-par-la-russie.

Sioui, Marie-Michèle, « Québec annule 500 contraventions remises aux manifestants du Printemps érable », *Le Devoir* (8 avril 2017), en ligne : www.ledevoir.com/politique/ville-de-quebec/495897/la-ville-de-quebec-annule-500-constats-d-infractions-en-lien-avec-le-printemps-erable;

Syed, Ronna, « Body of Nigerian man who died after “altercation” on plane remains in limbo », (1 septembre 2018), en ligne : CBC <www.cbc.ca/news/canada/calgary/bolante-idowu-alo-body-in-limbo-1.4807359>.

Autres - Conférences

Crépeau, François, intervention, Conférence « Criminalizing Refuge and Solidarity », présentée à la Faculté de droit de McGill, 19 février 2020 [non publiée].

Eatrides, Roula et Aviva Basman, « Reforms at the IRB », Conférence *De-Carceral Futures: Bridging Prison and Immigration Control*, présentée à l'Université Queen's, 10 mai 2019 [non publiée].

Paquet, Mireille, intervention, Atelier « Les entrevues dans la recherche en immigration », Équipe de recherche sur l'immigration au Québec et ailleurs, présentée à l'Université du Québec à Montréal, 30 janvier 2020 [non publiée].

Mohammed, Marwan, « Enquêter sur la criminalité organisée, entre la rue, l'État et les injonctions paradoxales du milieu académique », présentée au Carrefour des arts et des sciences de l'Université de Montréal, 3 novembre 2021 [non publiée].

Autres – Mémoires et thèses

Bayrak, Sule, *Contextualizing Discretion: Micro-Dynamics of Canada's Refugee Determination System*, thèse de doctorat en science politique, Université de Montréal, 2016 [non publiée].

Bernheim, Emmanuelle, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes clinique et judiciaire: une étude du pluralisme normatif appliqué*, thèse de doctorat en droit et en science de l'homme et de la société, Université de Montréal, École normale supérieure de Cachan, 2011 [non publiée].

Bonenfant-Martin, Camille, *La détention des personnes migrantes au Centre de surveillance de l'immigration de Laval : analyse des mécanismes de la mise en œuvre de la gouvernamentalité sécuritaire de l'immigration*, mémoire de maîtrise en science politique, Université du Québec à Montréal, 2018 [non publié].

Côté-Boucher, Karine, *The Micro-Politics of Border Control: Internal Struggles at Canadian Customs*, thèse de doctorat en sociologie, York University, 2013 [non publiée].

Fortin, Véronique, *Taking the Law to the Streets: Legal and Spatial Tactics Deployed in Public Spaces to Control Protesters and the Homeless in Montreal*, thèse de doctorat en criminologie et droit et société, University of California Irvine, 2015 [non publiée].

Grant, Angus, *Confronting (In)Security: Forging Legitimate Approaches to Security and Exclusion in Migration Law*, thèse de doctorat en droit, Université York, 2016 [non publiée].

Jannard, Louis-Philippe, *Entre vulnérabilisation et revictimisation : les victimes de traite d'êtres humains face aux politiques nord-américaines*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2009 [non publié].

Jourdain, Géraldine, *Entre répression et protection : l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et la traite de personnes migrantes au Québec : points de vue des agents de l'ASFC et*

d'intervenants auprès de victimes migrantes, mémoire de maîtrise en criminologie, Université de Montréal, 2015 [non publié].

Autres – Rapports et notes de recherche

Arbel, Efrat et Alletta Brenner, *Bordering on Failure: Canada-US Border Policy and the Politics of Refugee Exclusion*, Harvard Immigration and Refugee Law Clinical Program, 2013.

Armony, Victor, Mariam Hassaoui et Massimiliano Mulone, *Les interpellations policières à la lumière des identités racisées des personnes interpellées. Analyse des données du Service de Police de la Ville de Montréal (SPVM) et élaboration d'indicateurs de suivi en matière de profilage racial*, Service de police de la ville de Montréal, 2019.

Béchar, Julie, *Immigration : l'Accord Canada-Québec*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2018, en ligne :
<bdp.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/201189E>.

Béchar, Julie et Sandra Elgersma, *Résumé législatif - Projet de loi C-31 : Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés, la Loi sur la sûreté du transport maritime et la Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2012 en ligne :
<lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/41-1/c31-f.pdf>.

Bonenfant, Camille, Salima Djerroud, Linda Guerry, Alla Lebedeva, Rainer Ricardo et Andréeanne Thibault, *L'immigration de conjoint-e-s au Canada. Synthèse historique et enjeux contemporains des politiques d'immigration canadiennes*, Montréal, Centre de recherche en immigration, ethnicité et citoyenneté, 2017, en ligne :
<marriagemigration.com/sites/default/files/rapport_canada_vf.pdf>.

Campbell, Christine et Paul Eid, *La judiciarisation des personnes itinérantes à Montréal : un profilage social*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2009.

Carey, David, *Making the Most of Immigration in Canada*, OECD Economics Department Working Papers, 1520, Paris, Organisation for Economic Cooperation and Development, 2018.

Clément, Dominique, Will Silver et Daniel Trotter, *L'évolution des droits de la personne au Canada*, Commission canadienne des droits de la personne, 2012.

Elgersma, Sandra, *La réinstallation des réfugiés – Les engagements d'ordre humanitaire du Canada*, Publication no 2015-11-F, coll En bref, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 2015, en ligne : <lop.parl.ca/sites/PublicWebsite/default/fr_CA/ResearchPublications/201511E>.

Faraday, Fay, *Made in Canada: How the Law Constructs Migrant Workers' Insecurity*, Metcalf Foundation, 2012.

Goettl, Tyler et Jenny Jeanes, *Detained in the New Refugee Determination System*, Montréal, Action Réfugiés Montréal, 2015.

Gros, Hanna, *Invisible Citizens. Canadian Children in Immigration Detention*, Toronto, International Human Rights Program, University of Toronto, 2017, en ligne :
<ihrp.law.utoronto.ca/utfl_file/count/PUBLICATIONS/Report-InvisibleCitizens.pdf>.

- Gros, Hanna et Paloma Van Groll, *“We Have No Rights”. Arbitrary Imprisonment and Cruel Treatment of Migrants with Mental Health Issues in Canada*, Toronto, International Human Rights Program, University of Toronto, 2015, en ligne : ihrp.law.utoronto.ca/sites/default/files/PUBLICATIONS/IHRP%20We%20Have%20No%20Rights%20Report%20web%20170615.pdf >.
- Gros, Hanna et Yolanda Song, *« No Life for a Child »: A Roadmap to End Immigration Detention of Children and Family Separation*, Toronto, International Human Rights Program, University of Toronto, 2016, en ligne : ihrp.law.utoronto.ca/news/no-life-child-roadmap-end-immigration-detention-children-and-family-separation#overlay-context=hero/children >.
- Human Rights Watch et Amnesty International, *“I Didn’t Feel Like a Human in There”. Immigration Detention in Canada and its Impact on Mental Health*, 2021, en ligne : www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/06/canada0621_web.pdf >.
- Kalman, Ian, *“Don’t Blame Me, It’s Just the Computer Telling Me To Do This” : Computer Attribution and the Discretionary Authority of Canada Border Services Agency officers*, Working Papers no 166, Max Planck Institute Max Planck Institute for Social Anthropology, 2015.
- Migrant Workers Alliance for Change, *Unheeded Warnings: Covid-19 & Migrant Workers in Canada*, Migrant Workers Alliance for Change, 2020, en ligne : migrantworkersalliance.org/wp-content/uploads/2020/06/Unheeded-Warnings-COVID19-and-Migrant-Workers.pdf >
- Migrant Workers Alliance for Change, *Care Worker Voices for Landed Status and Fairness*, 2018, en ligne : migrantrights.ca/wp-content/uploads/2018/11/Care-Worker-Voices-for-Landed-Status-and-Fairness.pdf >.
- Molnar, Petra, *Technological Testing Grounds. Migration Management Experiments and Reflections from the Ground Up*, European Digital Rights, Refugee Law Lab, 2020.
- Molnar, Petra et Lex Gill, *Bots at the Gate. A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada’s Immigration and Refugee System*, University of Toronto, International Human Rights Program, 2018.
- Nakache, Delphine, *The Human and Financial Cost of Detention of Asylum-Seekers in Canada*, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, 2011, en ligne : 206.155.102.64/pdfid/4fafc44c2.pdf >.
- Sojourn House et Canadian Council for Refugees, *Welcome to Canada: The Experience of Refugee Claimants at Port-of-Entry Interviews*, 2010, en ligne : ccrweb.ca/files/poereport.pdf >.
- United Nations High Commissioner for Refugees, *Global Trends – Forced displacement in 2020*, 2021, en ligne : www.unhcr.org/flagship-reports/globaltrends >.
- United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Global Strategy Beyond Detention: Progress Report 2018*, Geneva, United Nations High Commissioner for Refugees, 2019, en ligne : www.unhcr.org/protection/detention/5c934bbd7/unhcr-global-strategy-beyond-detention-progress-report-2018.html >.

United Nations High Commissioner for Refugees, *UNHCR Global Trends 2010*, United Nations High Commissioner for Refugees, 2010, en ligne : www.unhcr.org/statistics/country/4dfa11499/unhcr-global-trends-2010.html.

Weber, Leanne et Loraine Gelsthorpe, *Deciding to Detain: How Decisions to Detain Asylum Seekers are Made at Ports of Entry*, Cambridge, Institute of Criminology, University of Cambridge, 2000.

Weber, Leanne et Todd Landman, *Deciding to Detain: The Organisational Context for Decisions to Detain Asylum Seekers at UK Ports*, Essex, Human Rights Centre, University of Essex, 2002.

Will, Jared, *Domestic and International Standards and the Immigration and Refugee Board's Guideline on Detention*, United Nations High Commissioner for Refugees, 2018, en ligne : www.unhcr.ca/wp-content/uploads/2018/04/Domestic_international_standards_Immigration_Refugee_Board_Guideline_Detention_February2018.pdf.

Autres – Sites Internet et billets de blogue

American Civil Liberties Union, « The Constitution in the 100-Mile Border Zone », en ligne : www.aclu.org/other/constitution-100-mile-border-zone.

Arbel, Efrat et Molly Joeck, « Immigration Detention in the Age of COVID-19: A View from Canada » (21 juillet 2020), en ligne : www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2020/07/immigration.

Coderre-Proulx, Mylène et Delphine Nakache, « Le Programme de mobilité internationale : enjeux de précarité et d'inégalités parmi les jeunes travailleuses et travailleurs migrants », sans date, en ligne : [Webzine Vivre ensemble <cfj.qc.ca/vivre-ensemble/webzine/article/le-programme-de-mobilite-internationale-enjeux-de-precarite-et-dinegalites-parmi-les-jeunes-travailleuses-et-travailleurs-migrants/>](http://webzine.vivreensemble.com/cjf.qc.ca/vivre-ensemble/webzine/article/le-programme-de-mobilite-internationale-enjeux-de-precarite-et-dinegalites-parmi-les-jeunes-travailleuses-et-travailleurs-migrants/).

Conseil canadien pour les réfugiés, « La détention », en ligne : ccrweb.ca/fr/detention.

End Immigration Detention Network, en ligne : <https://endimmigrationdetention.wordpress.com>.

Europa Press, « No es xenofobia, es aporofobia (rechazo al pobre) », (14 mai 2017), en ligne : www.europapress.es/epsocial/derechos-humanos/noticia-no-xenofobia-aporofobia-rechazo-pobre-20170514114457.html.

Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés Canada, « À propos du HCR au Canada », (2021), en ligne : www.unhcr.ca/fr/a-propos-de-nous/a-propos-du-hcr/a-propos-du-hcr-canada/.

Histoire engagée, « Le travail des aides familiales au Canada » (8 octobre 2019), en ligne : histoireengagee.ca/le-travail-des-aidantes-familiales-au-canada/.

Musée de l'Holocauste à Montréal, « Histoire de l'Holocauste », sans date, en ligne : museeholocauste.ca/fr/histoire-holocauste.

Musée de l'Holocauste Montréal, « Les “ennemis étrangers” au Canada », sans date, en ligne : museeholocauste.ca/fr/ressources-et-formations/ennemis-etrangers-canada.

Naranjo, Diego et Petra Molnar, « The Privatization of Migration Control », (24 février 2020), en ligne : *Centre for International Governance Innovation* <www.cigionline.org/articles/privatization-migration-control>.

Organisation internationale pour les migrations, *Portail sur les données migratoires*, en ligne : <migrationdataportal.org/fr/?i=stock_abs_&t=2019>.

Paulin-Twahirwa, Rémy, « En matière d'immigration, le Québec fait cause commune avec les grandes orientations fédérales » (sans date), en ligne : *Webzine Vivre ensemble* <cjf.qc.ca/vivre-ensemble/webzine/article/en-matiere-dimmigration-le-quebec-fait-cause-commune-avec-les-grandes-orientations-federales/>.

Solidarité sans frontières, « Non aux détentions », en ligne : <www.solidarityacrossborders.org/fr/a-propos/revendications/no-to-detentions>.

Autres

Association du Barreau canadien, « Instructions ministérielles », résolution 12-06-A, août 2012, en ligne : <www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2012/Ministerial-Instructions/12-06-A-ct.pdf>.

Atwood, Margaret, *La servante écarlate*, Robert Laffont, Paris, 2019.

chak, tings, *Undocumented. The Architecture of Migrant Detention*, The Architecture Observer, Montreal, 2014.

Cleveland, Janet, Cécile Rousseau et Rachel Kronick, « Bill C-4: The Impact of Detention and Temporary Status on Asylum Seekers' Mental Health », mémoire déposé à la Chambre des communes, 2012.

Cohen, Leonard, « Anthem », *The future*, Columbia, 1992.

Conseil canadien pour les réfugiés, « Une réforme urgente sur les règles relatives à la perte du statut des réfugiés s'impose en réponse à une nouvelle décision de la Cour », 4 mai 2016, en ligne : <ccrweb.ca/fr/reforme-urgente-perde-statut-refugies-communique>.

Croix-Rouge canadienne, *Programme de suivi des conditions de détention des immigrants (PSCD). Rapport annuel. Période de suivi – Avril 2019 à mars 2020*, sans date, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/impd-pscd-19-20-fra.pdf>.

Croix-Rouge canadienne, *Programme de suivi des conditions de détention des immigrants (PSCD). Rapport annuel. Période de suivi – Avril 2018 à mars 2019*, sans date, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/impd-pscd-18-19-fra.pdf>.

Croix-Rouge canadienne, *Programme de suivi des conditions de détention des immigrants (PSCD). Rapport annuel des activités. Période de suivi : septembre 2017 à mars 2018*, sans date, en ligne : <www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/impd-pscd-fra.pdf>.

Escher, Maurits Cornelis, *Cascade*, lithographie, octobre 1961, en ligne : <[mcescher.com/gallery/impossible-constructions/#iLightbox\[gallery_image_1\]/5](http://mcescher.com/gallery/impossible-constructions/#iLightbox[gallery_image_1]/5)>.

Fakoly, Tiken Jah, « Où aller où? », *L'Africain*, Barclay, 2007.

Henley & Partners, *Henley Passport Index and Global Mobility Report*, Henley & Partners, 2019, en ligne :

<www.henleyglobal.com/files/download/HPI2019/HPI%20Global%20Mobility%20Report_Final_190104.pdf>.

International Human Rights Program, Amnesty International, Justice for Children and Youth, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Civil Liberties Association, British Columbia Civil Liberties Association, Refugee Law Office of Legal Aid Ontario, *Rights Violations Associated with Canada's Treatment of Vulnerable Persons in Immigration Detention. Joint Submission to the Working Group on Universal Period Review to assist in its review of Canada, 30th Session (April–May, 2018)*, sans date, en ligne :

<ihrp.law.utoronto.ca/utfl_file/count/media/Canada%20UPR%20Final.pdf>.

Lampron, Louis-Philippe, « Garde-fous des gouvernements démocratiques » (2017) 37:2 *Revue Droits et libertés*, en ligne : <liguedesdroits.ca/?p=4705>.

Nakache, Delphine, « La réforme du système d'octroi de l'asile au Canada : où en sommes-nous ? » (2018) 14 *La Revue des droits de l'homme*, en ligne :

<journals.openedition.org/revdh/4031>.

Rushdie, Salman, *Le dernier soupir du Maure*, Folio, Paris, 1996.

Sire, Corentin, « De la Terreur de l'An II à la *War on Terror* : pour une histoire conceptuelle du "terrorisme" » (2021) PREMIO : excellence, Hors-série No. 6, en ligne :

<papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/24483/Corentin_Sire_De%20la%20Terreur%20de%20l%27An%20II%20c3%a0%20la%20War%20on%20Terror.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

ANNEXE 1 – CANEVAS D’ENTRETIEN

Thème #1 – Profil et expérience professionnelle

- Formation et expérience professionnelle
 - Formation/scolarité (avant et avec l’Agence)
 - Expérience antérieure
- Organisation de l’unité de travail et tâches principales

Thème #2 – Travail en lien avec la détention

- Travail qu’exige le traitement d’un dossier
 - Types de cas (identité, risque, etc.)
 - Fréquence
 - Étapes : tâches à réaliser (formulaires, notes, transport, etc.)
 - Approbation
 - Ce qui est pris en compte lors de la prise de décision de détenir ou non
 - Interaction avec la personne
 - Références à la loi, au règlement, aux autres documents
 - Évaluation du risque
 - Quelle(s) forme(s) la discrétion prend-elle?
- Défis
 - Qualités nécessaires
 - Ressources
- Relations avec collègues d’autres unités et partenaires
 - Agents d’audience et hors ASFC
- Changements récents (nouveau cadre national)

Thème #3 – À quoi sert la détention?

- Fonctions de la détention, ses objectifs
 - Sécurité, fraude, dissuasion, coopération, etc.
- Dangers et risques posés par les détenus
 - Qu’est-ce qui est menacé?
 - Détention pour identité
- Atteinte des objectifs?

Fin d’entretien

- Autre chose à ajouter?