

# Repenser le devoir politique du Canada à l'égard des réfugié·es après la ratification de l'Entente sur les tiers pays sûrs

LÉONARD BÉDARD, *Université Laval*

**RÉSUMÉ** : L'Entente sur les tiers pays sûrs ratifiée par le Canada et les États-Unis en 2002 a transformé la conception de la souveraineté territoriale canadienne, tel qu'en témoigne le traitement accordé aux demandeur·euses d'asile ces dernières années. Arguant à l'effet que l'État canadien adopte une conception de la souveraineté territoriale étanche qui permet l'exercice d'un droit de sélection depuis la mise en place de l'ETPS, cet article propose de repenser un devoir politique d'accueil. La première partie de cet article examine la dynamique d'externalisation de la migration à laquelle participe le Canada. La seconde partie propose une analyse du cadre normatif développé par l'ETPS justifié par un droit de « choisir » les réfugié·es. La troisième partie propose une critique du modèle d'exclusion à l'œuvre derrière l'ETPS et propose à cette fin de penser la responsabilité canadienne en tant que devoir politique à l'égard des populations qui demandent l'asile.

## *Introduction*

Tandis que de plus en plus de populations migrantes franchissent certains points de passage terrestres de la frontière canado-américaine – tel le tristement célèbre « Chemin Roxham » –, le Canada trouve divers stratagèmes dits « préventifs » afin d'exercer son contrôle des frontières. En 2022, on dénombre un peu plus de 3000 détentions de demandeur·euses d'asile ayant franchi la frontière terrestre par un point d'entrée non officiel, dont plus de 82 % relèvent d'un présumé danger de « soustraction<sup>1</sup> ». Autrement dit, ces populations sont suspectées de

vouloir échapper à la surveillance des autorités canadiennes pendant le processus de demande d'asile. Si cette situation d'emprisonnement demeure inquiétante aux yeux de plusieurs ONG en vertu de récents rapports accablants pour les autorités canadiennes<sup>2</sup>, force est de constater que la stratégie coercitive adoptée par l'État canadien à l'égard des demandeur·euses d'asile n'est pas nouvelle. En prenant ancrage sur l'*Entente sur les tiers pays sûrs* (ETPS) adoptée entre les États-Unis et le Canada en 2002, cet article vise à illustrer de quelle manière cette entente bilatérale participe aux pratiques canadiennes d'externalisation de la migration par la conception de la souveraineté territoriale canadienne étanche qu'elle adopte<sup>3</sup>. Il est important de voir que cette conception des frontières s'inscrit dans un continuum allant de conceptions très poreuses des frontières (tel le modèle de l'espace Schengen dans l'Union européenne) à des frontières très étanches (telle la frontière américaine avec le Mexique) où l'accessibilité à la structure permettant le passage transfrontalier demeure le principal paramètre classificateur<sup>4</sup>. Dans le contexte canadien, l'ETPS développe un principe de « frontières mouvantes » qui permet de fermer les frontières canadiennes en amont face aux demandeur·euses d'asile souhaitant effectuer leur demande pour résider au Canada. L'ETPS admet ainsi un large « droit d'exclure » qui délaisse la reconnaissance de droits aux demandeur·euses d'asile selon le bon vouloir de l'État. L'analyse proposée dans cet article permet d'enrichir le débat en pensée politique canadienne, en proposant une réflexion axée sur les implications migratoires de la conception de souveraineté territoriale canadienne, tel que présente dans l'ETPS qui permet l'exercice d'un droit d'exclure. Nous arguons par ailleurs à l'effet que ce droit d'exclusion participe à une externalisation de la migration. En réponse à cette problématique, nous proposons de repenser ce droit d'exclure en tant que « droit qualifié<sup>5</sup> », tel que l'entend la théoricienne politique Sarah Song, c'est-à-dire un droit reposant sur une interprétation du droit international comme possédant une force morale qui traduit une obligation morale à l'échelle étatique : dans ce cas-ci un devoir d'accueil. Cet article débute par illustrer la nature du phénomène d'externalisation de la migration qui participe à ce que plusieurs États adoptent une lecture étanche de la souveraineté territoriale.

Une fois cette distinction conceptuelle effectuée, cela nous permet de contextualiser notre lecture autour de *l'Entente sur les tiers pays sûrs*, afin de voir le modèle d'exclusion permis par celle-ci. Pour conclure, nous proposons de repenser le droit d'exclure permis par l'ETPS par l'entremise d'une autre lecture de la souveraineté territoriale centrée sur un droit qualifié par un devoir politique qui rend compte d'un droit moral de protection à l'égard des migrant·es.

### *1. Qu'est-ce que l'externalisation ?*

Bien que le phénomène d'externalisation fasse l'objet d'un examen somme toute récent dans la littérature en sciences sociales<sup>6</sup>, celui-ci possède une histoire que l'on peut remonter à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Dès 1951, Hannah Arendt nous met en garde dans *Les origines du totalitarisme* contre la venue d'États géants – des *superpuissances* – qui, en raison de leur pouvoir de domination, possèdent désormais l'influence politique nécessaire au sein du développement des institutions supranationales dans l'après-guerre pour dicter leur conception de la souveraineté territoriale. Parallèlement, cette époque est marquée par d'importantes migrations sur le continent européen, de sorte que des populations entières se retrouvent « apatrides », c'est-à-dire que celles-ci ont perdu la protection de leur gouvernement, de sorte que seuls les accords internationaux peuvent sauvegarder leur statut juridique en tant qu'ils sont sujets de « droits humains » reconnus par la Déclaration des droits de l'Homme en 1948<sup>7</sup>. Au même moment, la Convention de Genève (1951), ratifiée par 165 États membres de l'ONU, vise à reconnaître la protection du *droit à l'asile*. Celle-ci vient protéger juridiquement les demandeur·euses d'asile en engageant les différentes parties signataires à protéger les droits des réfugié·es qui fuient leur État d'appartenance en vue de trouver refuge dans un autre État pour empêcher la constitution « d'apatrides » remarquée par Arendt. Cette convention comprend entre autres un important principe : celui du *non-refoulement* qui renvoie à l'interdiction pour les États d'extrader, d'expulser ou de refouler de toute autre manière une personne vers un pays dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée<sup>8</sup>.

Certain·es auteur·rices remarquent toutefois que de multiples États

ont développé des politiques qui leur permettent de « catégoriser » en diverses sous-catégories les réfugié·es en fonction des différents types de dangers potentiels qu'ils ou elles représentent pour la sécurité de l'État receveur – du « réfugié·e désirable » aux « migrant·es illégaux<sup>9</sup> ». Bien que cette mesure ne soit pas directement problématique, ce « catalogage » des différents types de réfugié·es affecte la réception des demandeur·euses d'asile à la frontière des États auxquels ces populations parviennent, en venant justifier le développement de stratégie de gouvernance extraterritoriale<sup>10</sup>. Cette gouvernance à l'extérieur du territoire souverain de l'État receveur participe dès lors à l'émergence de nouvelles conceptions de ses frontières qui tendent à évoluer au fur et à mesure que l'ensemble de structures propres à la mobilité globale (développement d'ententes internationales, intensification des échanges socio-économiques dans un contexte de globalisation, etc.) évolue. Différentes pratiques de gestion frontalières observées participent à moduler une évolution dans la relation entre les frontières et la territorialité, alors que le concept de « frontières nationales » demeure indiscuté de son côté.

Plus précisément, les pratiques frontalières observées ne visent plus uniquement la protection des points d'entrée/sortie du territoire souverain des États – et ne seraient même plus rattachées au territoire étatique en son sens conventionnel westphalien –, mais s'ancrent dans différents niveaux de contrôle en cherchant à rejeter l'accès de certaines populations aux infrastructures de mobilité globale dont disposent aujourd'hui les États<sup>11</sup>. Cela entraîne plusieurs États démocratiques à isoler les populations migrantes – particulièrement les demandeur·euses d'asile – à l'aide de cette structure restrictive bâtie sur l'idée de « sécuriser » le risque relié à l'entrée des populations migrantes à l'intérieur de leurs territoires. Cette structure coercitive déployée, qui est au cœur de l'externalisation, permet d'assurer la prise en charge des demandeur·euses d'asile à l'extérieur de l'espace territorial souverain de l'État receveur par le biais de diverses formes (interception en pleine mer des embarcations de fortune par la garde côtière, création de centres de détention en zone de transit, arrangements bilatéraux entre États pour un rapatriement ou une surveillance

conjointe des frontières communes, etc.)<sup>12</sup>. Comme le précise le juriste néerlandais Thomas Spijkerboer, « [many] states around the world have responded to growing numbers of people on the move by *tightening* their borders, [based on this idea that] accessing the global North mobility [may undermine] sovereign control over states' population<sup>13</sup> ». Si tout État doit bénéficier d'une reconnaissance de son autodétermination pour exister, la lecture qui est faite de ce principe devient vite *exclusive* en ceci qu'elle permet de justifier des pratiques d'externalisation de la migration, produisant en retour l'exercice d'une souveraineté territoriale étanche. Ainsi, plutôt que de chercher à contrôler un accès à leur territoire par le biais du contrôle des frontières physiques de leur territoire souverain, différents États optent plutôt pour contrôler l'accès à l'infrastructure globale de mobilité à l'aide, par exemple, d'entente bilatérale sur les tiers pays sûrs<sup>14</sup>. C'est d'ailleurs ce que nous pouvons observer dans le contexte canadien.

## *2. L'Entente sur les tiers pays sûrs*

Le type d'entente, telle que celle promulguée par l'*Entente sur les tiers pays sûrs* (ETPS) entre le Canada et les États-Unis, n'est pas unique en son genre. Le continent européen est souvent perçu comme étant un précurseur en la matière dans les écrits sur le sujet en raison des ententes ratifiées – ayons en tête la Convention de Dublin (1990) et ses différentes réformes – entre États membres de l'Union européenne qui ont mené au développement des responsabilités des différents pays européens à l'égard des réfugié·es<sup>15</sup>. De manière générale, ce type d'accord autorise un État signataire à retourner un·e réfugié·e au sein d'un autre État signataire sous diverses conditions. Le concept de « tiers pays sûrs » correspond au mécanisme légal employé dans le cas du refus d'une demande d'asile, puisqu'il permet de désigner un État signataire de l'entente comme étant un lieu sûr d'où le demandeur peut bénéficier d'une protection effective<sup>16</sup>. Dans le contexte nord-américain, l'entente mise en place entre le Canada et les États-Unis en 2002 a pour effet de prévenir que les demandeur·euses d'asile en sol américain logent des demandes à l'État canadien et vice-versa<sup>17</sup>. En d'autres termes, l'ETPS interdit aux migrant·es ayant franchi le sol américain d'effectuer leur

demande d'asile au gouvernement canadien depuis le sol américain. Ces populations doivent effectuer leur demande au sein du pays duquel ils ont franchi la frontière terrestre, demeurant ainsi sous la responsabilité de cet État<sup>18</sup>. Quelques exceptions s'appliquent toutefois, permettant ainsi à certaines demandeuses d'être admises en dépit des conditions imposées par l'entente<sup>19</sup>. Par ailleurs, certaines demandeuses peuvent ne pas être en mesure de bénéficier des garanties de protection offertes par cette entente si elles n'ont pas de pièces d'identité, de telle sorte que cette population peut se voir refuser l'entrée dans un pays tiers<sup>20</sup>. En outre, cette entente permet de désigner chaque État signataire de « pays sûrs » en conformité formelle avec la Convention de Genève (1951) et son Protocole (1967); l'ETPS réaffirme explicitement les obligations légales du Canada et des États-Unis en conformité avec les ententes internationales qu'ils ont ratifiées au préalable. Elle impose également des garanties qui ont pour effet d'empêcher tout renvoi des demandeuses d'asile du pays tiers pendant toute la durée de l'examen de la demande<sup>21</sup>.

Issue des négociations entamées entre les deux pays voisins après les attentats du 11 septembre 2001, l'ETPS officiellement entrée en vigueur le 29 décembre 2004<sup>22</sup>. L'ETPS s'inscrit plus largement dans le *Smart Border Action Plan* du Canada qui souhaite établir des partages standardisés canado-américains au niveau des données biométriques des populations interceptées par les agences frontalières, en plus de favoriser la mise en place de mesures légales et matérielles antiterroristes communes, et de permettre une coordination binationale dans l'octroi des visas<sup>23</sup>. Diverses motivations sont évoquées pour l'implantation de l'ETPS : le Canada souhaite réduire les demandes d'asile sur son territoire; les États-Unis souhaitent renforcer la sécurité de leurs frontières dans l'ère post-11 septembre. Il nous faut néanmoins retenir que, aux yeux de plusieurs, le Canada est de loin l'État qui tire le plus grand profit d'une telle entente, bien que la réception de l'ETPS dans l'opinion publique canadienne ne cadre pas avec cette analyse, notamment depuis la large couverture des entrées migratoires irrégulières par le biais du Chemin Roxham<sup>24</sup>. Pour preuve, alors qu'auparavant plus du tiers des demandes d'asile annuelles canadiennes provenait d'une popula-

tion migrante par la frontière terrestre, une baisse remarquable s'est produite au début de l'année suivant l'entrée en fonction de l'ETPS. D'un point de vue quantitatif, de 2004 à 2005, le nombre de demandes est passé de 8904 à 4041, bénéficiant ainsi d'une réduction de plus de 50 %<sup>25</sup>. Depuis, le nombre tend à diminuer année après année; les statistiques n'étant pas toujours représentatives des populations arrivant au Canada, puisque certaines observateur·rices soulèvent que cette entente a créé des incitatifs pour des passages clandestins à la frontière canado-américaine – généralement du sud vers le nord – de telle sorte qu'elle participe à ce que les populations migrant vers le Canada fassent plus souvent appel à des passeur·seuses clandestin·es qu'autrefois avant la mise en place de l'ETPS<sup>26</sup>. Elle semble ainsi participer à un phénomène d'exclusion.

Il demeure important de voir que l'ETPS permet d'adopter une lecture du droit au territoire problématique en développant un principe de « frontière mouvante » [*shifting borders*] – le géographe Joshua Labove parle de ce mouvement en tant que « processus » –, soit l'idée contraire aux « frontières statiques ». Bien que ces deux conceptions des frontières ne s'inscrivent point dans la doctrine légale canadienne, celles-ci participent à animer le discours légal employé dans la justification de cette entente. Le modèle *statique* repose dans la volonté première de l'État canadien de contrôler ses frontières en conséquence de sa souveraineté territoriale reconnue par les autres États, ce qui s'ancre dans la conception traditionnelle westphalienne de l'État-nation qui suppose une corrélation entre la souveraineté territoriale de l'État, son autorité politique en application (sur un territoire) et les droits reconnus par l'État envers sa population<sup>27</sup>. Par opposition, le modèle *mouvant* conçoit les frontières comme étant une *barrière légale*, de telle sorte que cela permet à l'État canadien de construire une frontière juridique positionnée à l'extérieur du territoire souverain canadien, produisant un contrôle des frontières canadiennes s'opérant en *amont* : avant le passage réel des frontières par une population. Cela a pour effet de produire une « géographie détachée » – une géographie *morale* non plus fondée sur des barrières géographiques physiques, mais bien plutôt *institutionnelles* – à travers laquelle les demandeurs d'asile déte-

nus (dans des zones transit ou dans des centres de détention destinés à la migration) attendent leur octroi (ou non) du droit à l'asile, tout en étant spatialement séparés de l'État qui garantit leurs droits<sup>28</sup>. Le philosophe Étienne Balibar remarque à cet effet :

National borders have changed places. Whereas traditionally and in conformity with both their judicial definition and “cartographical” representation as incorporated into national memory, they should be at edge of territory, marking the point where it end [however], it seems that borders and the institutional practices corresponding to them have been transported *into the middle of political space*<sup>29</sup>.

Le modèle de frontières mouvantes imagine ainsi les frontières nationales à la fois en tant que barrière conceptuelle, légale et géographique, redessinant le territoire autrefois fixe, en le transformant en quelque chose de plus malléable et mobile pour le replacer à l'endroit qui convient le mieux aux objectifs politiques de restrictions d'accès à celui-ci. D'un point de vue pratique, cela permet de faciliter la mise en place d'un plus grand nombre des mesures restrictives hors du territoire – cela *externalise* la gestion de la migration à l'extérieur du territoire souverain canadien<sup>30</sup>.

Aux yeux de plusieurs observateurs, bien que le Canada ne soit pas le seul État à avoir adopté une telle lecture du territoire, il est celui qui a réussi à la rendre la plus effective. On retrouve aujourd'hui des agents des services de l'immigration, des spécialistes de la migration et différents types d'officiers et d'officières de liaison à divers lieux outremer en vue d'encadrer la venue de demandeur·euses d'asile au sein du territoire canadien<sup>31</sup>. L'ETPS ne permet pas directement ce genre d'envoi de personnel fédéral à l'extérieur du territoire souverain canadien, mais la logique du plan stratégique dans lequel elle s'inscrit, quant à elle, le permet. L'ETPS permet au Canada de déterminer l'éligibilité d'une demande d'asile depuis le territoire américain, sans pour autant qu'un·e migrant·e demandeur·euse n'ait franchi la frontière canadienne réelle. Même si elle est depuis longtemps reconnue comme étant la « plus grande frontière naturelle au monde », la frontière canado-américaine a été transformée par l'ETPS en une frontière

fortifiée pour les demandeur·euses d'asile. Cela a pour effet de rendre impossible pour tout demandeur·euse d'asile qui ne satisferait pas aux exceptions prévues par l'ETPS d'entrer au Canada, et ce, à moins de le faire clandestinement. Plutôt que chercher à reconnaître les conditions des réfugié·es comme étant déterminant dans l'analyse de leur octroi du droit à l'asile, l'ETPS permet de concentrer le regard sur l'endroit de provenance – passant d'un *qui* à un *où*. Ainsi, le modèle mouvant des frontières permis par l'ETPS permet de restreindre la venue de migrant·es à l'extérieur des limites géographiques du territoire canadien, tout en étant gage de mesures punitives, comme en atteste un récent rapport d'Amnistie Internationale et Human Right Watch (2021) sur les conditions de détentions réservées aux demandeur·euses d'asile<sup>32</sup>. Comme le démontre Joshua Labove, l'Entente permet de repousser la frontière canadienne jusqu'à une impasse juridique où le Canada se soustrait à ses obligations juridiques, affaiblissant de la sorte les protections des droits qui s'offrent aux demandeur·euses d'asile en vertu des instruments nationaux et internationaux<sup>33</sup>. Si l'Entente sur les tiers pays sûrs a, jusqu'ici, permis d'octroyer un droit à l'asile à des milliers de demandeur·euses depuis son entrée en fonction, il n'en demeure pas moins que cela se fait au détriment de milliers d'autres qui ont vu leur demande rejetée par un processus de sélection discrétionnaire exercée à leur encontre par l'État canadien, alors même qu'ils ou elles n'avaient pas mis le pied sur le sol canadien.

### *3. Modèle d'exclusion permis par l'Entente sur les tiers pays sûrs*

L'Entente sur les tiers pays sûrs porte en elle une conception *mouvante* des frontières, ce qui permet, en définitive, au Canada d'adopter une application étanche de sa souveraineté territoriale par l'entremise de restrictions exercées outremer, et même, par des mesures qui visent à gêner le passage des frontières territoriales canadiennes – pensons aux mesures d'emprisonnement exercées à l'égard des demandeur·euses en attente. De plus, l'exercice de ces mesures se voit légitimé dans l'aspect « sécuritaire » des garanties fournies par l'ETPS. En termes d'implications normatives, nous nous retrouvons aux prises avec l'idée de protection qui implique quant à elle un *droit de se prémunir*, qui permet

à son tour de dériver un *droit de choisir*.

Ce droit de choisir n'apparaît pas en tant que tel : il est construit à partir du droit à l'examen des demandeur·euses (en vue de rejeter certaines demandes) justifié par le fait de se prémunir d'individus non désirés au sein du territoire. Il y a ainsi un droit de choisir la population réfugiée entrante sur le territoire canadien. Par souci de clarté, il convient de rappeler que, malgré le principe de non-refoulement prévu dans la Convention de Genève (1951) qui interdit pour l'État signataire de renvoyer un demandeur d'asile en attente de l'octroi d'un droit à la résidence temporaire au sein de l'État visé, celle-ci accorde un droit discrétionnaire à chaque État tant, et aussi longtemps, que les demandeurs effectuent leur requête en bonne et due forme. Comme le juriste Richard Ekins le remarque, les demandeur·euses d'asile, de même que tout non citoyen·ne en général, ne devraient pas se voir autoriser l'entrée sur un territoire souverain, à moins que l'État receveur ne soit en mesure de garantir qu'ils ne représentent pas une menace à la poursuite du bien commun<sup>34</sup>. En tant que tel, un État n'a pas de devoir d'admission des « persécuté·es » sur son territoire. L'État receveur n'a ainsi aucune obligation formelle à l'égard de « quiconque » demande l'asile. Fuir un territoire en raison d'une persécution vécue en son sein est certes une condition nécessaire pour effectuer une demande d'asile, mais n'est pas suffisant en vue d'obtenir un droit de résidence dans l'État receveur, si ce dernier considère que le ou la demandeur·euse pose un risque de sécurité<sup>35</sup>. Pour citer Ekins :

The Convention imposes duties on state only in relation to persons who have entered their territory. It does not constitute a scheme for determining whether any person should be admitted into its territory – it does not disable states from denying entry at the to border to persons seeking asylum – or for distributing refugees among states, let alone a scheme for extracting from other states person who would be entitled to claim asylum if they were outside of their country of origin<sup>36</sup>.

La position mise de l'avant va donc comme suit : puisque toute obligation de protection effective des réfugié·es demeure à la discrétion des États dans la Convention, il peut dès lors y avoir une sélection par

l'application d'un droit de choisir, et ce, de manière tout à fait légitime du point de vue du droit international, bien que critiquable d'un point de vue moral<sup>37</sup>. Non seulement un État a ce droit, mais *il doit* avoir la possibilité de choisir les réfugié·es en raison de l'affirmation de son autodétermination qui passe – aux yeux des théoricien·nes en faveur d'un droit de sélection des réfugié·es –, par une conception étanche des frontières pour assurer la sécurité de la communauté politique de l'État receveur. Garantir la sécurité permet, dès lors, de garantir le bien commun<sup>38</sup> de la communauté politique; premier motif d'action d'un État responsable du maintien de sa souveraineté territoriale – aussi étanche doit-elle être pour permettre d'assurer sa sécurité. Ainsi, l'accès aux frontières d'un autre État que celui auquel nous appartenons de naissance demeure ancré dans cette conception d'un « privilège accordé » par l'État hôte à la population qui effectue sa demande d'asile en vue de « profiter des avantages constitués par l'agrégation des activités des membres d'une communauté politique, incluant la protection conférée par ses autorités<sup>39</sup> ». Cette interprétation des dynamiques migratoires, que nous considérons comme étant le présupposé problématique à l'œuvre derrière l'ETPS, permet non seulement de justifier une telle entente, mais la rend souhaitable pour toute communauté politique qui désire choisir la population à qui elle octroiera un droit à l'asile.

#### *4. Repenser la responsabilité canadienne par l'entremise d'un devoir politique*

La grande difficulté pour invalider la lecture d'une souveraineté territoriale étanche – *particulièrement* en ce qui a trait aux devoirs d'aide humanitaire – repose sur le renversement de notre compréhension de l'autodétermination territoriale accordée aux États dans le contexte westphalien que cette invalidation requiert. Catherine Colliot-Thélène observe qu'à l'heure actuelle, « hors du pays dont il ou elle est citoyen·ne, tout individu est un·e étranger·ère dont les *droits* ne sont que des protections accordées selon le bon vouloir des gouvernements<sup>40</sup>. » Quiconque souhaite défendre un « droit à l'hospitalité » plus exigeant que celui encadré par la Convention de Genève – à laquelle l'ETPS ne contrevient pas directement –, doit

précisément invalider l'interprétation souveraine des démocraties qui vient entériner leur droit de sélection des réfugiés. Colliot-Thélène propose une conception d'un « devoir d'hospitalité » qui permet de « pallier la contradiction qui existe entre l'agencement territorial des pouvoirs politiques et le droit de naturel de tout être humain à l'égalité des droits; cette idée de droit *d'avoir des droits* : principe investigateur de la Convention de Genève<sup>41</sup>. » Le devoir d'hospitalité, tel que le conçoit Colliot-Thélène dans ses travaux d'inspirations néo-kantiennes, ne correspond pas en soi à un « droit opposable » au sens du droit positif, mais bien plutôt à un *devoir politique* qui est celui de mettre en œuvre tous les moyens disponibles pour transformer le monde qui produit « misère et migration<sup>42</sup> ».

De même, si l'ETPS ne contrevient pas directement à la Convention de Genève d'un point de vue des droits protégés par cette dernière, il demeure possible, en notre sens, de voir un manquement au devoir politique de protection des réfugié·es par « tous les moyens » lorsque les principaux effectifs mis en place aux frontières canadiennes visent le contrôle des populations en vertu d'un « droit de sélection ». Ce droit de sélection, plutôt que d'être vu comme étant une conclusion logique issue d'un schème d'externalisation de la migration, devient perçu par les autorités canadiennes comme étant un simple « exercice d'un pouvoir discrétionnaire » – qui permet quant à lui de sélectionner de « bon·nes » réfugié·es sur des critères aussi arbitraires que le pays d'origine, par exemple – pour des motifs de sécurités qui peuvent, quant à eux, être légitimes du point de vue de l'autodétermination territoriale nécessaire à l'existence des États.

Or, ce pouvoir discrétionnaire que possède un État devrait plutôt être regardé en tant que droit qualifié [*qualified right*] comme proposé par Sarah Song, ce qui nous permet d'y rattacher fermement le devoir politique de protection des réfugié·es. Tel que mentionné précédemment en introduction, le droit qualifié, tel que l'entend Song, peut être compris par opposition à un droit « absolu ». C'est-à-dire que le contrôle que peut, certes, exercer un État sur la population migrante qui pénètre sur son territoire possède une limite interprétative par les obligations forgées dans les valeurs humanitaires présentes dans la

Convention de Genève qui fixent les limites à l'exercice de ce droit, et dans le modèle de société de la société d'accueil encadrée par son droit interne<sup>43</sup>. Comprendre le droit de sélection comme étant un droit qualifié comporte certains avantages, car les obligations auxquelles celui-ci renvoie – dans la Convention de Genève – ne possèdent pas de limites interprétatives empiriques claires (a contrario du droit civil ou de la *Common Law* en contexte canadien, par exemple), ce qui apporte un important champ d'interprétation possible. Comme le remarque avec justesse L. W. Summer, le but des instruments juridiques présents dans le corpus légal international (Déclaration des droits de l'Homme (1948), Convention de Genève (1951), etc.) est d'établir des standards d'idéaux communs relatifs à une « bonne protection des droits humains<sup>44</sup> ». Ceux-ci possèdent un caractère général qui leur permet ensuite de servir de « guide » pour encadrer les droits plus spécifiques aux juridictions des États. Ce corpus peut donc se voir interprété comme un « droit moral » qui n'est pas simplement un droit légal (corpus de lois applicables sur un territoire) ou un droit conventionnel (relatif à l'interprétation des lois du corpus de droit légal), mais bien un droit qui possède une force morale nécessaire à encadrer des idéaux de société par le droit conventionnel de la société d'accueil<sup>45</sup>. Reprenant à Summer cette autre idée selon laquelle un droit correspond à une « obligation », il est donc possible de dire qu'à un droit moral comporte une obligation morale : *un devoir*.

Si le droit de sélection des réfugié·es est protégé, par la Convention de Genève de 1951, tel qu'Ekins le met de l'avant, force est de constater que ce dernier en offre une interprétation absolue qui omet le devoir politique de protection des réfugié·es. Ce devoir ne peut, en retour, qu'être compris que si le droit de sélection est vu comme étant « qualifié » par un droit moral : celui de la protection des droits humains, et qualifié par les valeurs démocratiques internes au régime politique canadien<sup>46</sup>. Comprendre le droit de sélection comme étant « un droit qualifié » nous permet donc le rejet de la justification d'Ekins qui se retrouve dans le présupposé interprétatif à l'œuvre derrière l'ETPS.

Il demeure néanmoins à mesurer le caractère d'applicabilité de ce renversement de compréhension du droit de sélection, non point com-

pris comme étant un exercice discrétionnaire pouvant s'exercer aux bons vœux de l'État canadien, mais bien comme étant un droit qualifié devant rencontrer les exigences humanitaires et d'égalités juridiques. Sous cet angle, il semble que notre interprétation est compatible avec celle qu'en ont récemment faite les tribunaux canadiens. En 1985 (donc avant l'entrée en vigueur de l'ETPS), dans l'arrêt de la Cour suprême *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, la Cour a reconnu que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne prévu à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982, [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982), R-U., c. 11] s'applique à tout être humain qui se trouve au Canada, et ce, peu importe sa situation d'immigration<sup>47</sup>. Par ailleurs, en 2002, il a été reconnu dans un autre arrêt de la Cour suprême (*Suresh c. Canada*) que la « garantie relative à la justice fondamentale s'applique même aux atteintes au droit à la vie, à la vie et à la sécurité de la personne qui sont le fait d'acteurs autres que le gouvernement canadien<sup>48</sup> ». Le droit de « sélection », tel qu'interprété par l'ETPS, semble ainsi entrer en contradiction avec la notion de responsabilité de l'État canadien à l'égard des populations vulnérables portées par les arrêts mentionnés ci-haut.

Ces arrêts semblent donc soutenir ce devoir politique mentionné au préalable. C'est-à-dire qu'il y a bien une responsabilité de l'État canadien à l'égard de la préservation de la liberté de l'ensemble des individus présentes sous sa juridiction territoriale. Dans un contexte de frontières mouvantes, où le Canada se permet d'exercer un pouvoir juridictionnel, certes partiel, mais à tout de moins protégé par l'ETPS, il semble nécessaire de reconnaître le devoir politique du Canada de ne pas exercer ce pouvoir de sélection des réfugiés, tel qu'exercé par l'ETPS, qui a permis de réduire drastiquement la quantité de réfugiés protégés par le Canada depuis son adoption.

### *Conclusion*

La mise en place de l'Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les États-Unis au lendemain des attentats du 11 septembre 2001 a permis à l'État canadien d'étendre l'exercice de ses pouvoirs juridiction-

nels à l'extérieur de ses frontières nationales. Cela nous a apporté à voir qu'un « principe de frontières mouvantes » permet aujourd'hui au Canada de fermer ses frontières en amont aux demandeur·euses d'asile qui souhaitent effectuer leurs demandes depuis le sol américain. L'ETPS s'inscrit ainsi dans un paradigme normatif qui admet un large droit d'exclure, délaissant la reconnaissance des droits des demandeur·euses « aux bons vouloirs de l'État ». L'analyse proposée a ainsi tenté d'examiner les implications normatives derrière la conception de la souveraineté territoriale canadienne qui – par le modèle de frontière mouvante qui en découle – externalise sa responsabilité à l'égard des demandeurs d'asile en exerçant un droit de sélection. Ce droit de sélection doit pourtant être interprété comme étant un droit qualifié par les valeurs humanitaires présentes dans la Convention de Genève qui forge les limites interprétatives de celui-ci, puisque, loin de représenter un droit fondamental à relatif à l'autodétermination d'un État, ce droit de sélection, tel qu'interprété par l'ETPS relève davantage d'un droit « d'exclusion ». Le renversement interprétatif ce droit de sélection permet dès lors de repenser le devoir politique de l'État canadien à l'égard des réfugié·es à partir des engagements internationaux dont le Canada est signataire. La consultation de la jurisprudence canadienne issue du droit interne permet, par ailleurs, d'appuyer notre critique du droit de sélection tel qu'exercé par l'ETPS porteur dans ce contexte d'une érosion du droit à l'asile en contexte canadien.

- 
1. Agence des services frontaliers du Canada, *Statistiques annuelles sur les détentions : 2012 à 2022*, Page consultée le 18/12/2022, [www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/stat-2012-2022-fra.html](http://www.cbsa-asfc.gc.ca/security-securite/detent/stat-2012-2022-fra.html).
  2. Un rapport a notamment été délivré par Amnesty Internationale et Human Rights Watch en 2021, voir : Human Rights Watch & Amnesty Internationale. « Je ne me sentais pas comme un être humain. La détention des personnes migrantes au Canada et son impact en matière de santé mentale, Consulté en ligne le 18/12/2022, [www.amnesty.org/fr/documents/amr20/4195/2021/fr/](http://www.amnesty.org/fr/documents/amr20/4195/2021/fr/).
  3. Les frontières « étanches » s'inscrivent, en notre sens, au sein d'un continuum porteur de conceptions très poreuses à très étanches des frontières, le tout en fonction de critères d'admissibilité au territoire réservé aux non-

- citoyen·nes. Des paramètres tels que l'octroi de visa (et les difficultés associées à celui-ci), etc. permettent de relever l'hermétisme des frontières d'un État.
4. Cette structure peut être l'octroi de visas, les processus de vérifications aux postes des services frontaliers, la présence de postes frontaliers le cas échéant, etc.
  5. Terminologie empruntée des travaux de Sarah Song dans *Immigration and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2019.
  6. Ce n'est qu'aux alentours des années 2010 que ce concept a fait son apparition selon toute vraisemblance, voir à ce sujet : Alison Mountz, *The Death of Asylum. Hidden Geographies of the Enforcement Archipelago*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2020.
  7. Hannah Arendt, *Les Origines du totalitarisme* (suivi de) *Eichmann à Jérusalem*, trad. Pierre Bouretz, Paris, Gallimard, p. 191.
  8. Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Convention relative au statut des réfugiés*, Consulté en ligne le 18/12/2022, [www.ohchr.org/fr/instrumentsmechanisms/instruments/convention-relating-status-refugees](http://www.ohchr.org/fr/instrumentsmechanisms/instruments/convention-relating-status-refugees).
  9. « Consider how actors frame “worthy refugees” against “irregular migrants” or the state’s “legitimate” refugee resettlement programme as being put at risk by “illegals” ». Josh Watkins, « Forced Migration Management and Politics of Scale : How Scale Shapes Refugee and Border Security Policy », *Globalization*, 2021, p. 4.
  10. *Ibid.*, p. 4.
  11. Anne Casaglia, & Agnese Pacciardi. « A Close Look at the EU-Turkey Deal : The Language of Border Externalisation », *Politics and Society*, 0(0), 2022, p. 4. ; Thomas Spijkerboer, « The Global Mobility Infrastructure : Reconceptualising the Externalisation of Migration Control », *European Journal of Migration and Law*, 20, 2018, p. 454.
  12. Alison Mountz, *Op. Cit.*, p. 32.
  13. Thomas Spijkerboer, *Op. Cit.*, p. 453, 457.
  14. *Ibid.*, p. 456.
  15. Agnès Hurwitz, « Chapter 2 : Safe Third Country Practices, Readmission, and Extraterritorial Processing », *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 48.
  16. *Ibid.*, p. 46.
  17. Efrat Arbel, « Shifting Borders and the Boundaries of Rights : Examining the Safe Third Country Agreement Between Canada and the United

- States », *International Journal of Refugee Law*, 25(1), p. 66. ; Agnès Hurwitz. *Op. Cit.*, p. 45.
18. Il est important de noter que l'Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les États-Unis ne s'applique pas aux passages frontaliers marins ou par les airs.
19. Ces exceptions sont au nombre de quatre : 1) la réunification familiale, 2) les mineurs non-accompagné.e.s, 3) les détenteur·rices de documents (visa, permis de travail, etc.) délivrés au préalable par l'un des deux gouvernements, 4) l'exception pour cause d'intérêt public (advenant le cas où les demandeur·euses auraient commis un crime passible de la peine de mort dans certains États américains, ceux-ci peuvent se voir admis au Canada, entre autres). Voir : Gouvernement du Canada. *Canada-U.S. Safe Third Country Agreement – Exceptions to the Agreement*. Page consultée le 16/12/2022. [www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/stca-etps-eng.htm#where](http://www.cbsa-asfc.gc.ca/agency-agence/stca-etps-eng.htm#where).
20. Agnès Hurwitz. *Op. Cit.*, p. 67.
21. Efrat Arbel. *Op. Cit.*, p. 70.
22. Efrat Arbel. *Op. Cit.*, p. 68. ; Alison Mountz. *Op. Cit.*, p. 170-171.
23. Efrat Arbel. *Op. Cit.*, p. 68. ; Gouvernement du Canada & Gouvernement des États-Unis d'Amérique. « Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States for Cooperation in Science and Technology for Critical Infrastructure Protection and Border Security » (E105000), 2001. [www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105000](http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105000).
24. Efrat Arbel. *Op. Cit.*, p. 70.
25. Alison Mountz. *Op. Cit.*, p. 172. ; E. Arbel. *Op. Cit.*, p. 72. ; Gouvernement du Canada, « Statistiques relatives aux personnes arrivées à la suite d'un passage irrégulier à la frontière », *Commission de l'immigration et du statut de réfugié au Canada*, (page consultée le 18/12/2022). [irb.gc.ca/fr/statistiques/Pages/Statistiques-relatives.aspx](http://irb.gc.ca/fr/statistiques/Pages/Statistiques-relatives.aspx). ; Agence des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR). *Les arrivées irrégulières à la frontière : informations générales Janvier-mai 2019*, document consulté en ligne le 18/12/2022. [www.unhcr.ca/wp-content/uploads/2019/07/Les-arrivees-irregulieres-a-la-frontiere\\_jan\\_-\\_mai\\_2019.pdf](http://www.unhcr.ca/wp-content/uploads/2019/07/Les-arrivees-irregulieres-a-la-frontiere_jan_-_mai_2019.pdf).
26. Efrat Arbel et Alletta Brenner, « Bordering on Failure : Canada-U.S. Policy and the Politics of Refugee Exclusion », *Harvard Immigration and Refugee Law Clinical Program*, Cambridge, Harvard Law School, 2013, p. 106.

27. Joshua Labove, « Judging Borders : Expanding the Canada-U.S. Border Through Legal Decision Making », dans Ruben Zaiotti (dir.). *Externalizing Migration Management. Europe, North America and the Spread of 'Remote Control' Practices*, Londres-New York, Routledge, 2016, p. 194.; Efrat Arbel. *Op. Cit.*, p. 67.
28. Agnès Hurwitz., *Op. Cit.*, p. 195; Efrat Arbel. *Op. Cit.*, p. 75.; Alison Mountz parle à ce sujet d'un développement d'« archipels » de détention où les demandeurs d'asile sont mis à l'écart de la société pendant la durée du traitement de leur demande. Voir : Agrès Mountz., *Op. Cit.* .
29. Étienne Balibar, *We the People of Europe? Reflections on Transcontinental Citizenship*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 109, cité in. Arbel, *Op. Cit.*, p. 75-76.
30. Efrat Arbel. *Op. Cit.*, p. 76.
31. *Ibid.*, p. 77.
32. Amnistie Internationale et Human Rights Watch. *Op. Cit.* .
33. Joshua Labove, *Op. Cit.*, p. 196., cité dans Madalina Chesoi et Robert Mason, « Aperçu de l'Entente sur les tiers pays sûrs entre le Canada et les États-Unis », *Études générales de la Bibliothèque du Parlement du Canada 2020-70 F*, Ottawa, Services d'information et de recherche parlementaire, p. 9.
34. Richard Ekins, « Right to Exclude Asylum-Seekers and (Some) Refugees », dans David Miller et Christine Straehle (dir.). *The Political Philosophy of Refuge*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2020, p. 53.
35. *Ibid.*, p. 48.
36. *Ibid.*, p. 46.
37. C'est d'ailleurs une critique importante qu'effectuent certains théoriciens égalitaristes en éthique de l'immigration promouvant une importante extension de l'ouverture des frontières. Voir : Joseph Carens, *The Ethics of Immigration*, New York, Oxford University Press, 2013.
38. « The common good is not the aggregate of the interest of the state's member. Rather, it this group living well together, forming itself into a decent community that secures the conditions – political, social, material – that enable its member to live well » (Richard Ekins, *Op. Cit.*, p. 40).
39. *Ibid.* p. 41.
40. Catherine Colliot-Thélène. *Le Commun de la liberté*, Paris, Presses universitaires de France, 2022, p. 232.
41. *Ibid.*, p. 237.; « The Right to have rights », formule que j'emprunte dans

*Repenser le devoir politique du Canada à l'égard des réfugié-es après la ratification de l'Entente sur les tiers pays sûrs*

le contexte de sa reprise par Seyla Benhabib (Seyla Benhabib, *The Rights of Others*, New York, Cambridge University Press, 2004).

42. Catherine Colliot-Thélène, *Op. Cit.*, p. 251.
43. Sarah Song, *Immigration and Democracy*, New York, Oxford University Press, 2019, p. 29.
44. Leonard Wayne Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, New York, Oxford University Press, 1987, p. 5.
45. *Ibid.*, p. 12.
46. *Ibid.* p. 29.
47. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'immigration* [1985] 1. R. C. S. 177, par. 35., mentionné dans Madalina Chesoi et Robert Mason, *Op. Cit.*, p. 4.
48. *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)* [2002] CSC 1, par. 54.