

Choisir les citoyens : Obligations du Canada à l'égard des migrants handicapés

Claire Kane Boychuk

Faculté de droit de l'Université McGill

TABLE DES MATIÈRES

APERÇU	3
I. INTERDICTION DE TERRITOIRE POUR MOTIFS SANITAIRES	6
II. OBSTACLES SYSTÉMIQUES : DOCTRINE DISCRÉTIONNAIRE ET LIMITES IMPOSÉES PAR LA CHARTE	13
a) La doctrine discrétionnaire	15
b) Limites de la Charte	18
III. Vision de la CDPH	22
a) Obligations établies dans la CDPH pertinentes au « fardeau excessif »	24
b) Article 18 : Droit de circuler librement et nationalité	25
c) Article 2 : Discrimination	26
d) Article 5 : Égalité et non-discrimination	27
a. Cas apparemment fondé de discrimination	28
b. Objectif légitime du point de vue de la politique publique	30
c. Disposition proportionnelle à l'atteinte de l'objectif	32
IV. LA CDPH DANS LES TRIBUNAUX CANADIENS	33
CONCLUSION	36
BIBLIOGRAPHIE	37

APERÇU

Le handicap est la dernière caractéristique immuable qui demeure un obstacle pour les personnes qui désirent s'établir et se bâtir une vie au Canada¹. La disposition relative à l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* du Canada (LIPR) interdit aux personnes susceptibles d'entraîner un « fardeau excessif » pour les services sociaux et de santé de s'établir à titre de résidents permanents. Des chercheurs, des groupes de citoyens et des plaideurs ont contesté cette disposition, soutenant qu'elle exerce une discrimination à l'égard des personnes handicapées. Bien que la disposition demeure codifiée dans la LIPR², différentes réformes ont atténué ses effets au cours des dernières années. Les modifications apportées à la disposition sur le « fardeau excessif » donnent lieu à des résultats inégaux : à l'heure actuelle, les personnes handicapées des familles les plus riches sont en mesure de surmonter l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires, mais pas les plus pauvres. Parallèlement, les modifications apportées au « fardeau excessif » ont créé des procédures d'une complexité superflue (avec les coûts administratifs qui s'y rattachent, vraisemblablement) : les demandeurs se soumettent à des examens médicaux et à des examens administratifs, fournissent des rapports concernant leur « capacité et intention », puis la demande fait l'objet d'examens additionnels. En outre, une fois tout ce processus terminé, la raison d'être de ces mesures est contrecarrée par le fait que la déclaration du demandeur selon laquelle il a l'intention de payer pour les services sociaux et de santé ne constitue pas un engagement exécutoire³. Malgré les objectifs économiques apparents de la disposition sur le « fardeau excessif », l'état du droit relatif à cette disposition n'est absolument pas efficace.

¹ D'autres caractéristiques immuables comme la race et l'ethnicité ont été supprimées des critères d'immigration du Canada dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, par. 38(1) [LIPR].

² *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, par. 38(1).

³ *Charanjit Kaur Deol c ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2002 CAF 271, par. 54, [2002] A.C.F. n° 949 [Deol]; *Choi c Canada (ministre de Citoyenneté et Immigration)* (1995), 98 F.T.R. 308, par. 30, 29 Imm LR (2d) 85 (C.F. 1^{re} inst.); *Cabaldon c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 140 F.T.R. 296, par. 8, [1998] A.C.F. n° 26; *Poon c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 198 F.T.R. 56, par. 18 et 19 (C.F. 1^{re} inst.), 2000 CanLII 16766 (CF).

L'évolution de cette disposition est étayée par la volonté des législateurs de trouver un terrain d'entente entre la souveraineté absolue de l'État lorsqu'il s'agit de définir la politique d'immigration, et la reconnaissance croissante de l'égalité des droits des personnes handicapées. La ratification récente par le Canada de l'avant-gardiste Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH) offre un instrument cohérent et fondé sur des principes pour établir un tel terrain d'entente⁴. Les tribunaux canadiens ont déjà démontré leur volonté de modifier la posture du droit à l'égard des migrants handicapés. Je suis d'avis qu'ils ont raison de le faire, mais qu'un cadre normatif cohérent doit guider ces réformes. C'est exactement ce que prévoit la CDPH.

Mon analyse se fera en quatre parties. Dans la première partie, je décrirai l'évolution du « fardeau excessif » et l'état du droit actuel. J'examinerai dans la deuxième partie les obstacles systémiques qui nuisent aux mesures de protection relatives à l'égalité dans le contexte de l'immigration : la doctrine discrétionnaire et l'applicabilité limitée de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵. Dans la troisième partie, je présenterai la CDPH et décrirai les protections qu'elle procure aux migrants handicapés, en axant mon examen sur les droits à l'égalité garantis à l'article 5. En dernier lieu, j'examinerai le potentiel d'influence de la CDPH sur le travail d'interprétation des tribunaux canadiens.

D'emblée, plusieurs termes exigent des précisions. Premièrement, le présent essai porte sur les migrants *autres* que les réfugiés et les demandeurs d'asile, puisque l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires ne s'applique pas aux demandeurs d'asile qui désirent se réinstaller au Canada⁶. En outre, les régimes légaux internationaux et nationaux qui s'appliquent à ces deux groupes varient de façon considérable⁷. Dans les pages qui suivent, je désignerai donc cette catégorie résiduelle de non-

⁴ Convention relative aux droits des personnes handicapées, 6 décembre 2006, 2515 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur le 3 mai 2008) [CDPH].

⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11 [Charte].

⁶ LIPR, *supra* note 2, par. 38(2).

⁷ La principale différence est que la réinstallation des réfugiés est régie par la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, qui n'a aucun effet sur la migration économique.

réfugiés et de demandeurs d'asile par le terme « migrant ». Contrairement à ce que l'on pourrait penser, cette catégorie représente une part importante de l'ensemble des migrations mondiales. En fait, les migrants économiquement actifs et leurs familles représentent 90 % des mouvements migratoires⁸. Cela étant, les réfugiés comptent parmi les migrants les plus vulnérables, et de nouvelles études commencent à se pencher sur les expériences propres aux réfugiés handicapés⁹. Aussi importantes que soient ces questions, elles ne relèvent pas de l'examen du présent document.

Deuxièmement, j'adopte la définition de « personnes handicapées » que l'on retrouve à l'article 1 de la CDPH, laquelle les définit comme « des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres¹⁰ ». Un an après la ratification de la Convention par le Canada, cette définition a été citée avec approbation par un juge de la Cour fédérale¹¹. Des tribunaux et des lois provinciales relatives aux droits de la personne ont été plus loin encore, affirmant qu'un état physique temporaire pouvait être considéré comme un handicap¹². Bien qu'il soit possible de soumettre une demande pour une déficience de nature plus temporaire, considérant que mon examen porte principalement sur les obligations qui découlent de la CDPH, je limiterai mon analyse à la définition de l'article 1.

⁸ *ILC Practitioner's Guide: Migration and International Human Rights Law* (Genève, Suisse : Commission internationale de juristes, 2014), p. 38 [EN ANGLAIS SEULEMENT].

⁹ Voir de façon générale, Mary Crock, Christine Ernst et Ron McCallum Ao, « Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities » (2013) 24:4 *International Journal of Refugee Law* 735 [EN ANGLAIS SEULEMENT].

¹⁰ CDPH, *supra* note 4, art 1.

¹¹ *Saporsantos Leobrera c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 587. par. 2, [2011] 4 R.C.F. 290.

¹² *Hinze c Great Blue Heron Casino*, 2011 TDPO 93, par. 14; *Mississauga (City) c ATU Local 1572* (2005), LAC (4th) 84 (Ont Arb Bd) [EN ANGLAIS SEULEMENT].

1. INTERDICTION DE TERRITOIRE POUR MOTIFS SANITAIRES

L'exclusion par le Canada des personnes handicapées a évolué grandement depuis les lois relatives à l'immigration qui ont précédé la Confédération. Premièrement, l'exclusion est passée d'une discrimination directe à une discrimination indirecte. Deuxièmement, l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires s'applique à une catégorie de plus en plus restreinte de demandeurs. Troisièmement, le nombre d'exemptions accordées dans des cas d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires a augmenté. Dans l'ensemble, il s'agit de réformes positives, quoique fragmentaires. L'exclusion relative au « fardeau excessif » reste codifiée dans la LIPR et demeure un obstacle insurmontable pour un petit nombre de demandeurs autrement qualifiés qui souhaitent se bâtir une vie au Canada.

Les premières lois canadiennes sur l'immigration exerçaient une discrimination directe à l'égard des personnes handicapées. La *Loi sur la quarantaine* de 1859 établissait que les médecins agréés qui jugeaient que « des faibles d'esprit, des idiots, des sourds et des aliénés, des aveugles ou des infirmes n'appartenant pas à une famille d'émigrants » risquaient de devenir un fardeau public étaient en droit de les renvoyer dans leur pays d'origine¹³. La *Loi relative à l'immigration et aux immigrants* de 1869 réaffirmait cette approche¹⁴. La *Loi sur l'immigration* de 1886 a continué sur cette lancée, établissant une « structure médicale et juridique extrêmement développée pour exclure les immigrants éventuels vivant avec un handicap¹⁵ ». Ces lois fédérales étaient parfois imitées par la législation provinciale. Par exemple, la *Loi de l'Ontario* de 1897 établissait qu'une personne « contrevenait à la loi si elle faisait venir dans la province un enfant ayant un physique ou un intellect "déficient"¹⁶ ».

Loin d'être une exclusion rationnelle fondée sur les coûts publics, ces dispositions étaient le reflet des préjugés médicaux et sociaux concernant les handicaps, comme le démontre l'étude menée

¹³ Edna Chadha, « "Mentally Defectives" Not Welcome: Mental Disability in Canadian Immigration Law, 1859-1927 » (2008) 28:1 Disability Studies Q (source non paginée) [TRADUCTION].

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.* [TRADUCTION].

¹⁶ *Ibid.* [TRADUCTION].

par Ena Chadha sur l'histoire de l'incapacité mentale dans la politique d'immigration canadienne. Chadha écrit que « l'ajout des qualificatifs "épileptique" et "idiot" à la liste des catégories "sujettes à déclaration" et "interdites de territoire" dans la *Loi* de 1906 visait à englober les nouvelles formes de diagnostics de troubles mentaux mis à la disposition des collectivités médicales et psychiatriques¹⁷ ». À l'origine de ces politiques, on retrouvait la croyance bien ancrée que « les personnes ayant des troubles mentaux étaient incapables de contribuer à leurs communautés », qu'elles étaient « faibles, improductives, qu'elles avaient besoin du soutien de leur famille et du public » et qu'elles constituaient un « fardeau pour la société dans son ensemble »¹⁸. Ces lois, qui rejetaient les personnes handicapées, étaient ancrées dans le « stéréotype fondamental voulant que les immigrants handicapés ne soient pas des membres valables pour la société canadienne¹⁹ ». La discrimination directe exercée à l'endroit des personnes handicapées a été maintenue dans le catalogue des lois relatives à l'immigration au cours de la période qui a précédé la Confédération jusqu'en 1976²⁰. À ce moment, parallèlement à une transformation majeure de l'ensemble du régime d'immigration, le « rejet en bloc » des personnes vivant avec un handicap mental ou physique a été remplacé par le libellé du « fardeau excessif »²¹.

Adoptée en 2002, la LIPR, pour la première fois, ne dresse pas de liste « de handicaps » dans la disposition sur le « fardeau excessif ». Le paragraphe 38(1) établit qu'un étranger est interdit de territoire pour motifs sanitaires si l'on peut raisonnablement croire que son état de santé risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux et de santé²².

Au paragraphe 1(1) du RIPR, l'expression « fardeau excessif » est ainsi définie :

¹⁷ *Ibid.* [TRADUCTION].

¹⁸ *Ibid.* [TRADUCTION].

¹⁹ Judith Mosoff, « Excessive Demand on the Canadian Conscience: Disability, Family and Immigration » (1998-1999) 26 *Manitoba Law Journal* 149, p. 150 [TRADUCTION].

²⁰ *Hilewitz c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); de Jong c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, par. 41-53, [2005] 2 RCS 706 [*Hilewitz*]; Constance MacIntosh, « Wealth Meets Health: Disabled Immigrants and Calculations of "Excessive Demand" » dans Jocelyn Downie et Elaine Gibson, éditeurs, *Health Law at the Supreme Court of Canada* (Toronto: Irwin Law, 2007), p. 302 à 305 [EN ANGLAIS SEULEMENT].

²¹ *Hilewitz*, *supra* note 20, par. 49.

²² *LIPR*, *supra* note 2.

Fardeau excessif, se dit :

- a) de toute charge pour les services sociaux ou les services de santé dont le coût prévisible dépasse la moyenne, par habitant au Canada, des dépenses pour les services de santé et pour les services sociaux sur une période de cinq années consécutives suivant la plus récente visite médicale exigée par le présent règlement ou, s'il y a lieu de croire que des dépenses importantes devront probablement être faites après cette période, sur une période d'au plus dix années consécutives;
- b) de toute charge pour les services sociaux ou les services de santé qui viendrait allonger les listes d'attente actuelles et qui augmenterait le taux de mortalité et de morbidité au Canada vu l'impossibilité d'offrir en temps voulu ces services aux citoyens canadiens ou aux résidents permanents.

Parce que les agents de l'immigration et les médecins agréés déterminent souvent que les personnes ayant une déficience ont recours à des services sociaux et de santé qui coûtent cher, ces personnes sont visées de façon disproportionnée par cette disposition. Un examen détaillé de la mesure dans laquelle cette situation constitue une discrimination indirecte est abordé dans les pages qui suivent. Toutefois, pour le moment, je désire simplement souligner le changement majeur d'un libellé législatif aux effets préjudiciables qui exclut directement les personnes handicapées à un libellé qui exclut les gens à partir d'arguments rationalisés concernant les coûts publics.

La deuxième tendance importante de l'évolution de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires dans la législation canadienne en matière d'immigration est que cette disposition s'applique à une catégorie de plus en plus restreinte de demandeurs. Le « fardeau excessif » ne s'applique pas aux époux ou aux enfants qui présentent une demande dans la catégorie du regroupement familial ni aux réfugiés ou aux personnes protégées²³. Il s'applique cependant au reste des migrants de la catégorie économique, notamment les travailleurs qualifiés, les aides familiaux, les travailleurs autonomes et les investisseurs. Même si une personne répond aux critères d'immigration du point de vue de ses compétences, de sa maîtrise de la langue et de ses actifs financiers, elle peut tout de même se voir refuser l'entrée au Canada si elle ou un membre de sa famille est réputé(e) interdit(e) de territoire pour motifs sanitaires.

²³ LIPR, *supra* note 2, par. 38(2).

Troisièmement, le régime actuel comprend un plus grand nombre de voies selon lesquelles les demandeurs peuvent être exemptés de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires. En résultat d'une décision rendue en 2005 par la Cour suprême dans *Hilewitz c Canada; de Jong c Canada*, les demandeurs peuvent désormais fournir une Déclaration de capacité et d'intention dans laquelle ils décrivent la façon dont ils comptent compenser le « fardeau excessif » à même leurs propres ressources financières ou grâce à d'autres ressources²⁴. Dans *Hilewitz*, les demandeurs soutenaient que leurs ressources financières devaient être prises en considération au moment de déterminer si leurs enfants risquaient d'entraîner un « fardeau excessif » pour les services canadiens. Les deux demandeurs respectaient les exigences relatives à la résidence permanente dans les catégories « investisseurs » et « travailleurs autonomes », mais leur admission avait été refusée parce qu'ils avaient un enfant vivant avec un handicap intellectuel²⁵.

Dans le cas de M. Hilewitz, un médecin agréé avait examiné son fils Gavin et conclu qu'il présentait un retard développemental et qu'à l'âge de 17 ans, il fonctionnait « au niveau d'un enfant de 8 ans ». En fonction de cette évaluation, le médecin avait déterminé que l'enfant aurait besoin d'une éducation et d'une formation professionnelle spécialisées auxquelles il avait droit, dépassant « de beaucoup ceux d'un Canadien moyen » et « imposant un fardeau excessif sur les services sociaux²⁶ ». M. Hilewitz avait informé l'agent des visas qu'il comptait payer pour que Gavin fréquente une école privée de sorte qu'il n'ait pas besoin des services sociaux et de santé, et qu'il avait l'intention d'acheter une entreprise au Canada et d'embaucher Gavin. Sa demande avait tout de même été rejetée²⁷.

À la Cour suprême, la juge Abella a tranché que l'agent de l'immigration et le médecin agréé avaient l'obligation d'évaluer la « Déclaration de capacité et d'intention » de la famille. Si on établit que

²⁴ Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, « Évaluation du fardeau excessif pour les services sociaux », Bulletin opérationnel 063 (Ottawa : CIC, 24 septembre 2008).

²⁵ *Hilewitz*, *supra* note 20, par. 1 et 2.

²⁶ *Hilewitz*, *supra* note 20, par. 11.

²⁷ *Ibid.*, par. 16.

le membre d'une famille imposera un « fardeau excessif » pour les services, la famille peut soumettre la preuve qu'elle a trouvé des soins privés ou d'autres options (par exemple, un membre de la famille dûment formé qui accepte d'en prendre soin), de sorte que la personne n'ait pas à recourir aux ressources publiques. L'agent de l'immigration évalue la viabilité financière du plan, examine les détails de la planification et vérifie si la famille a déjà eu recours aux services publics dans le passé. Fait intéressant, le demandeur doit s'acquitter de ce fardeau pour être accepté au Canada. Toutefois, s'il devient résident permanent, la « Déclaration de capacité et d'intention » ne constitue pas engagement contraignant²⁸. Si les demandeurs ne sont pas liés par la Déclaration d'intention, on peut se demander si ce processus administratif coûteux n'est pas entièrement redondant.

Bien que *Hilewitz* constitue une victoire pour ces demandeurs, cette exemption est complètement hors de portée pour les demandeurs qui n'ont pas de moyens financiers importants. En outre, lorsque nous examinons les arguments présentés par des groupes de citoyens qui sont intervenus dans cette affaire, il apparaît clairement que de nombreuses préoccupations associées à la législation ne sont pas réglées par cette exemption²⁹. À titre d'intervenants dans l'affaire *Hilewitz*, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire (ACIC) et l'Ethno-Racial People with Disability Coalition of Ontario (ERDCO) ont affirmé que la disposition relative au « fardeau excessif » :

- a) se fonde sur un modèle médical de handicap, ancré dans les préjugés et les stéréotypes au sujet des personnes handicapées qui renforcent leur marginalisation et leur exclusion;
- b) se fonde sur des comparaisons injustes et artificielles qui ont une incidence défavorable sur les personnes handicapées;
- c) a une incidence défavorable en imposant des fardeaux additionnels aux personnes handicapées et leurs familles, ces fardeaux n'étaient pas imposés aux familles sans personnes à charge handicapées qui désirent immigrer au Canada;
- d) omet de prendre en compte les facteurs autres que médicaux, y compris les contributions positives et les caractéristiques individuelles des personnes handicapées ainsi que les mesures de soutien familiales et communautaires à leur disposition;

²⁸ Voir sources, supra note 3.

²⁹ MacIntosh a critiqué le cas, concluant que dans l'ensemble, le ton du jugement *Hilewitz* était « extrêmement troublant, suggérant que les droits sociaux de base des personnes handicapées demeurent extrêmement vulnérables au Canada » [TRADUCTION] (*supra* note 20, par. 316).

- e) omet de respecter un modèle social de handicap et de tenir compte des circonstances des personnes handicapées³⁰.

Le deuxième type d'exemption du « fardeau excessif » est celui où le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire pour des motifs d'ordre humanitaire. Les tribunaux peuvent aussi exercer un pouvoir discrétionnaire de façon équitable de manière à permettre des exceptions fondées sur des motifs d'ordre humanitaire qui justifient la prise de mesures spéciales³¹. Bien qu'il s'agisse d'une procédure essentielle pour les demandeurs, le fait de demander une exception pour des motifs d'ordre humanitaire constitue un processus extrêmement exigeant que l'on a intégré à ce qui était déjà un régime d'immigration fort complexe. Ce processus exige que les personnes handicapées invoquent leur vulnérabilité et fassent appel à la compassion des décideurs, plutôt que de mettre en évidence leurs talents et leur valeur pour la société, ce qui consolide encore plus leur image de personnes handicapées considérées comme des objets de charité³².

Les législateurs canadiens devraient être salués pour avoir réformé la disposition relative au « fardeau excessif » et pour avoir ouvert des voies permettant aux demandeurs de surmonter le problème de l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires. Il est important de reconnaître que la législation canadienne sur l'immigration n'est plus ce qu'elle était en 1859. Toutefois, malgré d'importantes modifications et une application plus étroite du « fardeau excessif », la position par défaut de la législation canadienne en matière d'immigration demeure que les personnes handicapées ne sont pas des membres qu'il est souhaitable d'avoir au sein de la société. Comme le démontre le cas de Karen Talosig qui suit, le régime actuel ne permet pas de reconnaître la valeur inhérente des personnes handicapées.

³⁰ *Hilewitz c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); de Jong c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; 2005 CSC 57, [2005] 2 RCS 706 (mémoire des intervenants : Association canadienne pour l'intégration communautaire et l'Ethno-Racial People with Disabilities Coalition of Ontario), par. 4 [*Intervenants*] [C'EST NOUS QUI SOULIGNONS].

³¹ Mosoff, *supra* note 19, par. 161.

³² *Intervenants*, *supra* note 30, par. 54.

Karen Talosig, une jeune Philippine, est venue au Canada en 2007 à titre d'aide familiale résidente. Trois années après son arrivée, elle a présenté une demande de résidence permanente et inclus sa jeune fille Jazmine comme personne à charge dans sa demande. Sa demande a été rejetée au motif que l'éducation de sa fille sourde risquait d'entraîner un « fardeau excessif » pour les services sociaux et de santé du Canada³³. Malgré le fait que l'économie canadienne dépend de travailleurs comme Karen, Jazmine n'était manifestement pas la bienvenue. M^{me} Talosig a contesté publiquement la décision et lancé une pétition en ligne qui a fait des vagues jusqu'à Ottawa. L'histoire s'est rendue au Parlement où la députée Hedy Fry a critiqué le gouvernement pour sa « politique d'immigration discriminatoire³⁴ ».

Lorsqu'on l'a interviewé au sujet de cette affaire, le directeur d'une organisation de la société civile, l'Institut des sourds et des malentendants de l'Ouest, a déclaré que la décision du gouvernement était discriminatoire et qu'elle violait peut-être la CDPH³⁵. De façon similaire, le Conseil des Canadiens avec déficiences (CCD) a soutenu que la disposition sur le « fardeau excessif » contrevenait aux obligations du Canada en vertu de la CDPH. Le CCD s'est prononcé publiquement au sujet des familles dont les demandes d'immigration sont rejetées parce que leur enfant est handicapé et a exhorté le gouvernement canadien à abroger le paragraphe 38(1) de la LIPR, déclarant ce qui suit : « Ces politiques sont basées sur une compréhension désuète et négative de la déficience, occultant carrément les contributions que peuvent apporter les personnes handicapées et, en fait, qu'elles apportent³⁶ ». Ces préoccupations font écho aux nombreuses critiques formulées par des chercheurs et des litigants

³³ Casey Tolan, « Canada denied this Filipina immigrant residency because her daughter is deaf », *Fusion News* (10 juin 2015), fusion.net/story/146103/canada-denied-this-filipina-immigrant-residency-because-herdaughter-is-deaf/ [EN ANGLAIS SEULEMENT].

³⁴ Jon Azpiri, « Case of deaf teenage denied immigration to Canada discussed in House of Commons », *Global News* (27 mai 2010), globalnews.ca/news/2019602/case-of-deaf-teenager-denied-immigration-to-canadadiscussed-in-house-of-commons/ [EN ANGLAIS SEULEMENT].

³⁵ Tolan, *supra* note 33.

³⁶ Conseil des Canadiens avec déficiences « Consternation au CCD : une fillette handicapée est frappée d'une mesure d'expulsion » (13 avril 2011), <http://www.ccdonline.ca/fr/socialpolicy/access-inclusion/press-release-immigration-13avril2011>.

concernant la disposition sur le « fardeau excessif³⁷ ». Considérant ces critiques, la question demeure : comment expliquer qu'on l'on maintienne toujours la disposition sur le « fardeau excessif » dans la législation canadienne sur l'immigration?

II. OBSTACLES SYSTÉMIQUES : DOCTRINE DISCRÉTIONNAIRE ET LIMITES IMPOSÉES PAR LA CHARTE

Il est difficile d'évaluer la disposition sur le « fardeau excessif » sans situer le contexte juridique et historique plus large. La migration donne lieu à une tension fondamentale entre la souveraineté de l'État et les droits de l'homme universels. On retrouve d'un côté la position selon laquelle les États ont l'important pouvoir discrétionnaire d'exclure les étrangers³⁸. De l'autre, on soutient que les droits de la personne sont universels et ont trait à la personne, et non pas à la citoyenneté. La législation sur l'immigration se retrouve ainsi dans une position difficile du fait de « la contradiction insoluble entre les principes expansifs et inclusifs d'universalisme moral et politique, qui sont ancrés dans les droits de l'homme universels, et la conception particulariste et d'exclusion associée à la fermeture démocratique », que l'on retrouve au sein des États modernes³⁹.

Cette contradiction apparaît clairement dans les traités fondateurs relatifs aux droits de la personne. Comme le souligne M. Benhabib, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* reconnaît le

³⁷ Voir de façon générale, Yahya El-Lahib, « Immigration and Disability: Ableism in the Policies of the Canadian State » (2011) 5:1 Intl Social Work 95 [EN ANGLAIS SEULEMENT]; Roy Hanes, « Pas un seul et c'est déjà trop : Exploration historique des lois sur l'immigration appliquées aux personnes handicapées » (2009) 37:1&2 Developmental Disabilities Bulletin 91; Yoonmee Han, « Human Rights Violations Against People with Disabilities » (2015) 1 Knots 45 [EN ANGLAIS SEULEMENT]; MacIntosh, *supra* note 20; Mosoff, *supra* note 19.

³⁸ Colin Grey, *Justice and Authority in Immigration Law* (Portland: Hart Publishing, 2015), p. 44 [EN ANGLAIS SEULEMENT].

³⁹ Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (Cambridge, Mass: Cambridge University Press, 2004), p. 19 [TRADUCTION].

droit de circuler librement⁴⁰, de chercher asile⁴¹, le droit à une nationalité⁴² et le droit de ne pas être privé d'une nationalité⁴³.

Toutefois, on ne mentionne nullement dans les *obligations des États* que ces derniers sont tenus d'autoriser l'admission des migrants, de soutenir le droit à l'asile et d'attribuer la citoyenneté à des étrangers⁴⁴. Ces contradictions internes entre les droits de l'homme universels et la souveraineté de l'État sont par conséquent « intégrées à la logique des textes législatifs internationaux les plus exhaustifs de notre monde⁴⁵ ». Cette ambivalence se retrouve dans l'engagement des États à l'égard du traité international le plus important en matière d'immigration, la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*⁴⁶. Même si elle est entrée en vigueur en 2003, elle n'avait été ratifiée que par 48 États en 2015, principalement par des pays de l'hémisphère Sud⁴⁷. Le Canada, comme nombre de destinations choisies par les immigrants, n'a pas signé la Convention⁴⁸.

Les deux principaux piliers du système des droits de la personne sont donc en contradiction. Le premier aspire à ce que toutes les personnes jouissent de la pleine égalité juridique, l'autre que l'on accepte que les États puissent exercer une discrimination entre les citoyens et les non-citoyens. Cette tension est une source de dynamisme en droit international. À certains moments, le contexte politique mondial favorise le nativisme et l'étanchéité des frontières nationales. À d'autres moments, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme universels font pencher la balance vers une compréhension plus perméable de la souveraineté des États et des obligations envers les non-citoyens.

⁴⁰ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, AG Résolution 217A (III), documents officiels des Nations Unies, 3^e session, supp n° 13, UN Doc A/810 (1948) art. 13.

⁴¹ *Ibid.*, art. 14.

⁴² *Ibid.*, art. 1.

⁴³ *Ibid.*, art. 15.

⁴⁴ Benhabib, *supra* note 39, p. 11.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, 2220 RTNU 3 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.* Le Canada ne figure pas sur la liste des pays qui ont ratifié la Convention.

De ce point de vue, il est clair que le changement d'attitude des tribunaux canadiens à l'égard des migrants handicapés reflète et reproduit cette même contradiction.

a) La doctrine discrétionnaire

La doctrine juridique voulant que les États aient un pouvoir absolu en matière d'immigration remonte à la fin du XIX^e siècle. Dans sa formulation initiale, la doctrine discrétionnaire était absolue. Dans la décision *Chae Chan Ping v United States*, rendue en 1889, la Cour suprême des États-Unis a déterminé que le droit d'exclure des étrangers pouvait être exercé « en tout temps lorsque, de l'avis du gouvernement, les intérêts du pays l'exigeaient⁴⁹ ». La Cour a par ailleurs déclaré que ce pouvoir « ne pouvait être retiré ou restreint au nom de quiconque » [TRADUCTION]. Au Canada, cette doctrine a été affirmée dans la décision rendue en 1906 dans l'affaire *Attorney-General for Canada v Cain*, dans laquelle le Conseil privé a déclaré ceci : « Parmi les droits que possède le pouvoir suprême de chaque État il y a le droit d'en refuser l'entrée à un étranger, d'ajouter les conditions qu'il juge à propos à la permission d'entrer dans l'État [...]»⁵⁰ ». La doctrine discrétionnaire rend difficile, voire impossible, pour un tribunal d'interférer dans la politique d'immigration, même si elle présente des relents de discrimination.

Cette position obstinée est bien illustrée dans le discours du premier ministre Mackenzie King, prononcé en 1947 :

La discrimination a été longtemps invoquée lors de la sélection des immigrants. Je tiens toutefois à préciser que le Canada est parfaitement en droit de sélectionner les personnes qu'il considère comme des citoyens futurs désirables. Émigrer au Canada n'est pas un droit fondamental de la personne. C'est un privilège. C'est une question de législation interne. [...] Le peuple canadien ne souhaite pas, en conséquence d'une immigration massive, voir un changement fondamental des caractéristiques de notre population. L'immigration à grande échelle de l'Orient changerait la composition fondamentale de la population canadienne. Une immigration orientale importante, en outre, donnerait lieu à des problèmes sociaux et

⁴⁹ *Chae Chan Ping v United States (The Chinese Exclusion Case)* (1889), 130 US 581, 9 S Ct 623, 32 LEd 1068, par. 609 [TRADUCTION].

⁵⁰ *Attorney-General for the Dominion of Canada c Cain*, [1906] CA 542, par. 546 [TRADUCTION].

économiques susceptibles d'entraîner de graves difficultés dans le domaine des relations internationales⁵¹.

Au cours des années qui ont suivi ce discours, la révolution de l'après-guerre en matière de droits de la personne a favorisé l'adoption d'une approche plus perméable à l'égard de la souveraineté de l'État. Le Parlement a transformé le système d'immigration du Canada, supprimant des caractéristiques immuables comme la race, la nationalité et l'ethnicité des critères de sélection⁵². Malgré le fait que le Canada n'était pas tenu légalement de donner suite à ces modifications, le « contexte normatif » mondial avait changé⁵³. Faire partie d'une communauté de pays exigeait que l'on accepte certaines intrusions dans la souveraineté de l'État; la discrimination raciale flagrante n'était plus acceptable. Les handicaps, toutefois, ont perduré en tant qu'obstacles à la citoyenneté.

En cette époque de mondialisation économique, ni l'un ni l'autre de ces pôles – la vision d'une souveraineté de l'État sans réserve de King ou les droits de la personne sans frontières – n'est satisfaisant. Manifestement, nous ne voulons pas vivre dans un monde où les pays rejettent les normes qui régissent leur pouvoir d'exclure des étrangers de leurs territoires. Et pourtant, « du moment que la structure étatique existe, il semble que les distinctions entre citoyens et non-citoyens ne peuvent être entièrement mises de côté⁵⁴ ». Les chercheurs, les juristes et les citoyens sont au fait de cette tension et cherchent à établir un terrain d'entente entre les deux pôles. Par exemple, Di Pascale propose que les droits civiques et politiques soient garantis pour tous, tandis que les droits sociaux et économiques seraient réservés seulement aux citoyens⁵⁵. D'autres soulignent qu'il s'agit d'une distinction grossière, en particulier parce que les droits socioéconomiques sont de plus en plus reconnus⁵⁶. Par exemple, en

⁵¹ *Débats de la Chambre des communes* (1^{er} mai 1947) p. 2644–2646 (hon. Mackenzie King) [TRADUCTION].

⁵² Triadafilopoulos, *supra* note 1.

⁵³ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁴ Ruth Rubio-Marin, *Human Rights and Immigration* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 10 [TRADUCTION].

⁵⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁶ *Ibid.*

ce qui concerne le droit à l'éducation, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies maintient que le statut d'immigrant ne justifie pas la discrimination⁵⁷.

Le fait que la LIPR exclut les personnes handicapées constitue un terreau particulièrement fertile pour examiner ces questions. Dans *Hilewitz*, près de 60 ans après le discours de King, la juge Abella a fait une déclaration qui englobait à la fois la doctrine discrétionnaire et la volonté compensatoire de maintenir les protections relatives à l'égalité :

La question n'est pas de savoir si le Canada peut élaborer une politique d'immigration propre à réduire le risque que des candidats à l'immigration lui occasionnent un fardeau excessif. Il est clair qu'il peut le faire. Mais, dans les présentes affaires, la Loi est interprétée d'une manière qui fait obstacle à l'admission de *toutes* les personnes ayant une déficience intellectuelle, sans égard au soutien ou à l'aide de la famille et à la question de savoir si leur admission crée une probabilité raisonnable de fardeau excessif pour les services sociaux canadiens⁵⁸.

Même si la question d'une contestation fondée sur la Charte n'est pas abordée directement dans le jugement, la juge Abella semble fermer la porte à une demande fondée sur le droit à l'égalité en vertu de l'article 15 en déclarant qu'il est « clair » que le Canada est en droit de concevoir une politique d'immigration qui vise à exclure certaines personnes en invoquant les coûts publics. Cette affirmation va dans le sens du commentaire de M^{me} Dauvergne, soit « qu'une fois qu'un espace discrétionnaire est affirmé, on ne peut prétendre revendiquer des droits. Cette idée perd alors toute sa pertinence⁵⁹ ». Cela explique en partie pourquoi la juge Abella ne mentionne pas directement la possibilité d'une incompatibilité entre l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires de la LIPR et les droits à l'égalité garantis par la *Charte*. Même si les intervenants du groupe de citoyens ont soutenu que la disposition devait être interprétée du point de vue des valeurs de la *Charte* et des obligations internationales du

⁵⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « *Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation* » (1999) UN Doc. E/C.12/1999/10, par. 34.

⁵⁸ *Hilewitz*, *supra* note 18, par. 57.

⁵⁹ *Ibid.*, par. 66 [TRADUCTION].

Canada en matière de droits de la personne⁶⁰, le terme « discrimination » n'apparaît nulle part dans son jugement.

Parallèlement, la décision de la juge Abella démontre un certain inconfort à l'idée de rejeter les principes d'égalité, soulignant que les agents de l'immigration et les médecins agréés sont tenus d'éviter les stéréotypes et de procéder à des évaluations individualisées et non pas généralisées. C'est là le type de libellé que l'on pourrait obtenir si la Cour devait appliquer le critère de l'article 15 pour déterminer s'il y a discrimination. La juge Abella semble ainsi chercher son propre terrain d'entente, affirmant d'une part la prérogative du gouvernement de concevoir sa politique d'immigration, et s'exprimant d'autre part dans le langage utilisé pour décrire les droits inscrits dans la *Charte*.

b) Limites de la Charte

En plus de la doctrine discrétionnaire, le deuxième obstacle à une contestation de la disposition sur le « fardeau excessif » est l'applicabilité limitée de la *Charte*. Dans *Singh*, la Cour suprême a conclu que la *Charte* s'applique à toute personne physiquement présente au Canada⁶¹. Le problème élémentaire lorsqu'on désire recourir à la *Charte* est qu'elle ne peut être invoquée par les demandeurs qui se trouvent à l'extérieur du pays. C'était précisément la difficulté dans *Deol c Canada*⁶², la décision qui fait autorité en matière de discrimination et d'interdiction de territoire pour motifs sanitaires. Au cœur de l'affaire *Deol* se trouvait la question de savoir si la disposition relative au « fardeau excessif » contrevenait à l'article 15 de la *Charte*⁶³. La demande de M. Deol avait été rejetée parce qu'il souffrait d'arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé. M. Deol concédait qu'il ne pouvait recourir directement à une contestation fondée sur la *Charte* puisqu'il ne se trouvait pas physiquement au Canada. Sa fille a par conséquent amorcé une contestation fondée sur l'article 15 de la

⁶⁰ *Intervenants*, supra note 30, par. 4.

⁶¹ *Singh c Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] 1 RCS 177, par. 3, [1985] A.C.S. n° 11 (QL).

⁶² *Deol*, supra note 3.

⁶³ *Ibid.*

Charte au motif qu'elle était victime de discrimination en tant que fille d'un père handicapé⁶⁴. Cette contestation indirecte de M^{me} Deol a affaibli ses arguments relatifs à la discrimination, et elle n'a pas réussi à convaincre la Cour d'appel fédérale⁶⁵.

Dans *Deol*, la Cour a appliqué le critère établi dans *Law c Canada* pour conclure à une discrimination, acceptant que le premier des deux volets du critère : 1) différence de traitement et 2) présence d'un ou plusieurs motifs énumérés, était satisfait. La troisième étape de *Law* consistait à poser la question suivante :

La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération⁶⁶?

La Cour a conclu que tel n'était pas le cas. Les juges Evans et Malone ont conclu que le fait que M^{me} Deol soit l'enfant d'un parent qui s'était vu refuser un visa en raison d'une affection qui coûtait cher à soigner ne portait atteinte ni à sa valeur individuelle ni à sa dignité humaine⁶⁷. Cette conclusion était en outre appuyée par la nature *individualisée* des évaluations médicales⁶⁸. Les juges Evans et Malone ont déclaré ceci : « Le législateur n'a donc pas éliminé toutes les personnes atteintes d'une déficience en leur attribuant en bloc des caractéristiques stéréotypées, mais il a essayé d'établir des distinctions en fonction de la situation concrète de chaque demandeur de visa⁶⁹ ». Ce raisonnement de la Cour semble supposer que du moment que les évaluations des coûts sont fondées sur des calculs *individualisés* plutôt que *généralisés*, il ne peut y avoir d'allégations de discrimination. Le problème avec cette logique est qu'elle ne tient pas compte de la nature des critères utilisés pour procéder à ces évaluations ou pour

⁶⁴ *Ibid.*, par. 50.

⁶⁵ *Ibid.*, par. 64.

⁶⁶ *Law c Canada* (ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 RSC 497, par. 3, 170 D.L.R. (4^e) 1 [Law].

⁶⁷ *Deol*, *supra* note 3, par. 56.

⁶⁸ *Ibid.*, par. 60.

⁶⁹ *Ibid.*

prendre en considération la preuve d'une discrimination indirecte. Que les évaluations soient individualisées ou non, si les personnes handicapées se voient refuser l'admission neuf fois sur dix, il est justifié que l'on réexamine ce critère.

Par exemple, si M. Deol avait été physiquement présent au Canada, il est possible de croire que l'analyse des critères établis dans *Law* aurait pu faire en sorte que l'on accueille l'allégation de discrimination. Le troisième volet du critère consiste à demander si le geste fait en sorte que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne⁷⁰.

Les évaluations des coûts sont en fait des choix fondés sur des valeurs subjectives. Ainsi, les membres d'une famille avec un adolescent sans handicap peuvent immigrer au Canada et s'établir en tant que résidents permanents⁷¹. Leur fils peut décider d'étudier la littérature dans une université canadienne et par conséquent recevoir une bourse de 20 000 \$ par année du gouvernement⁷². L'évaluation des services sociaux utilisés par cette personne ne comprendrait pas cette dépense gouvernementale. À l'opposé, une famille dont le fils a un handicap intellectuel qui exige une formation professionnelle déclencherait une évaluation des coûts des « services sociaux » et donnerait vraisemblablement lieu à une conclusion de « fardeau excessif », malgré le fait qu'il pourrait très bien faire son entrée sur le marché du travail et contribuer à la société de plusieurs façons importantes. La différence de traitement entre ces deux familles expose le fait que ces évaluations ne sont pas neutres du point de vue des valeurs véhiculées. Par conséquent, *Deol* ne devrait pas être vu comme une affirmation du principe selon lequel une contestation fondée sur l'article 15 de la *Charte* va échouer, mais comme le fait que les limites relatives au territoire physique établies dans la *Charte* constituent un

⁷⁰ *Law*, *supra* note 59.

⁷¹ L'hypothèse qui suit est inspirée de Cara Wilkie, Bakerlaw Accessible Justice, *Immigration Research Project* (31 août 2009) [dans le dossier de l'auteur] [EN ANGLAIS SEULEMENT].

⁷² Le montant estimé de la bourse annuelle accordée par le gouvernement à des étudiants canadiens de niveau postsecondaire, voir Josh Dehass, « Think your tuition bill is too high? Check out the government's », *Macleans* (20 juin 2011), www.macleans.ca/education/uniandcollege/think-your-tuition-bill-is-too-high-check-out-the-governments/ [EN ANGLAIS SEULEMENT].

obstacle crucial lorsqu'il s'agit de contester la disposition relative au « fardeau excessif ». En ce qui concerne les demandeurs physiquement présents au Canada, un deuxième obstacle aux protections offertes par la *Charte* est la position de la magistrature canadienne à l'égard des non-citoyens. Comme le révèle l'enquête sur la jurisprudence relative à la *Charte* menée par M^{me} Dauvergne sur une période de 30 ans, « les non-citoyens ont connu peu de victoires à la Cour suprême du Canada⁷³ ». Dauvergne souligne que les premières décisions dans *Singh* et *Law* étaient en fait le « point culminant » des protections relatives aux droits des non-citoyens au Canada⁷⁴. Depuis, dans la bataille entre les droits de la personne et les droits des citoyens, ce sont les derniers qui ont manifestement gagné⁷⁵. Les travaux de Dauvergne suggèrent que même si une demande fondée sur le droit à l'égalité était soumise par un demandeur se trouvant au Canada concernant la disposition du « fardeau excessif », un non-citoyen aurait de la difficulté à invoquer un argument portant sur la *Charte*.

La présentation de ce contexte juridique démontre bien pourquoi la disposition relative au « fardeau excessif » est maintenue. La doctrine discrétionnaire et les limites des protections offertes dans la *Charte* sont des obstacles puissants qui empêchent les tribunaux de reconnaître la discrimination dans le contexte de l'immigration.

Comme l'on peut s'y attendre, la principale transformation du régime d'immigration canadien qui a supprimé toutes les autres caractéristiques immuables des critères de sélection a été le fait du Parlement, et non pas des tribunaux⁷⁶. Toutefois, ce ne sont pas les seules forces en jeu. Les critiques des chercheurs, les demandes des groupes de citoyens et la compréhension croissante des droits des personnes handicapées au sein de la société ont grugé peu à peu l'exclusion autrefois manifeste des

⁷³ 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, par. 88 [TRADUCTION].

⁷⁴ *Ibid.*, par. 16.

⁷⁵ Dauvergne écrit que « la tendance voulant que les droits de la personne l'emportent sur les droits des citoyens est terminée ou... n'a jamais pu être observée au Canada, nonobstant *Singh* et *Andrews* » (*ibid.*, par. 58) [EN ANGLAIS SEULEMENT].

⁷⁶ Triadafilopoulos décrit cette période de l'histoire, y compris le dépôt du *Livre blanc* sur l'immigration au Parlement et les réformes politiques qui ont suivi (*supra* note 1, p. 29 et 30).

personnes handicapées. Pour poursuivre notre analyse, nous devons maintenant nous interroger sur le rôle que peut jouer la CDPH dans l'orientation de cette évolution continue.

III. VISION DE LA CDPH

Dans cette section, je me pencherai sur l'encadrement que peut offrir la CDPH aux tribunaux canadiens (et au Parlement), dans leurs efforts visant à assurer que les dispositions relatives à l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires vont dans le sens des protections des droits à l'égalité offertes aux personnes handicapées. Je commencerai par présenter le cadre normatif général de la Convention, puis j'examinerai certaines dispositions bien précises.

La CDPH est la première convention mondiale consacrée exclusivement aux droits des personnes handicapées. Présentée à l'Assemblée générale des Nations Unies en 2006, elle a été ratifiée au cours des deux années qui ont suivi et est entrée en vigueur en 2008. L'approche innovatrice adoptée dans la Convention à l'égard des droits des personnes handicapées est décrite dans son préambule ambitieux qui souligne « le caractère universel, indivisible, interdépendant et indissociable de tous les droits de l'homme⁷⁷. Des chercheurs ont interprété ce libellé comme le signal de l'applicabilité universelle de ces obligations tant aux citoyens qu'aux non-citoyens des États⁷⁸.

Les droits énumérés tout au long de la Convention sont le fruit d'une approche sociale à l'égard des invalidités⁷⁹. Le « modèle social » affirme que le handicap résulte d'une interaction entre une personne handicapée et son exclusion d'une société qui exerce une discrimination fondée sur la

⁷⁷ CDPH, *supra* note 4, préambule (c).

⁷⁸ Crock, *supra* note 9, p. 740; Ben Saul, « Migrating to Australia with Disabilities: Non-Discrimination and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2010) Sydney Law School Legal Studies Research Paper n° 10/109, p. 7 [EN ANGLAIS SEULEMENT].

⁷⁹ L'article premier de la CDPH est ainsi rédigé : « Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres ». Voir aussi Paul Harpur, « Embracing the New Disability Rights Paradigm: The Importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities » (2012) 27:1 Disability & Society 1 [EN ANGLAIS SEULEMENT].

capacité physique⁸⁰. Le « modèle social » exige que les citoyens, les législateurs, les activistes des droits des personnes handicapées et autres intervenants se réunissent pour examiner la question de l'inclusion sociale des personnes handicapées. À l'opposé, le modèle « médical » ou du « bien-être social » voit les personnes handicapées comme des « objets de charité, nécessitant des traitements médicaux et la protection de la société⁸¹ ». Pour de nombreux chercheurs, cette affirmation du modèle social dans le préambule est le signal d'un changement dans les conceptions dominantes des handicaps⁸².

Le « modèle social » se reflète aussi dans l'affirmation de la Convention qui porte sur la valeur des personnes handicapées et sur leurs contributions à la société, de même que sur les avantages de l'inclusion sociale. Le texte renverse l'idée que les personnes handicapées sont des « fardeaux publics », insistant plutôt sur le fait que l'autonomisation et la participation des personnes handicapées peuvent donner lieu à un « sentiment d'appartenance et feront notablement progresser le développement humain, social et économique de leurs sociétés et l'élimination de la pauvreté⁸³ ». En dernier lieu, le préambule adopte une compréhension « multidimensionnelle » de l'oppression, reconnaissant les « formes multiples ou aggravées de discrimination » fondées sur la race, le sexe, la langue, la religion, l'origine autochtone ou sociale et autres qui sont exercées en combinaison avec la discrimination fondée sur le handicap⁸⁴.

Ces principes directeurs devront être gardés à l'esprit tandis que je décrirai les obligations précises qui sont pertinentes à la disposition relative au « fardeau excessif ».

⁸⁰ Voir Harpur, *supra* note 79.

⁸¹ Crock, *supra* note 9, p. 737 [TRADUCTION].

⁸² Voir, par exemple, Harpur, *supra* note 79; Ravi Malhotra et Robin F Handson, « The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for the Equality Rights of Canadians with Disabilities: The Case of Education » (2011) 29 Windsor YB Access Just 73 [EN ANGLAIS SEULEMENT].

⁸³ CDPH, *supra* note 4, préambule (m).

⁸⁴ *Ibid.*, préambule (p).

a) Obligations établies dans la CDPH pertinentes au « fardeau excessif »

L'article premier de la CDPH décrit les personnes handicapées comme des personnes ayant des incapacités à long terme dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société. La CDPH, par conséquent, n'offre aucune protection en matière d'égalité aux migrants ayant des problèmes médicaux à court terme qui sont visés par la disposition relative au « fardeau excessif ».

Dès le départ, on observe une incompatibilité fondamentale entre la LIPR et la CDPH, soit le « modèle médical » du handicap. La LIPR demande aux « médecins agréés » de déterminer la destinée des demandeurs handicapés. Le paragraphe 38(1) les invite à « évaluer la portée des dommages » et à « déterminer la portée des services qui seront nécessaires⁸⁵ ». En permettant aux médecins agréés d'être les « gardiens » de la citoyenneté canadienne⁸⁶, la LIPR va à l'encontre du modèle social endossé sans équivoque dans la CDPH.

En plus de ce désaccord fondamental, trois autres articles de la CDPH sont particulièrement pertinents pour les migrants handicapés : droit de circuler librement et nationalité, non-discrimination et égale protection. Dans les pages qui suivent, j'explore les répercussions de chacune de ces obligations et la mesure dans laquelle elles sont compatibles avec l'exclusion de la LIPR fondée sur des motifs sanitaires. Mon analyse est fondée sur les travaux de M. Saul de l'Université de Sydney, lequel a procédé à une analyse similaire dans le contexte du régime australien d'immigration⁸⁷.

⁸⁵ Mosoff, *supra* note 19, p. 165 [TRADUCTION].

⁸⁶ *Ibid.*, p. 166.

⁸⁷ Saul conclut que le critère de santé australien exerce une discrimination directe à l'endroit des migrants ou des réfugiés handicapés et qu'il contrevient aux obligations d'égalité prévues à l'article 5 de la CDPH (*supra* note 78, p. 3).

b) Article 18 : Droit de circuler librement et nationalité

Aucun droit à la citoyenneté canadienne, ou à celle de tout autre pays, n'est prévu dans le droit international⁸⁸. L'article 18, qui établit que les personnes handicapées ont le droit de circuler librement, le droit de choisir librement leur résidence et le droit à une nationalité sur la base de l'égalité avec les autres, ne vient aucunement modifier ce fait fondamental⁸⁹. L'article 18 est le reflet de la sensibilité continue des États à la doctrine discrétionnaire dans le contexte de l'immigration⁹⁰.

Le paragraphe 18(a) établit que les personnes handicapées ont le droit d'acquérir une nationalité et de changer de nationalité, et qu'elles ne doivent pas être privées de leur nationalité arbitrairement ou en raison de leur handicap. Bien que cela semble à première vue une protection des droits à l'égalité prometteuse pour les migrants handicapés, une analyse approfondie du libellé révèle qu'il en est autrement. La première phrase du paragraphe 18(a) réitère que les personnes handicapées ont droit à *une* nationalité, et non pas le droit d'immigrer dans un pays en particulier. La deuxième phrase signifie *qu'une fois qu'ils ont une nationalité*, ils ne peuvent la perdre du fait de leur handicap. Ce paragraphe, toutefois, n'établit pas qu'une personne qui n'a pas encore acquis la citoyenneté canadienne ne doit pas être privée de cette citoyenneté en raison de son handicap.

Le paragraphe 18(b) établit que les personnes handicapées ne peuvent être privées de la capacité d'obtenir, de posséder et d'utiliser des titres attestant leur nationalité et d'avoir recours aux procédures d'immigration. Ce droit porte sur *l'accessibilité* du processus d'immigration, et non pas sur les droits fondamentaux d'entrer ou de demeurer dans un pays. Le paragraphe 18(c) garantit aux personnes handicapées le droit de quitter n'importe quel pays, y compris le leur, tandis que le paragraphe 18(d) établit que les personnes ne peuvent être privées du droit d'entrer dans *leur propre*

⁸⁸ *Ibid.*, p. 5, citant le *Comité des droits de l'homme des Nations Unies* (1986).

⁸⁹ CDPH, *supra* note 4, art. 18.

⁹⁰ Saul, *supra* note 78, p. 5.

pays. Ici encore, on parle des droits des citoyens vis-à-vis de leur propre pays, et non pas des droits des migrants.

Dans l'ensemble, l'article 18 affirme les droits existants et souligne un certain niveau d'aménagement raisonnable au sein du processus administratif d'immigration, mais n'offre aucunement de nouveaux droits aux migrants handicapés. M. Saul explique que lorsque cet article a été débattu à l'étape de rédaction, on avait proposé d'inclure le « droit de jouir, sur un pied d'égalité, du droit d'entrer dans un pays autre que son pays d'origine et d'y immigrer⁹¹ ». Cette proposition a été rejetée. Compte tenu du texte de l'article et de son historique de rédaction, l'article 18 ne semble pas fournir de protections additionnelles en ce qui concerne les droits à l'égalité des migrants handicapés.

c) Article 2 : Discrimination

Les questions en jeu lorsque des migrants handicapés sont visés par la disposition du « fardeau excessif » ne peuvent être abordées du point de vue de la définition que donne la CDPH de la « discrimination fondée sur le handicap ». Cette expression est ainsi définie à l'article 2 :

[T]oute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le handicap qui a pour objet ou pour effet de compromettre ou réduire à néant la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel, civil ou autres. La discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable⁹².

Pour satisfaire cette définition, un demandeur devrait par conséquent démontrer qu'un droit était en jeu et qu'il a été exclu ou restreint sur la base de son handicap⁹³. Comme nous l'avons indiqué, immigrer au Canada n'est ni un droit de la personne ni une liberté fondamentale. Comme M. Saul, je conclus que

⁹¹ Saul, *supra* note 78, p. 5 [TRADUCTION].

⁹² CDPH, *supra* note 4, art. 2 [C'EST NOUS QUI SOULIGNONS].

⁹³ Saul écrit qu'une lecture littérale de l'article 2 « pourrait suggérer que la discrimination fondée sur le handicap ne se produit que lorsqu'une telle discrimination peut être rattachée à une atteinte à un autre droit de la personne ou liberté existant(e). La disposition au libellé similaire de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme a été interprétée comme accordant une protection contre la discrimination seulement en relation avec l'exercice ou la jouissance d'autres droits de la personne énumérés dans ce traité » [TRADUCTION] (*supra* note 78, p. 6).

les immigrants qui font l'objet d'une discrimination fondée sur le handicap ne pourraient respecter la définition de discrimination établie à l'article 2.

d) Article 5 : Égalité et non-discrimination

Bien que l'analyse qui précède souligne que les gens n'ont aucun droit à l'immigration dans un pays en particulier, cela ne signifie pas que toutes les mesures gouvernementales relatives à l'immigration sont protégées contre une contestation fondée sur les droits de la personne. M. Saul souligne que la CDPH « ne contient aucune limite territoriale explicite ou implicite quant à la portée de son application⁹⁴ ». Ce point est soutenu par le préambule de la CDPH, qui souligne le caractère universel des obligations relatives aux droits de la personne⁹⁵. Cette analyse suggère qu'une fois qu'un demandeur amorce, par exemple, le processus canadien d'immigration et que son dossier est examiné, même s'il se trouve à l'extérieur du territoire du Canada, les mesures prises par le gouvernement canadien pour évaluer son dossier et décider de son admissibilité demeurent assujetties à la CDPH.

Gardant ce fait à l'esprit, on observe une importante incompatibilité entre la disposition relative au « fardeau excessif » et les obligations d'égalité et de non-discrimination établies dans la CDPH. Le paragraphe 5(1) indique que « toutes les personnes sont égales devant la loi et en vertu de celle-ci et ont droit sans discrimination à l'égale protection et à l'égal bénéfice de la loi ». En outre, le paragraphe 5(2) interdit toutes les discriminations fondées sur le handicap et garantit aux personnes handicapées une égale et effective protection juridique contre toute discrimination, *quel qu'en soit le fondement*. Cette disposition est plus large que l'article 2, qui interdit la discrimination dans le contexte plus vaste de *protection devant la loi*. M. Saul fait observer que contrairement à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la CDPH ne comprend pas de clause stipulant que la discrimination ne s'applique pas aux « distinctions, exclusions, restrictions ou

⁹⁴ Saul, *supra* note 67, p. 6 [TRADUCTION].

⁹⁵ CDPH, *supra* note 4, préambule.

préférences entre citoyens et non-citoyens⁹⁶ ». Il n'existe donc aucune preuve selon laquelle les obligations de la CDPH n'étaient pas destinées à s'appliquer à la discrimination exercée contre des non-citoyens. Cette interprétation de la Convention suggère que l'article 5 s'applique aux États qui exercent une discrimination fondée sur le handicap à l'endroit des non-citoyens⁹⁷.

Avant d'examiner de quelle façon les tribunaux canadiens pourraient respecter l'article 5 de la CDPH, je vais préciser le contenu de cette obligation en vertu du droit international⁹⁸. L'on peut supposer qu'au moment de rédiger l'article 5, l'obligation était destinée à être interprétée de façon similaire aux autres protections contre la discrimination contenues dans le droit international⁹⁹. Dans la jurisprudence internationale, une violation des droits à l'égalité de protection peut être accueillie si, compte tenu des objectifs et de la raison d'être de la convention, 1) ils ont pour objectif une politique publique légitime, et 2) ils sont proportionnels à l'atteinte de cet objectif¹⁰⁰.

a. Cas apparemment fondé de discrimination

L'article 5 a été interprété comme une protection contre la discrimination directe et indirecte¹⁰¹. Une discrimination indirecte est exercée lorsqu'une loi « d'apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des groupes en particulier », à moins que la pratique ne soit justifiée¹⁰². La jurisprudence canadienne en matière de discrimination reconnaît également la discrimination indirecte comme une violation des garanties relatives à l'égalité¹⁰³.

La version actuelle de la LIPR ne nomme pas explicitement les personnes handicapées dans la disposition relative au « fardeau excessif ». Toutefois, les personnes handicapées sont indirectement

⁹⁶ Pour un examen complet de cette question, voir Saul, *supra* note 78, p. 7 [TRADUCTION].

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Gib Van Ert souligne que « la jurisprudence établit que les tribunaux canadiens devraient interpréter les traités internationaux à partir des règles d'interprétation internationales et non nationales » (*Using International Law in Canadian Courts* [Toronto: Irwin Law, 2008], p. 273).

⁹⁹ *Non-discrimination in International Law: A Handbook for Practitioners* (London, UK: Interights, 2011), p. 19 [*Discrimination Handbook*] [EN ANGLAIS SEULEMENT].

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Saul, *supra* note 78, p. 8.

¹⁰² *Discrimination Handbook*, *supra* note 99, p. 18 [TRADUCTION].

¹⁰³ Mosoff, *supra* note 19, p. 171; *Brooks c Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RSC 1219, [1989] CSJ n° 42; *Eldridge c British Columbia (procureur général)*, [1997] 3 RSC 624, [1997] CSJ n° 86.

désignées dans le cadre de l'évaluation des coûts. Certains chercheurs ont souligné que si le gouvernement allait au-delà de la discrimination fondée sur la capacité physique¹⁰⁴, le handicap ne serait pas la seule caractéristique susceptible de déclencher une évaluation des coûts publics¹⁰⁵. M^{me} Mosoff soutient que « sur une base actuarielle, l'on pourrait s'attendre à ce que différentes catégories d'immigrants éventuels imposent un fardeau disproportionné aux services sociaux et de santé¹⁰⁶ ». Les fumeurs de cigarettes, les conducteurs imprudents, les personnes qui comptent fréquenter une université publique et d'autres profils d'immigrants pourraient être pris en considération dans une évaluation impartiale des coûts publics probables¹⁰⁷.

On pourrait soutenir que l'approche « individualisée » à l'égard du « fardeau excessif » établie dans *Hilewitz* n'est pas discriminatoire. La Cour laissait entendre dans ce cas que puisque les décideurs tiennent compte de la capacité d'une famille de compenser les coûts sociaux de la personne handicapée, ils n'entretiennent pas de stéréotypes. Même si M. Saul estime qu'il s'agit d'une mesure qui augmente la compatibilité de la disposition avec la CDPH, d'autres chercheurs considèrent qu'elle ne fait qu'aggraver la discrimination en atténuant les effets sur la base des privilèges de classe. Avant la décision *Hilewitz*, M^{me} Mosoff avait signalé qu'un critère d'interdiction de territoire fondé sur le fait qu'une famille peut ou non choisir de ne pas recourir aux services publics en raison de sa situation financière « permettrait aux familles riches de faire venir les membres de leurs familles alors que les familles plus pauvres ne pourraient pas¹⁰⁸ ». Bien qu'il s'agisse d'une amélioration, il ne suffit certainement pas d'harmoniser la disposition avec les principes d'égalité contenus dans la CDPH. Comme la CDPH reconnaît la discrimination multidimensionnelle, le fait que l'on autorise un nombre plus important de demandeurs à être exemptés d'une disposition autrement discriminatoire est contraire à l'esprit de la Convention.

¹⁰⁴ Voir de façon générale El-Lahib, *supra* note 37.

¹⁰⁵ Mosoff, *supra* note 19, p. 171; MacIntosh, *supra* note 20, p. 301.

¹⁰⁶ Mosoff, *supra* note 19, p. 171 [TRADUCTION].

¹⁰⁷ MacIntosh, *supra* note 20, p. 304 et 305.

¹⁰⁸ Mosoff, *supra* note 19, p. 169 [TRADUCTION].

Les arguments en faveur d'une discrimination indirecte seraient renforcés par les statistiques sur le nombre de personnes handicapées qui réussissent à surmonter la disposition sur le « fardeau excessif » comparativement à ceux qui en sont incapables. Il existe des personnes dont les déficiences sont minimales et qui par conséquent ne sont pas réputées entraîner des coûts additionnels pour les services sociaux ou de santé. Toutefois, il est clair qu'une vaste gamme de handicaps de gravité variable – déficience auditive, handicap intellectuel, VIH, autisme, trisomie 21, schizophrénie et autres – sont visés par la disposition¹⁰⁹. Il est donc fort probable que la disposition relative au « fardeau excessif » exerce indirectement une discrimination à l'égard des personnes handicapées.

b. Objectif légitime du point de vue de la politique publique

Il faut ensuite se demander si l'article relatif à l'interdiction de territoire pour motifs sanitaires poursuit un objectif légitime du point de vue de la politique publique. Le gouvernement canadien pourrait soutenir que l'objectif politique est de protéger les services sociaux et de santé du Canada. Le Parlement pourrait avancer qu'il cherche à protéger les services essentiels dont ont besoin les personnes handicapées qui se trouvent *déjà* au Canada. Bien qu'il s'agisse de préoccupations réelles, cet objectif stratégique énoncé comporte plusieurs problèmes.

Premièrement, si des considérations économiques et budgétaires sont au cœur de l'objectif législatif, des économistes et non pas des médecins devraient être chargés d'analyser le « fardeau excessif¹¹⁰ ». M^{me} Mosoff soutient que « les médecins agréés n'ont aucune formation, expérience ou expertise particulière dans le domaine de l'économie », et que par conséquent, ils ne sont pas outillés pour rendre de telles décisions¹¹¹. En outre, les dispositions qui excluent les personnes handicapées ne

¹⁰⁹ Voir par exemple Tolan, *supra* note 33 (déficience auditive); Hilewitz, *supra* note 20 (déficience intellectuelle); Choi, *supra* note 3 (VIH); *Ijaz c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2014] F.C.J. n° 934, [2014] CAF n° 934 (autisme); *Davidovitch c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2013] IADD n° 1082, [2013] DSAI n° 1082 C.A. CISR 2013/10/11 (retard du développement); *Li c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2012] IADD n° 1554, [2012] DSAI n° 1554 C.A. CISR 2012/7/9 (trisomie 21); *Dutt c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2012] IADD n° 444, [2012] DSAI n° 1444 C.A. CISR 2012/6/22 (schizophrénie).

¹¹⁰ Mosoff, *supra* note 19, p. 166.

¹¹¹ *Ibid.* [TRADUCTION].

peuvent logiquement avoir été toujours fondées sur l'objectif législatif de conserver les fonds publics puisqu'en fait, ces dispositions précédaient les services universels de soins de santé et de services sociaux¹¹².

Un objectif stratégique additionnel de la LIPR, qui est souligné dans la jurisprudence, est le concept monolithique de l'économie canadienne. Contrairement aux réfugiés ou aux immigrants de la catégorie du regroupement familial, les catégories d'immigration « investisseurs » et « travailleurs autonomes » en jeu dans *Hilewitz* recherchent des personnes qui vont apporter une contribution immédiate et substantielle au pays¹¹³. La juge Abella a conclu que la logique économique qui établit la catégorie d'immigration devrait être celle qui régit les questions d'admissibilité. Si tel est le cas, l'analyse du « fardeau excessif » devrait s'intéresser à la relation entre handicap, services sociaux et intégration au sein du marché du travail¹¹⁴. Et pourtant, ces questions ne sont pas examinées par les médecins agréés qui procèdent à l'évaluation du « fardeau excessif ».

Mais surtout, le fait d'accepter sans équivoque les arguments relatifs aux coûts en tant qu'objectif stratégique légitime dans le contexte de la discrimination à l'égard des personnes handicapées revient à négliger la raison d'être de la CDPH. Les gouvernements doivent toujours soupeser les choix budgétaires. Un État pourrait soutenir que le fait de créer des écoles accessibles va priver le système d'éducation de fonds essentiels et entraîner des taux accrus d'analphabétisme. L'argument selon lequel les coûts justifient la discrimination n'est pas accepté par les tribunaux canadiens dans d'autres domaines¹¹⁵. Si un gouvernement peut exercer une discrimination à l'égard des

¹¹² *Ibid.*, p. 157.

¹¹³ *Hilewitz*, *supra* note 20, par. 39.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Mosoff, *supra* note 19, citant les autorités suivantes : *R c Askov*, [1990] 2 RCS 1119, par. 1124 (le manque de ressources institutionnelles ne peut justifier un report déraisonnable des procès); *Singh c Canada*, *supra* note 61, par. 218 (rejet de l'argument du gouvernement selon lequel le coût des audiences était trop élevé); *Eldridge*, *supra* note 102 (le coût associé à la prestation d'interprètes n'est pas une justification suffisante pour ne pas avoir fourni d'interprètes du langage gestuel, ce qui viole les droits à l'égalité des personnes handicapées).

personnes handicapées et justifier immanquablement sa décision par l'importance des coûts, l'objectif radical de la CDPH ne pourra être atteint.

c. Disposition proportionnelle à l'atteinte de l'objectif

L'argument le plus solide contre la disposition relative au « fardeau excessif » est qu'elle n'est pas proportionnelle à l'atteinte de l'objectif législatif énoncé. Premièrement, le pourcentage de demandeurs handicapés représente une fraction minime des utilisateurs futurs de services sociaux et de santé. Chaque année, approximativement 450 000 évaluations médicales sont effectuées pour des immigrants futurs au Canada¹¹⁶. Entre 1993 et 2001, le pourcentage d'évaluations médicales rejetées se situait entre 0,31 et 0,96¹¹⁷. De ce nombre, une fraction encore plus petite respecterait vraisemblablement la définition de personne handicapée que l'on retrouve dans la CDPH. L'on ne peut s'attendre à ce que le fait de refuser l'admission à un nombre aussi réduit de personnes handicapées ait un impact important sur les délais de traitement provinciaux et fédéraux et sur les taux de morbidité. Le système de soins de santé canadien fait face à des défis considérables qui ne pourront être surmontés simplement en empêchant les personnes handicapées de s'établir en tant que résidents permanents.

À partir de cette évaluation, il semble probable que le fait d'exclure les personnes handicapées du Canada en vertu de la disposition relative au « fardeau excessif » soit incompatible avec l'article 5 de la CDPH. La disposition exerce une discrimination indirecte à l'endroit des personnes handicapées. Même si elle est soutenue par un objectif légitime, elle n'est pas proportionnelle à l'atteinte de cet objectif. L'autre problème est le statut de la CDPH au sein du droit interne et la façon dont les tribunaux canadiens peuvent se tourner vers la Convention pour les aider à statuer sur les questions relatives aux droits des migrants handicapés.

¹¹⁶ Kevin Elmwood, « Immigration medicals: what's the point? », *BC Medical Journal* (8 octobre 2009), www.bcmj.org/bc-centre-disease-control/immigration-medicals-what's-point [EN ANGLAIS SEULEMENT].

¹¹⁷ Wilkie, *supra* note 71, p. 10, tableau 4. Pour déterminer le pourcentage réel de demandeurs qui sont rejetés pour le motif de fardeau excessif et le pourcentage de ces demandeurs qui sont handicapés, il faudrait soumettre une demande d'AIPRP.

IV. LA CDPH DANS LES TRIBUNAUX CANADIENS

Le Canada a ratifié la CDPH le 3 novembre 2010¹¹⁸. L'année précédente, le gouvernement avait déposé un *mémoire explicatif* dans lequel il indiquait son intention concernant les obligations relatives à la CDPH. Le document indiquait que la CDPH « n'allait pas faire partie intégrante du droit interne, mais pouvait avoir une influence du point de vue de l'interprétation, notamment dans les cas portant sur les droits de la personne soumis aux tribunaux canadiens¹¹⁹ ». En outre, le mémoire expliquait que les obligations relatives à l'égalité et à la non-discrimination de la Convention allaient être respectées en se fondant sur la *Charte* et sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ainsi que sur la législation provinciale et territoriale équivalente¹²⁰.

Le Canada a adopté un système dualiste où le droit coutumier est directement intégré au droit interne et où le droit conventionnel exige la mise en œuvre d'une législation¹²¹. S'ils ne sont pas mis en œuvre, les traités ont un effet interprétatif. La question de savoir si un traité a été mis en œuvre dans la loi canadienne n'est pas simple, puisque rien n'exige qu'une loi indique précisément qu'elle met en œuvre un traité en particulier¹²². Dans ce cas, le Parlement pourrait compter sur « la législation existante pour se soustraire aux nouvelles obligations internationales, transformant ainsi une législation ordinaire en une législation de mise en œuvre après-coup¹²³ ». Le cas échéant, le traité pourrait être partiellement mis en œuvre. En revanche, au cours des cinq années qui se sont écoulées depuis la ratification de la Convention, le Canada n'a pas fait l'annonce d'un projet de loi majeur qui viendrait mettre en œuvre la CDPH. Compte tenu du libellé clair du *mémoire*, selon lequel la CDPH aura une

¹¹⁸ Le Canada avait deux réserves : l'article 12 (reconnaissance de la personnalité juridique dans les conditions d'égalité) et le paragraphe 33(2) (relatif à la surveillance de la Convention), aucune de ces réserves n'ayant d'incidence sur la présente analyse (voir Canada, Parlement, « Mémoire explicatif sur *la Convention relative aux droits des personnes handicapées* des Nations Unies », dans Documents parlementaires, n° 8532-402-57 (2009) [*Mémoire explicatif*] [dans le dossier de l'auteur] [source non paginée]).

¹¹⁹ *Ibid.* [TRADUCTION].

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Van Ert, *supra* note 98, p. 5.

¹²² *Ibid.*, p. 246.

¹²³ *Ibid.* [TRADUCTION].

« influence du point de vue de l'interprétation », le gouvernement le considère de toute évidence comme un traité qui n'a pas été mis en œuvre.

En fait, depuis la ratification, les tribunaux canadiens traitent la CDPH comme un traité inappliqué. Dans *Saporsantos Leobrerera c. Canada*, la cour s'est fondée sur la définition de handicap contenue dans la CDPH pour interpréter la LIPR. Dans *R. c Myette*, la cour a accepté la présomption que la législation interne devait être interprétée dans le respect de la CDPH, mais a rejeté « l'influence directe » de ses obligations au sein du droit interne¹²⁴. Dans *Hinze c Great Blue Heron Casino*, la CDPH a été utilisée pour expliquer le modèle social de handicap¹²⁵.

Du point de vue de l'interprétation, l'influence des traités que le Canada a ratifiés sans les mettre en œuvre découle de la présomption de la common law, selon laquelle le droit canadien se conforme aux obligations internationales du Canada¹²⁶. Dans le cas de la CDPH, la présomption de conformité est renforcée par les objectifs législatifs de la LIPR. L'alinéa 3(3)f) établit que la *Loi* devrait être interprétée et appliquée de manière à se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire. En outre, l'alinéa 3(3)d) établit que les décisions rendues en vertu de la *Loi* doivent être conformes à la *Charte*, « notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination [...] ». La Cour d'appel fédérale a précisé de quelle façon cette présomption doit être appliquée :

À première vue, la directive de l'alinéa 3(3)f) de la LIPR selon laquelle « [l]'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet [...] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire » est assez claire. La LIPR doit être interprétée et mise en œuvre d'une manière compatible avec les instruments visés à l'alinéa 3(3)f), à moins que ce ne soit impossible selon l'approche moderne de l'interprétation législative¹²⁷. [C'EST NOUS QUI SOULIGNONS]

¹²⁴ *R c Myette*, 2013 CAAB 371, par. 34, [2013] A.W.L.D. 5305.

¹²⁵ *Hinze c Great Blue Heron Casino*, 2011 TDPO 93, par. 21.

¹²⁶ Van Ert, *supra* note 98, p. 223.

¹²⁷ *de Guzman c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, par. 83, [2006] 3 F.C.R. 655.

Autrement dit, en interprétant une législation, un tribunal peut avoir deux ou plusieurs options pour interpréter la loi. Si l'une de ces options va dans le sens d'une obligation internationale alors que ce n'est pas le cas des autres options, la présomption de conformité favorisera la première¹²⁸.

Aux fins du présent document, la question est de savoir si, du point de vue de l'interprétation, l'influence de la CDPH pourrait guider la lecture de la disposition relative au « fardeau excessif ». En se fondant sur la CDPH, un tribunal pourrait se demander si le fait de demander à des médecins agréés d'évaluer le « fardeau excessif » va dans le sens du modèle social de handicap¹²⁹. Des juges pourraient remettre en question les préjugés enracinés dans le critère de « fardeau excessif » qui excluent de façon disproportionnée et systématique les personnes handicapées. Ils pourraient exiger que l'évaluation du « fardeau excessif » prenne en considération les rêves, les ambitions et les plans de carrière des migrants handicapés. Ces concepts – le modèle social du handicap, l'inclusion et la discrimination indirecte – ne sont pas nouveaux dans la jurisprudence canadienne. Toutefois, le fait de les étendre aux non-citoyens est sans précédent¹³⁰. La CDPH peut fournir un cadre normatif essentiel dans un domaine qui se trouve depuis trop longtemps dans l'ombre en ce qui concerne les droits de la personne.

Fondamentalement, pour ceux qui voudraient que la disposition relative au « fardeau excessif » soit tout simplement supprimée, l'influence de la CDPH du point de vue de l'interprétation ne sera pas jugée satisfaisante. La CDPH peut, toutefois, ancrer l'interprétation par les tribunaux du « fardeau excessif » et d'autres aspects du régime d'immigration dans la logique, les préoccupations et les aspirations du nouveau consensus mondial relatif aux droits des personnes handicapées. Je ne désire pas ici suggérer que le processus sera simple et facile. La réticence des tribunaux canadiens à interférer dans la politique d'immigration et les attitudes judiciaires à l'égard des non-citoyens sont tenaces et constituent des obstacles importants. Mais comme le démontre l'évolution de la disposition relative au

¹²⁸ Van Ert, *supra* note 98, p. 303.

¹²⁹ Cet argument a été soulevé par les intervenants dans *Hilewitz* (mais sans l'avantage de la CDPH) (voir en particulier *Intervenants*, *supra* note 30, par. 15 et 57).

¹³⁰ MacIntosh soutient que même si les conceptions préjudiciables des personnes handicapées ont été rejetées par les tribunaux et le Parlement du Canada, « les non-citoyens handicapés semblent avoir été laissés de côté » (*supra* note 20, p. 294).

« fardeau excessif », un changement – bien que lent – est possible. Selon les mots du grand poète canadien, « il y a une brèche en toute chose, c'est ainsi qu'entre la lumière¹³¹ ».

CONCLUSION

L'arc de l'univers moral est long, mais dans la société canadienne, il tend toujours vers le pluralisme. Repenser les personnes handicapées comme de nouveaux Canadiens désirables est l'opposé de la charité. C'est reconnaître la valeur d'une société diversifiée et se tourner vers un avenir plus inclusif. La ratification de la CDPH par le Canada le 3 novembre 2010 marque notre reconnaissance d'un changement radical dans le consensus mondial à l'égard de la discrimination. À une certaine époque, le fait que le Canada ouvre ses frontières à des non-Européens était controversé et dangereux. Aujourd'hui, dans notre société mondialisée, le multiculturalisme du Canada est l'un de ses plus grands atouts. La sensibilisation aux personnes handicapées est le prochain grand pas à faire en matière de droits de la personne. Le Canada doit prendre les mesures nécessaires pour y arriver.

¹³¹ Leonard Cohen, « Anthem », [genius.com/Leonard-cohen-anthem-lyrics](https://www.genius.com/Leonard-cohen-anthem-lyrics) [TRADUCTION].

BIBLIOGRAPHIE

Législation

- Canada, Parlement, « Mémoire explicatif sur la *Convention relative aux droits des personnes handicapées* des Nations Unies », dans Documents parlementaires, n° 8532-402-57 (2009) [dans le dossier de l'auteur].
- Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.
- Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « *Observation générale n° 13, Le droit à l'éducation* » (1999) UN Doc. E/C.12/1999/10.
- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, 2220 RTNU 3 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003).
- Convention relative aux droits des personnes handicapées*, 6 décembre 2006, 2515 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur le 3 mai 2008).
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, AG Résolution 217 A (III), documents officiels des Nations Unies, 3^e session, supp. n° 13, UN Doc A/810 (1948).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

Jurisprudence

- Attorney-General for the Dominion of Canada c Cain*, [1906] CA 542.
- Brooks c Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 RSC 1219, [1989] A.C.S. n° 42.
- Cabaldon c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 26, 140 F.T.R. 296.
- Cabaldon c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 140 F.T.R. 296, 42 Imm LR (2d) 12 (C.F. 1^{re} inst.).
- Chae Chan Ping v United States (The Chinese Exclusion Case)* (1889), 130 US 581, 9 S Ct 623, 32 LEd 1068.
- Charanjit Kaur Deol c ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2002 CAF 271, [2002] A.C.F. n° 949.
- Choi c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 98 F.T.R. 308, 29 Imm LR (2d) 85 (C.F. 1^{re} inst.).
- Davidovitch c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2013] IADD n° 1082; [2013] DSAI n° 1082 CA CISR 2013/10/11.
- de Guzman c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655.
- Dutt c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2012] IADD n° 1444; [2012] DSAI n° 1444 CA CISR 2012/6/22.
- Eldridge c British Columbia (procureur général)*, [1997] 3 RCS 624, [1997] A.C.S. n° 86.
- Hilewitz c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); De Jong c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 RCS 706.
- Hilewitz c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); De Jong c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; 2005 SCC 57, [2005] 2 SCR 706 (mémoire des intervenants : Association canadienne pour l'intégration communautaire et l'Ethno-Racial People with Disabilities Coalition of Ontario) [dans le dossier de l'auteur].
- Hinze c Great Blue Heron Casino*, 2011 TDPO 93.

Ijaz c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) [2014] A.C.F. n° 934; [2014] A.C.F. n° 934.

Law c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 1 RCS 497.

Li c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2012] IADD n° 1554; [2012] DSAI n° 1554 CA CISR 2012/7/9.

Mississauga (City) v ATU Local 1572 (2005), LAC (4th) 84 (Ont Arb Bd).

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v Simpsons-Sears Ltd, [1985] 2 RCS 536, 52 RO (2d) 799.

Poon c Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2000 CanLII 16766 (CF), 198 F.T.R. 56 (C.F. 1^{re} inst.).

R c Myette, 2013 CAAB 371, [2013] A.W.L.D. 5305.

Saporsantos Leobrero c Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 587, [2011] 4 R.C.F. 290.

Singh c Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] 1 RCS 177, [1985] A.C.S n° 11 (QL).

Articles

Anani, Lina, « Refugees with Disabilities: a Human Rights Perspective » (2001) 19:2 Refuge 23.

Chadha, Edna, « "Mentally Defectives" Not Welcome: Mental Disability in Canadian Immigration Law », 1859-1927" (2008) 28:1 Disability Studies Q.

Crock, Mary, Christine Ernst et Ron McCallum Ao, « Where Disability and Displacement Intersect: Asylum Seekers and Refugees with Disabilities », (2013) 24:4 International Journal of Refugee Law 735.

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.

El-Lahib, Yahya et Wehbi, « Immigration and Disability: Ableism in the Policies of the Canadian State », (2011) 5:1 Intl Social Work 95.

Hanes, Roy. « Pas un seul et c'est déjà trop : Exploration historique des lois sur l'immigration appliquées aux personnes handicapées », (2009) 37:1&2 Developmental Disabilities Bulletin 91.

Han, Yoonmee, « Human Rights Violations Against People with Disabilities », (2015) 1 Knots 45.

Harpur, Paul. « Embracing the New Disability Rights Paradigm: The Importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities », (2012) 27:1 Disability & Society 1.

Malhotra, Ravi & Robin F Handson, « The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Implications for the Equality Rights of Canadians with Disabilities: The Case of Education », (2011) 29 Windsor YB Access Just 73.

Mosoff, Judith, « Excessive Demand on the Canadian Conscience: Disability, Family and Immigration » (1998-1999) 26 Man LJ 149.

Saul, Ben, « Migrating to Australia with Disabilities: Non-Discrimination and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities », (2010) Sydney Law School Legal Studies Research Paper n° 10/109.

Livres

Benhabib, Seyla, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (Cambridge, Mass: Cambridge University Press, 2004).

Grey, Colin, *Justice and Authority in Immigration Law* (Portland: Hart Publishing, 2015).
MacIntosh, Constance, « Wealth Meets Health: Disabled Immigrants and Calculations of “Excessive Demand” » dans Jocelyn Downie & Elaine Gibson, éditeurs, *Health Law at the Supreme Court of Canada* (Toronto : Irwin Law, 2007).
Rubio-Marin, Ruth, *Human Rights and Immigration* (Oxford: Oxford University Press, 2014).
Triadafilopoulos, Triadafilos. *Becoming Multicultural: Immigration and the Politics of Membership in Canada and Germany* (Vancouver: UBC Press, 2012).
Van Ert, Gib, *Using International Law in Canadian Courts* (Toronto : Irwin Law, 2008).

Autres sources secondaires

Azpiri, Jon, « Case of deaf teenage denied immigration to Canada discussed in House of Commons », *Global News* (27 mai 2010), globalnews.ca/news/2019602/case-of-deaf-teenager-denied-immigration-to-canada-discussed-in-house-of-commons/.
Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, « Évaluation du fardeau excessif pour les services sociaux », Bulletin opérationnel 063 (Ottawa : CIC, 24 septembre 2008).
Cohen, Leonard, « Anthem », genius.com/Leonard-cohen-anthem-lyrics.
Conseil des Canadiens avec déficiences, « Consternation au CCD : une fillette handicapée est frappée d’une mesure d’expulsion » (13 avril 2011), <http://www.ccdonline.ca/fr/socialpolicy/access-inclusion/press-release-immigration-13april2011>.
Dehass, Josh, « Think your tuition bill is too high? Check out the government’s », *Macleans* (20 juin 2011), www.macleans.ca/education/uniandcollege/think-your-tuition-bill-is-too-high-check-out-the-governments/.
Elmwood, Kevin, « Immigration medicals: what’s the point? » *BC Medical Journal* (8 octobre 2009), www.bcmj.org/bc-centre-disease-control/immigration-medicals-what’s-point.
ILC Practitioner’s Guide: Migration and International Human Rights Law (Genève, Suisse : Commission internationale de juristes, 2014).
Non-discrimination in International Law : A Handbook for Practitioners (London, UK: Interights, 2011).
Tolan, Casey. « Canada denied this Filipina immigrant residency because her daughter is deaf », *Fusion News* (10 juin 2015), fusion.net/story/146103/canada-denied-this-filipina-immigrant-residency-because-her-daughter-is-deaf/.
Wilkie, Cara, Bakerlaw Accessible Justice. *Immigration Research Project* (31 août 2009) [dans le dossier de l’auteur].