

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

ENTRE SÉCURITÉ ET DROITS HUMAINS :
LE CANADA FACE AUX DILEMMES, ÉTHIQUES ET JURIDIQUES, DANS
LA « LUTTE GLOBALE CONTRE LE TERRORISME »
ANALYSE DE LA LOI ANTITERRORISTE CANADIENNE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
ÉMILIE GRENIER

FÉVRIER 2010

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 -Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier en premier lieu mes proches pour leur support dans cette aventure, tout spécialement ma bonne amie Josée Gagnon pour ses talents de correctrice. Je souhaite également adresser mes remerciements au professeur Kent Roach de l'Université de Toronto, au professeur Craig Forcese de l'Université d'Ottawa, au professeur Stéphane Roussel, ainsi qu'aux professeurs Pierre Bosset, Bruce Broomhall et Rémi Bachand de la Faculté de science politique et de droit de l'UQAM qui m'ont fourni de précieuses informations pour la rédaction de ce mémoire interdisciplinaire. Enfin, je tiens plus particulièrement à remercier mon directeur de mémoire, le professeur Bernard Duhaime, qui a, par ses précieux commentaires et sa rigueur scientifique, rendu possible ce travail de recherche.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	vi
RÉSUMÉ	viii
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
LE DILEMME ÉTHIQUE ET JURIDIQUE DU CONTRE-TERRORISME : ÉQUILIBRE ENTRE SÉCURITÉ ET DROITS HUMAINS.....	4
1.1 Problématique et questions de recherche.....	4
1.1.1 La « lutte globale contre le terrorisme », ses impacts et dilemmes.....	4
1.1.2 La situation du Canada face au dilemme du contre-terrorisme.....	12
1.2 Synthèse des connaissances concernant la <i>LAT</i>	13
1.3 Cadre théorique : les études de sécurité en RI.....	19
1.3.1 Sécurité nationale : approches traditionnelles.....	20
1.3.2 Élargissement et extension de la sécurité : les approches « alternatives ».....	23
1.3.3 Approfondissement de la sécurité : les études critiques de sécurité.....	24
1.4 Méthodologie : analyse documentaire interdisciplinaire non empirique.....	32
CHAPITRE II	
LA LOI ANTITERRORISTE CANADIENNE FACE AU DILEMME DU CONTRE- TERRORISME : INTERPRÉTATIONS JUDICIAIRES.....	39
2.1 Mise en contexte de la <i>LAT</i>	40
2.1.2 Le 11 septembre 2001 et la « lutte globale contre le terrorisme »	40
2.1.2 Situation géopolitique du Canada	42
2.2 Revue des dispositions problématiques de la <i>LAT</i> en matière de droits humains	44
2.2.1 Définition problématique du terrorisme (article 83.01 du <i>Code criminel</i>)... .	45
2.2.2 Modifications aux procédures et règles de preuve (article 38 de la <i>Loi sur la preuve au Canada -LPC</i>)	48
2.2.3 Les investigations judiciaires et la détention préventive (le projet de loi S-3)	52
2.3 Interprétations judiciaires de la <i>LAT</i>	55

2.3.1	Analyse du préambule de la <i>LAT</i>	55
2.3.2	Analyse de la jurisprudence traitant de la <i>LAT</i>	60
2.3.2.1	Contestations judiciaires se rapportant à la définition du terrorisme (article 83.01 du <i>Code criminel</i>).....	60
2.3.2.2	Contestations judiciaires se rapportant aux procédures et règles de preuve (article 38 de la <i>LPC</i>).....	62
2.3.2.3	Contestations judiciaires se rapportant aux audiences d’investigation (article 83.28 du <i>Code criminel</i>).....	67
2.3.3	Analyse de la jurisprudence liée au terrorisme en matière d’immigration.....	70
2.3.4	Analyse de la jurisprudence internationale	77
2.4	Conclusion.....	79
CHAPITRE III		
LA SÉCURITÉ AU CANADA: LA SÉCURITÉ DE QUI, DE QUOI ?		
3.1	Définitions juridiques des concepts de sécurité, « sécurité nationale » au Canada	82
3.1.1	Définitions législatives.....	82
3.1.2	Définitions et normes de contrôle judiciaires applicables en matière de sécurité	84
3.1.2.1	Définition et contrôle judiciaires du terme «danger pour la sécurité du Canada»	87
3.1.2.2	Définition et contrôle judiciaires dans la <i>LIPR</i> en matière de sécurité	90
3.1.2.3	Définition et contrôle judiciaires du terme «sécurité nationale» dans la <i>LPC</i>	91
3.2	Définitions politiques des concepts de sécurité et de « sécurité nationale » au Canada	96
3.3	Analyse interdisciplinaire de ces définitions en RI	102
3.3.1	Objet référent de la sécurité au Canada : la sécurité de l’État ou de l’individu ?	102
3.3.2	La nature construite de la sécurité et de l’insécurité au Canada.....	108
3.4	Sécurité humaine : débat international face au concept de «sécurité nationale»	119

3.5 Conclusion : retour sur la notion d'équilibre entre sécurité et droits humains.....	122
CONCLUSION.....	124
BIBLIOGRAPHIE.....	130

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

ABC	Association du Barreau Canadien
ACPPU	Association canadienne des professeures et professeurs d'Université
ACTSA	Anti-terrorism, Crime and Security Act
AI	Amnistie Internationale
BCP	Bureau du Conseil privé
CAT	Comité contre la torture
CCDP	Commission Canadienne des droits de la personne
CCLA	Canadian Civil Liberties Association
CCPR	Comité des droits de l'homme des Nations Unies
CDPDJ	Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des Nations Unies
CHALLENGE	Changing Landscape of Liberty and Security in Europe
CIDH	Commission interaméricaine des Droits de l'Homme
CIEM	Centre intégré d'évaluation des menaces
CLS	Critical Legal Studies
CSILC	Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles
CSNU	Conseil de sécurité des Nations Unies
ELISE	European Liberty and Security
ERAR	Examen des risques avec renvoi
GRC	Gendarmerie royale du Canada
J2	Renseignement militaire
LAT	Loi antiterroriste canadienne

LIPR	Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés
LPC	Loi sur la preuve au Canada
NU	Nations Unies
OÉA	Organisation des États américains
ONG	Organisation non gouvernementale
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
RI	Relations internationales
SCRS	Service canadien du renseignement de sécurité
SPPCC	Ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada

RÉSUMÉ

La présente recherche porte de façon générale sur les questions éthiques et juridiques entourant les impacts de la nouvelle « lutte globale contre le terrorisme », issue des événements du 11 septembre 2001, sur les droits humains. Nous avons plus particulièrement analysé la façon suivant laquelle le Canada fait face au principal dilemme du contre-terrorisme se rattachant au compromis souvent perçu comme inévitable entre d'un côté, la notion de sécurité face à la menace terroriste et de l'autre, le respect des droits et libertés fondamentaux de l'individu.

Afin d'étudier la façon dont le Canada fait face à ce dilemme international, le présent mémoire se veut donc essentiellement une analyse critique du discours sécuritaire se rapportant aux interprétations judiciaires des dispositions les plus problématiques de la *Loi antiterroriste* canadienne en matière de droits humains. Nous avons effectivement cherché à critiquer ces interprétations judiciaires portant sur les notions de sécurité face à la menace terroriste, de « sécurité nationale » (de l'équilibre à atteindre entre ces concepts et certains droits humains), dans la mesure où ces notions sont floues et difficiles à définir, à l'aide de conceptualisations différentes contenues au sein des « études critiques de sécurité » en Relations internationales (RI).

Dans le but de redéfinir cette notion d'équilibre entre sécurité et droits humains à travers une meilleure détermination des concepts en jeu, la façon dont les concepts de sécurité, plus particulièrement de « sécurité nationale » ont été définis par les tribunaux et par le gouvernement canadien a ainsi été étudiée. Ces définitions ont ensuite été comparées aux autres conceptualisations en RI. Les notions de sécurité contenues dans les « études critiques de sécurité » furent particulièrement intéressantes aux fins de cette analyse interdisciplinaire, puisqu'elles sont centrées sur l'individu plutôt que sur des entités collectives abstraites telle que l'État ou la « nation » au nom desquelles on cherche habituellement à limiter certains droits et libertés civils. Ainsi, en arrivant à la conclusion que cette métaphore de l'équilibre était omniprésente au Canada, dans l'interprétation judiciaire de certaines des dispositions les plus problématiques de la *Loi antiterroriste* canadienne et d'autres mesures antiterroristes analogues en matière d'immigration, nous avons jugé qu'il était primordial d'aborder cette image de l'équilibre de façon critique afin d'éviter que cette notion ne soit utilisée abusivement comme simple rhétorique gouvernementale.

Mots clés : droit international, droits humains, terrorisme, Loi antiterroriste canadienne, sécurité nationale, Relations internationales, études critiques de sécurité.

INTRODUCTION

Le 11 septembre 2001, trois avions de ligne sont projetés contre des immeubles hautement symboliques : les tours jumelles du World Trade Center à Manhattan, New York, et le Pentagone, à Washington. De ces attaques ont résulté environ 2 996 morts et plusieurs milliers de personnes blessées¹. Ce n'est toutefois pas l'ampleur de ces dommages et pertes physiques qui a attiré notre attention sur de tels attentats terroristes, mais plutôt les répercussions au niveau politique et juridique dépassant les frontières américaines qu'eurent ces événements. Notamment, les attaques terroristes lancées le 11 septembre 2001 sur des cibles américaines semblent avoir transformé notre perception de la sécurité maintenant dominée par le sentiment d'une menace provenant surtout du terrorisme² transnational. Dans le cadre d'une nouvelle « lutte globale contre le terrorisme »³, la « menace du terrorisme international » et les façons de le « combattre » sont ainsi devenues, depuis ces événements, un centre majeur de préoccupations à la fois sur les scènes politiques nationales et internationales.

Dès lors, cette nouvelle « lutte globale contre le terrorisme » a posé d'importants dilemmes tant éthiques, politiques que juridiques. Dans ce climat « post-11 septembre », de nombreux États n'auraient effectivement pas hésité à affirmer fortement la primauté de la sécurité sur certaines de leurs obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Reprenant les propos de Mary Robinson, Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme à l'époque, « this is a difficult time for human rights »⁴. À cet égard, nous avons choisi de circonscrire notre réflexion à la question du terrorisme, de cette nouvelle « lutte globale contre le terrorisme » et les questions éthiques et juridiques

¹ Voir É.-U., National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *The 9-11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, Executive Summary*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 2004 à la p. 1.

² Au sein de la présente analyse nous ne nous positionnerons pas sur une définition particulière du terrorisme, ce terme ne faisant pas à l'heure actuelle l'objet d'un consensus au niveau international (voir à ce sujet la partie 2.2.1, ci-dessous). Il est toutefois possible de préciser que l'on entend généralement par « terrorisme » l'usage de violence à des fins politiques dans le but de répandre la terreur parmi la population civile. Voir notamment OEA, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, Doc off. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc.5 rev. 1 corr. (2002), aux pp. 17-24 [CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*].

³ Nous utiliserons ce terme au lieu de « guerre contre le terrorisme » afin d'éviter les écueils de cette rhétorique qui soulève diverses problématiques au regard du droit international. Voir à ce sujet la section 1.4 ci-dessous.

⁴ Organisation des Nations Unies, Communiqué, « Mary Robinson, High Commissioner for Human Rights, meets the press » (25 septembre 2001) en ligne: UNHCHR

<<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/5CCF314E8FE4EB13C1256AD500463C69?opendocument>>.

entourant notamment ses impacts sur les droits humains. Nous avons décidé de nous pencher plus particulièrement sur les dilemmes se rattachant au compromis entre d'un côté, la notion de sécurité face à la menace terroriste et de l'autre, le respect des droits et libertés fondamentaux de l'individu. Il serait effectivement largement supposé au niveau politique et même juridique que nous vivons, depuis le 11 septembre 2001, au milieu d'un conflit entre les droits de l'homme et les exigences de sécurité, et que la façon la plus juste et appropriée de régler ce conflit est de parvenir à un équilibre entre les deux types d'intérêts⁵.

La situation du Canada face à cet important dilemme international nous intéresse plus particulièrement, d'autant plus que les cas d'actualité concernant la déportation de Maher Arar ainsi que la détention dans des conditions inhumaines en pays étranger d'Abdullah Almalki, d'Ahmad Abou-Elmaati et de Muayyed Nureddin semblent démontrer que les mesures antiterroristes utilisées au sein même de notre pays peuvent avoir une incidence négative sur les droits et libertés des citoyens canadiens⁶. De ce fait, nous croyons qu'il est extrêmement important de se pencher avec attention sur cette question qui nous touche de près et d'analyser la façon dont le Canada fait face au dilemme du contre-terrorisme⁷ lié à cette question d'équilibre à atteindre entre sécurité et droits et libertés individuels dans l'application de mesures antiterroristes. Au sein de la présente analyse, nos objectifs sont donc, dans un premier temps, d'étudier les interprétations judiciaires apportées aux dispositions les plus problématiques de la *Loi antiterroriste*⁸ canadienne (ci-après *LAT*) en matière de droits humains pour ensuite tenter de remettre en question celles portant sur les notions de sécurité face à la menace terroriste, de « sécurité nationale » (de l'équilibre à atteindre entre ces concepts et certains droits humains), dans la mesure où ces notions sont floues et difficiles à définir, à l'aide de conceptualisations différentes contenues dans des disciplines connexes au droit tel que les Relations internationales⁹ (ci-après RI).

⁵ Andrew Ashworth, « Security, Terrorism and the Value of Human Rights » dans Benjamin J Goold et Liora Lazarus, dir. *Security and Human Rights*, Portland, Hart Publishing, 2007, 203 à la p. 203.

⁶ Voir Canada, Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : analyse et recommandations*, premier rapport, vol. III, Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 2006 (président : Dennis O'Connor) [Commission Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*]; Canada, *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008 (commissaire : Frank Iacobucci) [*Enquête interne*, Iacobucci].

⁷ Ce terme est ici utilisé pour englober l'ensemble des mesures visant à lutter contre le « terrorisme » ou « mesures antiterroristes ».

⁸ *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, c. 41.

⁹ Nous utiliserons ici Relations internationales en majuscule pour distinguer la discipline de son objet, les relations internationales. Cependant le statut autonome de cette discipline est souvent discuté, et on y fait référence le plus souvent

Ce mémoire est donc divisé en trois grandes sections. La première section consiste à présenter en détail la problématique au niveau international reliée à ce dilemme de l'équilibre entre les impératifs de la sécurité et les droits humains soulevée par la nouvelle « lutte globale contre le terrorisme », ainsi que le cadre conceptuel et la méthodologie interdisciplinaire choisis pour répondre aux interrogations formulées lors de la présentation de la problématique. Afin d'étudier la position plus particulière du Canada face à ce dilemme, la deuxième section porte sur l'analyse des interprétations judiciaires des dispositions de la *LAT* en apparence plus problématiques en matière de droits humains. Enfin, dans le but de redéfinir cette notion d'équilibre entre sécurité et droits humains par une meilleure détermination des concepts en jeu, nous avons, au sein de la troisième section, engagé un débat critique concernant ces interprétations judiciaires liées à l'argumentaire de la sécurité. À cette fin, nous avons étudié les définitions données des concepts de sécurité, plus particulièrement de « sécurité nationale » au Canada en procédant par la suite à une analyse interdisciplinaire critique de ces définitions à l'aide des « études critiques de sécurité » en RI.

En définitive, nous sommes d'avis qu'il est essentiel de surveiller avec un esprit critique les pratiques en matière de sécurité nationale au Canada et leurs incidences sur les droits et libertés individuels. Il nous faut effectivement garder à l'esprit les excès de la Crise d'octobre 1970 en réponse à la menace terroriste¹⁰. Nous nous devons donc d'analyser de façon critique les politiques sécuritaires gouvernementales, d'autant plus que les appels à la sécurité seraient de plus en plus utilisés depuis 2001 par les États comme un dispositif rhétorique pour l'expansion du pouvoir. Nous croyons à cet effet que la recherche interdisciplinaire, apportant une vision externe du droit et permettant par le fait même le développement d'une compréhension critique des discours de sécurité, est nécessaire si notre système juridique entend suivre le pas d'une société et d'un milieu intellectuel en pleine évolution suite notamment aux événements du 11 septembre 2001.

en tant que champ spécifique au sein de la discipline de la science politique. Voir Évelyne Dufault, « Relations Internationales » dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2002, 160 à la p. 161.

¹⁰ Voir à ce sujet Canada, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, deuxième rapport, vol. 1, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981 (président : D.C. McDonald) à la p.103 et s. [Commission McDonald, *La liberté et la sécurité*] (à cet égard, la Commission a conclu que des membres de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) s'étaient livrés à des actes « non autorisés ou prévus par la loi » ayant du mal à distinguer, dans le sillage de la Crise d'Octobre 1970, les actes de dissidence légitime du terrorisme).

CHAPITRE I

LE DILEMME ÉTHIQUE ET JURIDIQUE DU CONTRE-TERRORISME : ÉQUILIBRE ENTRE SÉCURITÉ ET DROITS HUMAINS

Nos objectifs, à travers le présent chapitre, sont ainsi d'exposer, dans un premier temps, les principaux problèmes éthiques et juridiques soulevés par la nouvelle « lutte globale contre le terrorisme » afin d'étudier, dans un deuxième temps, la position plus particulière du Canada face à cette situation notamment en ce qui a trait à la mise en application de la *Loi antiterroriste* canadienne (ci-après *LAT*). Une présentation et une explication du cadre conceptuel ainsi que de la méthodologie interdisciplinaire choisis pour répondre aux interrogations formulées lors de la présentation de la problématique complète ensuit le présent chapitre.

1.1 Problématique et questions de recherche

1.1.1 La « lutte globale contre le terrorisme », ses impacts et dilemmes

Les attaques terroristes du 11 septembre 2001 ont apporté une vague de changements non seulement dans la façon dont le terrorisme, en tant que phénomène global, est perçu par les États, par les organisations internationales et même par les individus, mais aussi face à la perception générale de la sécurité¹¹. En effet, cette perception serait maintenant dominée par le sentiment d'une nouvelle menace provenant de l'émergence du « terrorisme transnational » (exemplifié par ces attaques) centré sur des pertes massives, motivé par des idéologies religieuses et qui appellerait à une approche différente, c'est-à-dire une réponse plus concertée et globale de la part de la

¹¹ Voir Irwin Cotler, « Terrorism, Security & Rights in the Post-September 11th Universe » (2002) 21 Windsor Y.B. Access to Just. 519 [Cotler, « Post-September 11th Universe »] (« what is clear is that September 11 was a transformative event, impacting on our psyches as well as on our politics, on our priorities as well as on our purposes » à la p. 519).

communauté internationale afin de prévenir de tels actes¹². La « menace sécuritaire » que représente cette nouvelle forme de terrorisme et les façons de le « combattre » sont ainsi devenues depuis 2001 un centre majeur de préoccupations à la fois sur les scènes politiques nationales et internationales. De l'avis d'experts tels que Charles-Philippe David, les événements du 11 septembre 2001 ont effectivement « ramené à l'avant-scène les préoccupations liées à la sécurité, tant sur le plan individuel que collectif »¹³.

On assiste conséquemment à une multiplication des efforts pour développer une réponse coordonnée à ce phénomène qui serait axée sur la prévention dans le cadre d'une nouvelle « lutte globale contre le terrorisme »¹⁴. Il en est ainsi, d'autant plus que le terrorisme est maintenant considéré par les Nations Unies (ci-après NU) et ses États membres comme une des plus sérieuses menaces à la paix et à la sécurité internationales¹⁵. Ces événements représentent donc un certain tournant pour la sécurité des sociétés développées ayant donné lieu à un « nouvel environnement sécuritaire » auquel la communauté internationale dans son ensemble a dû répondre¹⁶. En effet, aucun État ne serait dorénavant à l'abri de telles attaques terroristes, les sociétés démocratiques ouvertes et technologiquement avancées y étant particulièrement vulnérables¹⁷. Depuis le 11 septembre 2001, le sentiment d'insécurité et la tendance au réaligement politique vers des préoccupations sécuritaires se seraient ainsi grandement développés.

Ce « nouvel environnement sécuritaire » et particulièrement la mise en œuvre par les États de cette « lutte antiterroriste globale » au niveau national laissent toutefois sceptiques plusieurs organisations non gouvernementales (ci-après ONG) et organes

¹² Voir notamment Richard G. Mosley, « Preventing Terrorism Bill C-36: The *Anti-terrorism Act 2001* » dans David Daubney *et al.*, dir., *Terrorism, Law & Democracy: How is Canada changing following September 11?*, Montréal: Les Éditions Thémis, 2002, 147 aux pp. 151-52 (« the consensus that emerged in the Security Council and in most nations after September 11 is that the nature of terrorism requires a different approach to disrupt and disable the terrorist network before it can carry out its designs »).

¹³ Charles-Philippe David, *Repenser la sécurité : nouvelles menaces, nouvelles politiques*, Saint-Laurent, Qc, Édition Fides, 2002 à la p. 9 [David, *Repenser la sécurité*].

¹⁴ Voir Irwin Cotler, « Terrorism, Security and Rights: The Dilemma of Democracies » (2002) 14 N.J.C.L. 13 à la p.23 [Cotler, « Dilemma of Democracies »] (« the raison d'être of the Canadian legislation, the anti-terrorist laws of other countries, and of United Nations Security Council Resolution 1373 proceed from a culture of prevention and pre-emption, as distinct from reactive, after the fact, law enforcement »).

¹⁵ *La Stratégie antiterroriste mondiale de l'Organisation des Nations Unie*. Rés. AG 60/288, Doc.off. AG NU, 60^e sess., Doc. NU A/RES/60/288, (2006) 1, préambule al. 2 (« Condamnant de nouveau énergiquement le terrorisme sous toutes ses formes et dans toutes ses manifestations, quels qu'en soient les auteurs, les lieux et les buts, car il constitue une des menaces les plus graves pour la paix et la sécurité internationales »).

¹⁶ Voir Charles-Philippe David, *Le 11 septembre 2001 : Cinq ans plus tard*, Sillery (Qc), Les éditions du Septentrion, 2006 à la p. 32 et s. [David, *Le 11 septembre 2001*]. Il est à noter que ce dernier relativise toutefois le risque terroriste actuel.

¹⁷ Janice Gross Stein, « Network Wars » dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 73 à la p. 75 (« networks of terror thrive on the openness, flexibility and diversity of post-industrial society, crossing borders almost as easily as do goods and services. They have global reach, particularly when they can operate within the fabric of the most open and multicultural societies »).

d'organisations internationales chargés du respect des droits de l'homme, par rapport aux impacts de telles mesures antiterroristes sur certains droits humains et libertés fondamentales¹⁸. En effet, les réponses au terrorisme, depuis les événements du 11 septembre 2001, souvent prises avec un sentiment de panique et d'urgence ont pour la plupart été dramatiques, entraînant de graves incidences sur le droit international dont le droit relatif aux droits de l'homme. C'est entre autres l'avis de Mme Kalliopi Koufa, ancienne Rapporteuse spéciale sur le Terrorisme et droits de l'homme de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des NU (procédures spéciales maintenant prises en charge par le Conseil des droits de l'homme)¹⁹. Par exemple, par rapport aux droits de l'homme, Mme Koufa soulève le fait que les États, en tentant d'assurer leur sécurité et celle de leurs citoyens, réagissent trop souvent de façon excessive à la menace du terrorisme et semblent glisser vers la répression et la violation de certains droits humains non seulement des terroristes, mais aussi du reste de la société dont les droits et libertés peuvent être limités au cours de la recherche et de la condamnation de terroristes²⁰.

La Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des NU avait d'ailleurs présenté, dans sa Résolution 2003/15, les principaux effets des mesures de lutte contre le terrorisme prises depuis 2001 sur la jouissance des droits de l'homme, soit entre autres l'existence de lois et pratiques discriminatoires dans l'administration de la justice, visant en particulier les non-ressortissants, ainsi que l'atteinte, dans la lutte des États contre le terrorisme, aux droits à la liberté et à la sûreté, à la liberté de circulation, au droit à un procès équitable, au droit à l'intimité de la vie

¹⁸ Voir notamment les rapports et déclarations suivants : Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, «L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme: les clés de la compatibilité», Rapport d'analyse no 429 (24 octobre 2005), en ligne: FIDH <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/onu429f.pdf>> [FIDH, «L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme»]; Human Rights Watch, «In the name of Counter-Terrorism: Human Rights Abuses Worldwide», Human Rights Watch Briefing Paper for the 59th Session of the United Nations Commission on Human Rights (25 mars 2003), en ligne: HRW <<http://www.hrw.org/un/chr59/counter-terrorism-bek.pdf>> [HRW, « Human Rights Abuses Worldwide»]; *Déclaration commune des participants à la dixième réunion annuelle*, Doc.off. CES NU, 60^e sess., Annexe, point 4 et 18, Doc. NU E/CN.4/2004/4 (2003), annexe I à la p.22 (« les rapporteurs et représentants spéciaux, experts indépendants et présidents des groupes de travail des procédures spéciales de la Commission des droits de l'homme [...] sont profondément préoccupés par la multiplication des politiques, législations et pratiques adoptées par de nombreux pays au nom de la lutte contre le terrorisme, qui portent atteinte à la jouissance de pratiquement tous les droits de l'homme -à la fois les droits civils, culturels, économiques »).

¹⁹ Voir à ce sujet Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Terrorisme et droits de l'homme :Deuxième rapport intérimaire établi par Mme Kalliopi K. Koufa*, Doc.off.CES NU, 54^e scss., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2002/35 17 juillet 2002, au para. 59 [Sous-commission NU, *Deuxième rapport intérimaire*].

²⁰ Kalliopi Koufa, «The UN, Human Rights and Counter-terrorism» dans Giuseppe Nesi, dir., *International Cooperation in Counter-terrorism: The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism Aldershot (R.-U.)*, Ashgate, 2006, 45 à la p. 56.

privée, et aux libertés d'expression, de religion et d'association²¹. Actuellement, il est même question du double impact du terrorisme sur les droits humains. En effet, l'acte de terrorisme aurait, d'une part, ce que l'on appelle un effet direct « étant en lui-même une violation pure et simple des droits de l'homme, [et] en tout premier lieu du droit à la vie et à l'intégrité physique »²². D'autre part, il aurait un effet indirect sur les droits de l'homme, car « de par sa violence destructrice qui engendre l'angoisse et l'anxiété parmi la population [...], le terrorisme incite les États à prendre des mesures répressives [...] qui trop souvent s'affranchissent, dans une large ou une moindre mesure, des droits de l'homme »²³.

D'ailleurs, le choc politique causé par les attaques terroristes du 11 septembre 2001 a amené les membres du Conseil de sécurité des NU (ci-après CSNU) à prendre rapidement des mesures sécuritaires sans précédent afin de prévenir la répétition de tels actes à travers notamment l'adoption de la Résolution 1373 sous le Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*²⁴. Cette résolution énonce une série d'actions que doivent entreprendre les États au niveau national, dont l'incrimination du terrorisme et de son financement afin de prévenir et combattre ce phénomène et ainsi assurer la sécurité et la paix internationales, mais omet de rappeler de façon générale aux États que ces actions se doivent d'être menées en conformité avec leurs obligations en matière de droits humains²⁵ (contrairement à d'autres instruments tels que la *Convention interaméricaine contre le terrorisme*²⁶). Cette situation problématique aurait engendré un sentiment d'impunité au sein de certains États qui ont, sous cette Résolution, adopté des plans antiterroristes et des mesures législatives au niveau national qui ne se conforment pas à leurs obligations en

²¹ *Effets des mesures de lutte contre le terrorisme sur la jouissance des droits de l'homme*, Doc. off. CES NU, 55^e sess., Annexe, point 2, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2003/L.16 aux para. 40-43.

²² FIDH, « L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme », *supra* note 18 à la p. 12. Il existe par contre un débat au sujet de la possibilité pour des acteurs non étatiques de violer le droit international des droits de l'homme. Voir notamment Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, à la p. 47 et s.

²³ FIDH, *ibid.* Voir aussi Sous-commission NU, *Deuxième rapport intérimaire*, *supra* note 19 aux para. 52-58.

²⁴ 26 juin 1945, R.T. Can 1945 no7. Conformément à l'article 25 de la *Charte* cette Résolution impose donc des obligations juridiquement contraignantes pour tous les 192 États membres. Voir Michel Villary, « Les actes unilatéraux des organisations internationales » dans Mohammed Bedjaoui, dir., *Le droit international. Bilan et perspectives*, Paris, Pedone/UNESCO, 1991, tome 1 à la p. 254 (« on a généralement admis, cependant, que le Conseil de sécurité ne peut prendre de « décisions », au sens de l'article 25, c'est-à-dire impérative pour les membres, qui se sont engagés à les appliquer, que dans le cadre du Chapitre VII de la *Charte* »).

²⁵ *Résolution 1373 (2001)*, Rés. CS. 1373, Doc. off. CS NU, 4385^e séance, Doc. NU S/RES/1373 (2001) [Rés. CS. 1373] (la Rés. 1373 ne fait mention des obligations des États en matière de droits humains que par rapport à l'octroi de statut de réfugié aux demandeurs d'asile à la section 3 alinéa f). Voir généralement Rosemary Foot, « The United Nations, Counter terrorism, and Human Rights : Institutional Adaptation and Embedded Ideas » (2007) 29 *Human Rights Quarterly* 489.

²⁶ OÉA, Assemblée générale, 32^e sess., AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), Doc. off. OEA/Ser.P/AG/Doc. 4143/02, (2003), art. 15. Il est effectivement intéressant de noter que cette convention est l'une des quelques conventions globales sur le terrorisme qui rappellent aux États leurs obligations en matière de droits humains dans l'application de mesures antiterroristes. Voir à ce sujet Enrique Lagos et Timothy D. Rudy, « Preventing, Punishing, and Eliminating Terrorism in the Western Hemisphere: A Post-9/11 Inter-American Treaty » (2002-2003) 26 *Fordham Int'l L.J.* 1619 à la p. 1643 et s.

matière de droits humains²⁷. Certains gouvernements auraient par exemple évoqué leurs obligations sous l'égide des NU en matière de « contre-terrorisme » pour justifier certaines campagnes de répression contre des opposants politiques, des séparatistes et des groupes religieux²⁸.

Devant cette situation alarmante, plusieurs organes et hauts représentants des NU ont rappelé l'importance du respect du droit international des droits de la personne dans la lutte contre le terrorisme²⁹. La Commission interaméricaine des Droits de l'Homme (ci-après CIDH) a par ailleurs effectué un rapport exhaustif sur la question, analysant et détaillant les principales obligations internationales des États en matière de droits humains dans le contexte de la lutte contre le terrorisme afin d'assister ces derniers dans l'adoption et l'application de telles mesures³⁰. Il semble qu'il y ait désormais un consensus international sur le fait que la violation des droits de l'homme dans le cadre de la « lutte globale contre le terrorisme » soit contre-productive³¹. Ainsi, « la sécurité ne saurait être assurée au détriment des droits de l'homme »³².

Nous assistons donc, depuis 2001, à un débat important au niveau international entourant les notions de « contre-terrorisme », de droits humains et de sécurité : « prompted by the urgency of our times how are we to protect freedom (through security)

²⁷ *Rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, M. Robert K. Goldman, Doc off CES NU, 61^e sess., Annexe, point 17, Doc. NU E/CN.4/2005/103 au para. 6 (« cette Résolution [la Résolution 1373] ne contenait, hélas, aucune référence générale à l'obligation pour les États de respecter les droits de l'homme lorsqu'ils élaborent et appliquent ces mesures [antiterroristes]. Cette omission a pu accrédiiter l'idée qu'il fallait sacrifier les droits et libertés fondamentaux pour remporter la lutte mondiale contre le terrorisme. »). Voir aussi à ce sujet le rapport de HRW, « Human Rights Abuses Worldwide », *supra* note 18 documentant plusieurs atteintes aux droits humains dans le cadre de la lutte contre le terrorisme au sein de pays tels que les États-Unis, la Russie et le Royaume-Uni.

²⁸ Voir notamment le rapport de Human Rights Watch, « Opportunism in the Face of Tragedy » (2002) en ligne: HRW <<http://www.hrw.org/campaigns/september11/opportunismwatch.htm>>.

²⁹ Voir entre autres Sergio Vieira de Mello, ancien Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Allocution devant le Comité contre le terrorisme, New York, 21 octobre 2002, en ligne NU <<http://www.un.org/DoCSNU/sc/committees/1373/HC.htm>> (« I am convinced that the best-the only- strategy to isolate and defeat terrorism is by respecting human rights »); Organisation des Nations Unies, Communiqué de presse SG/SM/8624, « Kofi Annan Plaide pour une action internationale contre le terrorisme qui garantisse la primauté du droit » (6 mars 2003), en ligne : NU <<http://www.un.org/News/fr-press/docs/2003/SGSM8624.doc.htm>> [NU, SG/SM/8624] (« notre riposte face au terrorisme, et l'action que nous menons pour déjouer et prévenir cette menace, doivent être fondées sur le respect des droits fondamentaux que les terroristes voudraient réduire à néant. Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la primauté du droit sont des outils indispensables à la lutte contre le terrorisme, et non des privilèges que l'on peut sacrifier en période de tensions »).

³⁰ CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, *supra* note 2 (« [...]efforts to oppose terrorism and the protection of human rights and democracy are not antithetical responsibilities. To the contrary, derogation clauses in international human rights instruments specifically contemplate that exceptional measures requiring the temporary suspension of some rights may sometimes be necessary for the very purpose of protecting democratic institutions and the rule of law from terrorist and other threats[...] »).

³¹ Voir *Rapport du Groupe de réflexion sur les implications du terrorisme pour les politiques de l'ONU*, Doc. off. AG NU, 57^e sess., Annexe, point 162, Doc NU A/57/273 (2002) [NU, *Rapport du Groupe de réflexion*] (« l'ONU doit veiller à ce que la défense des droits de l'homme soit une préoccupation dominante. Les violations des droits de l'homme sont souvent le terreau du terrorisme » à la p. 2).

³² *Ibid.* à la p. 13.

without denying its essence (by violating human rights) ? »³³. Selon Mme Kalliopi Koufa, les problèmes éthiques et juridiques entourant le « contre-terrorisme » sont ainsi devenus depuis 2001 des préoccupations mondiales³⁴. Nous avons donc choisi de nous pencher sur ce principal dilemme du « contre-terrorisme » se rattachant au compromis (*trade-offs*) souvent perçu comme inévitable entre d'un côté la notion de sécurité, soit le droit et même le devoir des États de se défendre contre le terrorisme et de prendre les mesures nécessaires pour assurer leur intégrité, leur sécurité et celle de leur population et de l'autre, le respect des droits et libertés fondamentaux de l'individu dans l'application de ces mesures³⁵. Autrement dit, comment trouver un nécessaire équilibre dans le respect de l'État de droit pour composer avec la répression du terrorisme et la garantie de la sécurité nationale et internationale d'un côté, et la protection et le respect des droits de l'homme de l'autre?

Cette question d'équilibre à atteindre se retrouverait effectivement, selon Mme Koufa, au regard de la plupart des droits civils et politiques individuels que la « lutte globale contre le terrorisme » mettrait en péril³⁶. Ainsi, avec les événements du 11 septembre 2001, le conflit entre les exigences constitutionnelles de protection des libertés et les appels à un resserrement des mesures sécuritaires est apparu au grand jour : « since 9/11 the words 'security' and 'human rights' have, in the collective imagination, now come to connote an almost insuperable opposition »³⁷. Il en résulte donc, sur le plan politique, un changement de paradigme de la liberté vers la sécurité³⁸. Le Canada n'échapperait pas à cette situation. La ministre de la Justice du Canada à l'époque, Anne McLellan, a d'ailleurs déclaré publiquement, lors de l'annonce de l'adoption de nouvelles mesures antiterroristes en octobre 2001, que les attaques du 11 septembre avaient modifié la balance entre droits individuels et sécurité collective³⁹. Une telle déclaration jumelée aux

³³ Liora Lazarus et Benjamin J. Goold, «Introduction: Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation» dans Goold et Lazarus, *supra* note 5 à la p. 1.

³⁴ Koufa, *supra* note 20 à la p. 47.

³⁵ Voir en général *Digest of Jurisprudence of the UN and Regional Organizations on the Protection of Human Rights while Countering Terrorism*, compilé par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Genève, 2003 à la p. 11-13 [*Digest of Jurisprudence*] (« both the universal and regional systems emphasize that States have a duty to protect those living within their jurisdictions from terrorism, while cautioning that this does not imply an absence of limits to the exercise of State power [...] the lawfulness of counterterrorism measures depends upon their conformity with international human rights law »).

³⁶ Pour une liste non exhaustive des droits individuels mis à risque par la lutte antiterroriste voir Koufa, *supra* note 20 à la p. 66 (ex : le droit à la vie privée, le droit à la liberté d'expression, les garanties liées à l'arrestation et la détention, les garanties judiciaires, le droit à un procès juste et équitable et les garanties liées au respect de la vie privée).

³⁷ Lazarus et Goold, *supra* note 33 à la p. 1.

³⁸ Michel Coutu et Marie-Hélène Giroux, «L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada : situation exceptionnelle et légitimité» (mars 2003) Numéro spécial R. du B. 237 à la p. 241.

³⁹ Voir notamment Shawn MacCarthy, « The War on Terror Anne McLellan's New Ideals » *Globe and mail* (22 octobre 2001) A7 (« the notion of 'reasonable limit' in section 1 of the *Charter* has shifted since September 11 »).

conclusions de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (ci-après Commission Arar), ainsi qu'aux conclusions de l'enquête interne relative à Almalki, Abou-Elmaati et Nureddin, démontrant notamment que les mesures antiterroristes utilisées au sein même de notre pays peuvent avoir une incidence négative sur les droits et libertés des Canadiens⁴⁰, nous ont poussé à étudier plus particulièrement les actions entreprises par le Canada en matière de contre-terrorisme (voir art. 1.1.2).

Ainsi, pendant les mois qui ont immédiatement suivi la crise, soit de septembre à décembre 2001, le choc étant encore très vif et le sentiment d'urgence très aigu, le Canada, par l'intermédiaire du nouveau Comité ad hoc du Cabinet sur la Sécurité publique et la lutte contre le terrorisme, a élaboré rapidement une première vague de politiques et mesures cherchant à répondre et prévenir les attaques terroristes de l'ampleur du 11 septembre 2001 dans le cadre de « la stratégie antiterroriste globale du Canada »⁴¹. Le texte de loi le plus important adopté par le Canada dans le cadre de cette stratégie pour répondre au « nouvel environnement de sécurité » et aux nouvelles obligations du Canada en matière de contre-terrorisme (notamment sous la Résolution 1373) fut alors le controversé projet de loi C-36, la *Loi antiterroriste (LAT)*⁴². Au niveau national, les problématiques du contre-terrorisme, notamment la question d'équilibre entre « sécurité nationale » et droits et libertés dans le cadre de cette nouvelle stratégie antiterroriste, plus particulièrement en ce qui a trait à l'adoption et la mise en œuvre de la *LAT*, ont d'ailleurs été relevées par plusieurs juristes et politologues canadiens tels que Kent Roach, Craig Forcese et Patrick J. Smith⁴³.

⁴⁰ Commission Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, supra note 6 à la p. 13 et s. (O'Connor a effectivement reconnu la responsabilité de l'État canadien, de la Gendarmerie royale canadienne (GRC) en particulier, dans ses rapports avec le Gouvernement américain, ayant entraîné l'extradition de M. Arar vers la Syrie, où il a été prouvé et admis qu'il avait été torturé). Voir aussi *Enquête interne*, Iacobucci, supra note 6 à la p. 39 et s. (la responsabilité partielle du Canada a été reconnue par Iacobucci, dans la torture en Syrie et en Égypte d'Almalki, d'Abou el-Maati et de Nureddin).

⁴¹ Cabinet de la ministre McLellan, Communiqué «Le gouvernement du Canada dépose un projet de loi antiterroriste» (15 octobre 2001), en ligne Ministère de la Justice <http://www.jutiscc.gc.ca/l/news/nr/2001/doc_27785.htm>[Ministère de la Justice, Communiqué 15 octobre 2001] (la politique du gouvernement canadien visait trois objectifs prioritaires : les ressources consacrées à la lutte contre le terrorisme, les pouvoirs législatifs et la frontière Canada-É.-U).

⁴² P.L.C-36, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada, Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, et édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme*, 1^{re} sess., 37^e Parl., 2001 (sanctionné le 18 décembre 2001).

⁴³ Voir en général Kent Roach, «Must we Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain» (2005-2006) 27 *Cardozo L. Rev.* 2151 à la p. 2151 [Roach, «Must we Trade Rights for Security? »]; Craig Forcese, *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*, Toronto, Irwin Law, 2008, c. 2, 7 [Forcese, *National Security Law*]; voir Patrick J. Smith «Antiterrorism and Rights in Canada: Policy Discourse on the «Delicate Balance» dans Alexander Netherton *et al.*, dir. *In/Security: Canada in the Post-9/11 World*, Burnaby, Centre for Canadians Studies Simon Fraser University, 2005, 169 à la p. 170.

Nous avons donc cherché, au sein de la présente analyse, à continuer cette réflexion et étudier plus en détail la façon dont le Canada se positionne dans ce grand débat international par rapport à la place des droits humains dans la lutte au terrorisme. Plus particulièrement, nous nous sommes penchées sur la façon suivant laquelle le Canada fait face à cette question d'équilibre à atteindre entre sécurité et droits et libertés individuels dans l'application de mesures antiterroristes telles que la *LAT*. Nous avons notamment analysé la façon dont certaines dispositions de cette législation qui sont plus problématiques en matière de droits humains ont été interprétées d'un point de vue judiciaire : s'il était question du concept de sécurité, de l'équilibre à atteindre entre ce concept et les droits humains (chap. 2). Ceci nous a alors permis de procéder à une analyse critique du discours sécuritaire se rapportant à ces interprétations, le concept de sécurité étant flou et difficile à définir (chap. 3). Dans un premier temps (chap.2), nous avons donc analysé les principaux enjeux problématique de la *LAT* au regard des obligations internationales en matière de droits humains du Canada. Dans la mesure où furent identifiés certains enjeux problématiques, nous nous sommes alors concentrées sur les interprétations apportées à cette législation par les instances judiciaires canadiennes en ce qui a trait notamment au dilemme du contre-terrorisme explicité ci-haut (équilibre entre sécurité et droits humains). Nous avons ensuite voulu contraster l'approche adoptée au niveau national par les instances judiciaires canadiennes avec les décisions des instances internationales relatives au Canada portant sur la question du contre-terrorisme (art. 2.3.4).

Nous nous sommes également demandées s'il était question de suspensions ou de limitations *de facto* ou *de jure* des droits de l'homme prévues par plusieurs instruments internationaux et régionaux⁴⁴. En effet, est-il possible que, depuis le 11 septembre 2001, nous nous trouvions dans une situation quasi perpétuelle d'urgence ou d'exception (une situation radicalement nouvelle dont nous ne pouvons identifier la fin en raison de la nature même de la nouvelle menace du « terrorisme transnational ») qui justifierait ces suspensions ou limitations afin de concilier les droits de la personne avec les droits comparables de la communauté ou de la nation au sens large⁴⁵?

⁴⁴ Le droit international des droits de l'homme prévoit effectivement des possibilités de dérogations à certains droits lorsque se présentent des situations de crise mettant en danger la vie de la nation (les actes de terrorisme pouvant mener à de telles situations), ou de limitations de ces droits (lorsque la situation n'est pas assez grave pour justifier l'état d'urgence) sous certaines conditions. Voir la partie 2.3.1, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

⁴⁵ Lazarus et Goold, *supra* note 33 à la p. 3 (« the idea that we are facing the 'normalization of emergency conditions' and that the 'age of terror' calls for unprecedented measures is now taken increasingly seriously within the academy across an ever-extending range of the political spectrum »).

Finalement, une attention plus particulière a été portée aux termes de sécurité et de « sécurité nationale » dans la mesure où ces notions furent mises en balance par les tribunaux canadiens afin d'interpréter certaines atteintes aux droits et libertés de l'individu dans l'application de la *LAT*. Nous avons effectivement choisi d'ouvrir un débat sur ces concepts qui nous semblent flous, plus particulièrement le concept de « sécurité nationale » (la sécurité de qui, de quoi?). La façon dont ces concepts sont définis en droit canadien et au sein de la politique canadienne a alors été analysée pour ensuite comparer ces définitions aux autres conceptualisations contenues en RI, et ainsi possiblement redéfinir cette notion d'équilibre à travers une meilleure détermination des concepts en jeu (chap. 3). Les notions de sécurité contenues dans les « études critiques de sécurité » en RI furent particulièrement intéressantes aux fins de cette analyse interdisciplinaire, puisqu'elles sont centrées sur l'être humain plutôt que sur des entités collectives abstraites telles que l'État, la « société » ou la « nation » au nom desquelles on cherche habituellement à limiter certains droits et libertés civils⁴⁶.

1.1.2 La situation du Canada face au dilemme du contre-terrorisme

Nous avons cerné les questions de recherche suivantes auxquelles nous avons cherché à répondre au sein de la présente réflexion. Dans un premier temps, nous nous sommes demandées comment, dans la mesure où sont identifiés certains enjeux problématiques de la *LAT* au regard des obligations internationales du Canada en matière de droits humains, cette législation était-elle interprétée d'un point de vue judiciaire? C'est-à-dire, comment les tribunaux canadiens ont-ils motivé et interprété la *LAT* et ses dispositions problématiques? Parle-t-on du concept de sécurité, plus particulièrement de « sécurité nationale »? Que contient la *LAT* à ce sujet? Nous avons donc cherché à voir s'il était question en général du dilemme du « contre-terrorisme » abordé ci-haut, c'est-à-dire de l'équilibre à atteindre entre sécurité et droits et libertés individuels. Ensuite, dans la mesure où les concepts de sécurité et de « sécurité nationale » ont été utilisés pour motiver certaines atteintes aux droits humains, c'est-à-dire certaines dispositions problématiques de la *LAT*, nous avons tenté de faire ressortir la façon dont ces concepts ont été abordés et définis en droit canadien et par le gouvernement (la sécurité de qui ou de quoi parle-t-on?). Finalement, nous avons cherché à analyser ces définitions à la

⁴⁶ Voir notamment Hélène Viau, *La théorie critique et le concept de sécurité en relations internationales*, Note de recherche no 8, Montréal, CÉPÉS, UQAM, 1998 à la p. 45

lumière d'autres conceptualisations de la sécurité, de la « sécurité nationale » en RI qui pourraient apporter aux définitions données par les tribunaux et le gouvernement canadien un éclairage différent afin de nous permettre de mieux définir la notion d'équilibre à atteindre entre ces concepts et certains droits humains.

1.2 Synthèse des connaissances concernant la *LAT*

Dès son apparition sous la forme du projet de loi C-36, la *LAT* a fait l'objet de nombreux débats, études et analyses juridiques tant de la part de groupes parlementaires, d'ONG et d'associations diverses que de la part de juristes et d'universitaires eu égard notamment à ses impacts sur les droits et libertés des Canadiens et Canadiennes. Ce projet de loi modifiant entre autres « le *Code criminel*, la *Loi sur les secrets officiels* (rebaptisée *Loi sur la protection de l'information*) [et] la *Loi sur la preuve au Canada* [...] en vue de combattre le terrorisme »⁴⁷ a d'abord été présenté au Parlement le 15 octobre 2001 et est entré en vigueur à la suite d'intenses débats, tant au Sénat qu'à la Chambre des communes, et d'importants amendements, le 24 décembre 2001. Fait rarissime, le projet de loi C-36 a été soumis à une étude préalable au Sénat alors même qu'il était débattu à la Chambre des communes⁴⁸. Dans le cadre de ces débats parlementaires, plusieurs ONG, associations et organes nationaux de protection des droits et libertés civils dont l'Association du Barreau Canadien (ci-après l'ABC) et la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec (CDPDJ) ont donc présenté des analyses de ce texte de loi au regard notamment de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁹ (ci-après *Charte canadienne*) afin d'éclairer le gouvernement sur les modifications législatives à apporter⁵⁰.

Une des principales critiques et recommandations contenue dans ces études a trait au fait que l'adoption accélérée de ce projet de loi, qui prescrit toute une gamme de pouvoirs extraordinaires (risquant de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux

⁴⁷ Voir *Loi antiterroriste*, *supra* note 8.

⁴⁸ Canada, Sénat, Comité spécial sénatorial sur la Teneur du Projet de loi C-36, «Premier rapport» (1^{er} novembre 2001), en ligne : Sénat <<http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-f/sm36-f/rep-f/rep01oct01-f.htm>>[Comité spécial sénatorial, «Premier rapport»] (« en raison de l'importance inhabituelle qu'il [projet de loi C-36] revêt, le gouvernement a demandé au Sénat de recourir à une procédure spéciale et rarement utilisée appelée étude préalable »).

⁴⁹ *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, c.11, [*Charte canadienne*].

⁵⁰ Association du Barreau Canadien, «Mémoire à propos du projet de loi C-36 Loi antiterroriste», No 01-37 (octobre 2001), en ligne : ABC <<http://www.cba.org/abc/pdf/submissionF.pdf>>; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, «Notes pour la présentation de la Commission devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes» (30 octobre 2001), en ligne CDPDJ <<http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/antiterroriste.pdf>>.

des Canadiens), aurait du être obligatoirement assorti d'une disposition de temporisation limitant dans le temps ces restrictions⁵¹. Dans son rapport, l'ABC a par ailleurs soulevé la nécessité pour le gouvernement de réaliser « l'équilibre délicat entre la sécurité publique et les libertés individuelles », sans toutefois indiquer la nature de cet équilibre⁵².

Le Comité spécial sénatorial sur la Teneur du Projet de loi C-36 a d'ailleurs repris cette principale recommandation au sein de son rapport déposé le 1^{er} novembre 2001 en demandant au gouvernement que la *LAT* soit assujettie à une disposition d'auto abrogation (*sunset clause*) cinq ans après son entrée en vigueur⁵³. Cette demande ainsi que celle formulée entre autres par l'Honorable Irwin Cotler, député fédéral canadien à l'époque ensuite assermenté en 2003 en tant que ministre de la Justice, concernant l'introduction d'une disposition de non-discrimination au sein de la *LAT*, de manière à rappeler l'importance de ce principe dans une société libre et démocratique, n'ont cependant pas été retenues par le gouvernement⁵⁴, alors que d'autres recommandations ont été incluses dans le projet de loi. Notamment, les critiques du projet de loi, animées par des préoccupations relatives aux droits de la personne, sont parvenues à obtenir des amendements plus importants en ce qui concerne la définition du terrorisme et la « caducité » de quelques-uns des pouvoirs les plus « spectaculaires » du projet de loi en matière de détention préventive et d'investigations judiciaires⁵⁵.

Au cœur de l'ensemble de ce débat initial sur le projet de loi C-36, on retrouve diverses préoccupations, notamment : la nécessité de la *LAT*, la définition des activités terroristes devant être assujetties au droit pénal et aux sanctions prévues par cette législation, la formulation de la sécurité dans le contexte des droits de la personne aux

⁵¹ ABC, *ibid.* à la p. 15. ; CDPDJ, *ibid.* à la p. 6.

⁵² ABC, *ibid.* à la p. 1.

⁵³ Comité spécial sénatorial, «Premier rapport», *supra* note 48 (« le projet de loi C-36 confère des pouvoirs dont l'abus par l'exécutif ou les services chargés d'assurer la sécurité nationale du Canada pourrait compromettre gravement les droits démocratiques dans notre pays [...]. Le Comité recommande de prévoir une disposition de temporisation visant tout le projet de loi C-36 après une période de cinq ans [...] »).

⁵⁴ Voir notamment Kent Roach, *September 11 Consequences for Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003 aux pp. 73-74 [Roach, *September 11 Consequences for Canada*] (« as it stands now, bill c-36 provides no assurances to those in Canada who may feel they are targeted or suspected because they are perceived to be of the same race or religion as the September 11 terrorists »).

⁵⁵ Voir Commission Canadienne des droits de la personne, *Les préoccupations relatives à la sécurité nationale et aux droits de la personne au Canada : étude de huit questions cruciales dans le contexte de l'après-11 septembre* par Wesley K. Wark, (octobre 2006) à la p. 6, en ligne: CCDP <http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/ms_sn_fr.pdf> [CCDP, *Les préoccupations relatives à la sécurité nationale*]; voir aussi Kent Roach, «The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Law» (2008) 24 Windsor Rev. Legal Soc. Issues 5 à la p. 54 [Roach, «The Role and Capacities of Courts»] (« amendments made by the government after Bill C-36 was first introduced included a tightening of the definition of terrorist activities, the imposition of renewable sunset and reporting requirements on investigative hearings and preventive arrests »).

termes de la *LAT*, certaines conditions considérées comme « draconiennes » et la question du statut d'une telle loi comme loi permanente ou loi temporaire⁵⁶. Toutes ces questions demeurent actuellement pertinentes, car elles ont fait l'objet de débats soutenus dans le cadre de l'examen parlementaire obligatoire de la *LAT* par le Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste* (ci-après Comité sénatorial) et le Sous-comité sur la revue de la *Loi antiterroriste* de la Chambre des communes (ci-après le Sous-comité de la Chambre des communes) qui s'est échelonné de 2005 à 2007⁵⁷. Plusieurs ONG, emboitant le pas à l'ABC et à la CDPDJ, ont ainsi rédigé des rapports d'analyse traitant des aspects négatifs de la *LAT* au regard des droits de la personne⁵⁸.

Selon ces différents rapports, les éléments les plus problématiques de la *LAT* sont entre autres l'introduction par cette loi, à travers le nouvel article 83.01 du *Code criminel canadien* (ci-après *Code criminel*)⁵⁹, d'une définition très générale d'« activité terroriste » contenant des éléments d'intention et de motif politique, religieux ou idéologique qui augmenteraient les risques de profilage racial et de discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique; l'introduction de procédures et de procès marqués par le secret à travers les modifications apportées à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (ci-après *LPC*)⁶⁰; l'octroi de larges pouvoirs d'enquête et d'arrestation aux services de renseignements et aux services policiers (à travers notamment les dispositions non renouvelées de détention préventive et d'audience d'investigation aux articles 83.3 et 83.28⁶¹ du *Code criminel*)⁶². Ces éléments problématiques, qui ont

⁵⁶ CDPJ, *supra* note 55 à la p. 11.

⁵⁷ Voir Justice Canada, «Examen parlementaire de la Loi antiterroriste» (19 mai 2008), en ligne : Ministère de la Justice <<http://www.justice.gc.ca/fra/antiter/>> » [Justice Canada, «Examen parlementaire de la Loi antiterroriste»] («l'article 145 de la *LAT* exige qu'un comité ou des comités du Parlement commencent un « examen approfondi des dispositions et de l'application » de la Loi, dans les trois ans qui suivent la sanction royale »).

⁵⁸ Voir à ce sujet les rapports suivant : Almeida, Iris et Marc Porret, «La démocratie canadienne à la croisée des chemins : cohérence et obligation de rendre des comptes en matière de politiques antiterroristes» (octobre 2004), en ligne : Droits et Démocratie <http://www.ddrd.ca/site/_PDF/publications/promoDroits/antiterrorismeDem2004.pdf>; Ligue des droits et libertés, «La Loi antiterroriste de 2001 : une loi trompeuse, inutile et... dangereuse» (9 mai 2005), en ligne : Ligue des droits et libertés <http://www.liguedesdroits.ca/documents/surveillance/c36/ldl_c36.pdf>; Canadian Civil Liberties Association, «Brief Prepared for the Special Senate Committee on the Anti-terrorism Act» (mai 2005), en ligne : CCLA <<http://www.ccla.org/pos/briefs/C36%20Brief%20As%20Submitted.pdf>>; Amnesty International, «Security through Human Rights : Amnesty International Canada's Submission to the Special Senate Committee on the Anti-Terrorism Act and House of Commons Sub-Committee on Public Safety and National Security as part of the Review of Canada's Anti-Terrorism Act» (16 mai 2005), en ligne : AI <http://www.amnesty.ca/canada/C36_submission.doc>; Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, «Mémoire présenté à la Chambre des communes dans le cadre de l'examen de la Loi antiterroriste » (avril 2005), en ligne CSILC : <http://www.interpares.ca/fr/publications/pdf/ICLMG_C-36_Brief.pdf>.

⁵⁹ *Code criminel*, L.R.C 1985, c.C-46, art. 83.01, mod. par L.C. 2001, c. 41 art. 4.

⁶⁰ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 38, mod. par L.C. 2001, c. 41, art. 43[*LPC*].

⁶¹ *Code criminel*, *supra* note 59, art. 83.3, 83.28, mod. par L.C. 2001, c. 41, art. 4.

⁶² Voir notamment AI, *supra* note 58 à la p.7 et s.; CCLA, *supra* note 58 à la p. 4 et s.; Droits et démocratie, *supra* note 58 à la p. 30 et s.; Ligue des droits et libertés, *supra* note 58 à la p. 18 et s.

d'ailleurs été repris au sein des rapports finaux des deux comités parlementaires⁶³, ont fait l'objet d'une analyse plus poussée au sein du chapitre suivant (sect. 2.2).

Ainsi, l'ensemble des rapports ici présentés contiennent une série de recommandations adressées au gouvernement afin de rendre la *LAT* plus conforme à la *Charte canadienne* (soit au contexte juridique applicable)⁶⁴. Cependant, certaines ONG, telles que la Ligue des droits et libertés, vont plus loin dans leurs conclusions et recommandent l'abrogation simple et directe de la *LAT* qui serait, notamment selon cette ONG, une loi inutile trompeuse et dangereuse⁶⁵. Les questions de la nécessité et l'utilité d'une telle législation antiterroriste ont d'ailleurs été traitées plus en détail par plusieurs juristes et universitaires. Par exemple, l'Association canadienne des professeures et professeurs d'Université (ACPPU) est également d'avis que la *LAT* devrait être abrogée (sauf quelques rares dispositions), puisque « le droit pénal canadien était déjà en mesure de saisir la totalité ou la presque totalité des agissements liés au phénomène appelé 'terrorisme' longtemps avant l'adoption de la *LAT* »⁶⁶.

D'autres professeurs se sont également positionnés sur la question de la *LAT*. Par exemple, Kent Roach, professeur de droit à l'Université de Toronto ayant beaucoup écrit sur le sujet, est d'avis que cette dernière entrerait en conflit non seulement avec plusieurs droits protégés par la *Charte canadienne*, mais aussi certains principes fondamentaux de l'État de droit⁶⁷. Il partage également le point de vue de l'ACPPU à l'égard de l'utilité d'une telle loi, arguant que plusieurs des éléments les plus controversés de la *LAT* restent inutilisés⁶⁸. Selon Roach, l'approche du Canada envers le terrorisme devrait ainsi mettre moins d'emphase sur les sanctions criminelles et intégrer le terrorisme dans un contexte

⁶³ Voir à ce sujet Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la sécurité publique et nationale : Sous-comité sur la revue de la *Loi antiterroriste*, «Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes» (mars 2007), en ligne : CMTE

<<http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=10804&SourceId=199086&SwitchLanguage=>>[Sous-comité de la Chambre, «Droits, restrictions et sécurité»]; Canada, Sénat, Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste*, «Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste» (février 2007), en ligne : Sénat <<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/com-f/anti-f/rep-f/rep02feb07-f.htm>>[Comité sénatorial, «Justice fondamentale dans des temps exceptionnels»].

⁶⁴ Certains rapports traitent également des obligations internationales du Canada en matière de droits humains : voir AI, *supra* note 58 à la p. 17 et s. ; Droits et démocratie, *supra* note 58 à la p. 59 et s.

⁶⁵ Ligue des droits et libertés, *supra* note 58 à la p. 26.

⁶⁶ Association canadienne des professeures et professeurs d'Université, «Mémoire présenté au sous-comité de la sécurité publique et nationale concernant l'examen de la *Loi antiterroriste* (février 2005), à la p. 26 et s., en ligne: ACPPU <<http://www.caut.ca/uploads/2005antiterrorism.pdf>>.

⁶⁷ Voir à ce sujet Roach, *September 11 Consequences for Canada*, *supra* note 54 aux pp. 18-19, 85 et s.; Kent Roach, «The Dangers of a Charter-Proof and Crime-Based Response to Terrorism» dans Daniels, Macklem et Roach, *supra* note 17, 131 à la p. 133 et s. [Roach, «The Dangers of a Charter-Proof and Crime-Based Response to Terrorism»] (ce dernier va ainsi plus loin qu'une simple analyse de la conformité de la *LAT* avec la *Charte canadienne* et s'interroge sur sa cohérence au regard de l'État de droit et des valeurs de base et des principes libéraux au sein d'une société démocratique).

⁶⁸ Roach, *September 11 Consequences for Canada*, *ibid* à la p. 18.

plus large de menace à la sécurité (*a broader security agenda*)⁶⁹. Ce dernier aborde aussi la question de l'équilibre à atteindre entre sécurité et droits humains, étant d'avis que les cas les plus complexes de tension entre ces deux notions doivent être résolus par une application rigoureuse, rationnelle et logique des principes de proportionnalité⁷⁰. Cet avis est aussi partagé par Errol P. Mendes, professeur de droit à l'Université d'Ottawa, qui stipule pour sa part que les dispositions du projet de loi C-36 représentent une tentative juste, bien qu'imparfaite, dans le cadre d'une société libre et démocratique d'équilibrer la sécurité et les droits de l'homme⁷¹.

Craig Forcese, également professeur de droit à l'Université d'Ottawa se spécialisant sur la législation canadienne en matière de sécurité nationale, aborde aussi les dilemmes de la sécurité impliqués par la recherche de l'équilibre entre la nécessité d'assurer la sécurité nationale et le respect des droits civils et libertés fondamentales⁷². Il expose ainsi deux des principales doctrines juridiques reliées à ce sujet, soit la doctrine qui considère la notion de la sécurité comme étant le fondement des droits humains (*security as the foundation for rights*)⁷³ et l'autre doctrine opposée qui considère les droits humains comme étant le fondement de la sécurité (*rights as the foundation for security*)⁷⁴. Devant ces deux doctrines opposées, Forcese présente ensuite l'approche plus nuancée, prônée notamment par Cotler et Mendes, qui voit les notions de sécurité et de droits humains non pas comme des concepts hiérarchiques, mais comme mutuellement synergiques⁷⁵. À cet égard, Cotler nous met en garde contre le fait de caractériser la *LAT* seulement en fonction d'une analyse à somme nulle entre sécurité nationale et libertés civiles, puisqu'il serait ici question de « sécurité humaine »⁷⁶. En

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Roach, «Must we Trade Rights for Security?», *supra* note 43 aux pp. 2154-155: (« proportionality analysis insists that counter-terrorism strategies must be legally authorized and subject to judicial application of principles of rationality, least drastic or restrictive means, and overall balance between effectiveness in preventing terrorism and infringement on rights and freedoms »).

⁷¹ Errol P. Mendes, « Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution » (2002) 14 N.J.C. L. 71 aux pp.77-78.

⁷² Forcese, National Security Law, *supra* note 43, c. 2 (« without adequate security, the rights found in instruments such as the Canadian Charter of rights and freedom would be unattainable. To extrapolate from this, however, that national security should necessarily trump these other democratic values is to overstate the case [...]. The challenge lies, therefore, in defending national security in a manner that affirms rather than undermines these other values » aux pp. 14-15).

⁷³ *Ibid.* aux pp. 15-16 (cette approche met l'emphase sur la sécurité: « creating an environment of security is a prerequisite to universal rights » à la p. 16).

⁷⁴ *Ibid.* à la p. 17 (cette approche met plutôt l'emphase sur les droits humains: « rights [...] are not to be tempered in the name of national security, because without rights, there is no security »).

⁷⁵ *Ibid.* à la p. 19 (« this approach obviates the need to sacrifice automatically one interest for the other where they clash in the immediacy of the moment [...]. At core, a democratic state must perform a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law [...]. How this balancing is conducted may vary depending on the interests in play »).

⁷⁶ Cotler, «Post-September 11th Universe», *supra* note 11 à la p. 521.

effet, ce dernier est d'avis que la *LAT* doit plutôt être considérée comme une législation (*a human security legislation*) qui protège à la fois la sécurité et les droits civils⁷⁷.

Enfin, les aspects plus politiques entourant cette question d'équilibre et la façon dont le gouvernement utiliserait cette « rhétorique » dans le cadre de la *LAT* ont été étudiés par Patrick J. Smith, professeur de sciences politiques à l'Université Simon Fraser et directeur du *Institute of Governance Studies*, qui est d'avis que depuis le 11 septembre 2001 et les efforts législatifs du Canada pour contrer le terrorisme, l'équilibre délicat entre droits humains et sécurité n'a pas été maintenu⁷⁸. D'ailleurs, au niveau national, bien que ne se positionnant pas sur le respect ou non de cet équilibre, il est à noter que les rapports parlementaires susmentionnés ont traité à plusieurs reprises de la nécessité pour le gouvernement de mettre en balance, dans l'application de la *LAT*, d'un côté les exigences en matière de sécurité nationale et de l'autre, les droits et libertés de l'individu⁷⁹. Sur cette question, le livre de l'actuel chef du parti libéral du Canada et ancien professeur de droit de l'Université Harvard, Michael Ignatieff, *The Lesser Evil : Political Ethics in an Age of Terror*, est très révélateur⁸⁰. Ce dernier tente effectivement de réconcilier ce qu'il qualifie du « réalisme » nécessaire pour combattre le terrorisme et l'« idéalisme » de nos valeurs démocratiques à travers une éthique de l'équilibre (*ethics of balance*) : « an ethics of balance cannot privilege rights above all, or dignity above all, or public safety above all. They are all important principles- all must be weighed in the balance equally »⁸¹.

⁷⁷ *Ibid.* (« a more appropriate approach would be that counterterrorism ought to be seen as anchored in a generic principle of human security-involving the protection of both the security of a democracy and civil liberties including, in particular, the most fundamental of rights: the right to life, liberty, and security of the person »).

⁷⁸ Smith, *supra* note 43 à la p. 170 (« in September 11th's aftermath, security has won out over rights in Canada »).

⁷⁹ Sous-comité de la Chambre, «Droits, restrictions et sécurité», *supra* note 63 à la p. 90; Comité sénatorial, «Justice fondamentale dans des temps exceptionnels», *supra* note 63 à la p. 77.

⁸⁰ Michael Ignatieff, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Toronto, Penguin Group, 2004 (Ignatieff reconnaît dans cette œuvre que les choix auxquels doivent faire face les démocraties libérales devant la nouvelle menace du terrorisme transnational sont difficiles et que ces dernières doivent parfois aller au-delà d'un perfectionnisme moral (*morality of dignity*) ou d'une application utilitariste absolue (*morality of consequences*) pour s'engager, bien qu'avec circonspection, sur le sentier du moindre mal (*a lesser evil morality*). «This third position [*a lesser evil morality*] maintains that necessity may require us to take actions in defence of democracy which will stray from democracy's own foundational commitments to dignity [...]. Rights may have to bow to security in some instance » aux pp. 8-9). Voir Didier Bigo et Elspeth Guild, «The Worst-case Scenario and the Man on the Clapham Omnibus» dans Goold et Lazarus, *supra* note 5 à la p. 110 et s. pour une critique intéressante de ce livre, notamment du fait qu'Ignatieff ne différencie pas les normes de *jus cogens* des autres obligations des États en matière de droits humains.

⁸¹ Ignatieff, *ibid.* à la p. viii (« I try to chart a middle course between a pure civil libertarian position which maintains that no violations of rights can ever be justified and a purely pragmatic position that judges antiterrorist measures solely by their effectiveness »).

1.3 Cadre théorique : les études de sécurité en RI

On peut donc voir à travers cette courte revue de la littérature que plusieurs analyses juridiques de type positiviste de la *LAT* ont déjà été produites, cherchant prioritairement à rendre compte du phénomène juridique en-soi, c'est-à-dire d'analyser la validité interne (la légalité) de la *LAT* selon le contexte juridique applicable (soit le droit positif tel que la *Charte canadienne*)⁸². Nous avons donc voulu pousser notre réflexion au-delà de ces analyses internes du droit en utilisant un cadre théorique externe à ce domaine, les études de sécurité, sous-champ de la discipline des RI, ayant émergé vers la fin des années 1940⁸³. Notre choix s'est arrêté sur ce type de cadre conceptuel puisqu'il nous permet d'expliquer plus en détail les interprétations judiciaires données à la *LAT* qui se rapportent aux concepts de sécurité et de « sécurité nationale » en tenant compte du contexte politique lié à la définition de ces concepts⁸⁴.

Dans la mesure où il est question de trouver un équilibre entre la sécurité, la « sécurité nationale » et certains droits humains, nous croyons effectivement qu'il est primordial de bien cerner et comprendre ce que l'on entend par « sécurité » et par « sécurité nationale » selon les cas. Ceci est d'autant plus nécessaire que les organismes et auteurs mentionnés ci-haut qui abordent cette question ne définissent pas clairement la notion d'équilibre ni les concepts qui y sont en jeu. Ainsi, devant ces termes qui demeurent flous et qui pourraient avoir certaines répercussions sur la pleine jouissance des droits humains dans le cadre de l'application de la *LAT*, nous avons choisi d'utiliser les études de sécurité en RI, plus particulièrement les « études critiques de sécurité », afin de mieux comprendre et possiblement redéfinir cette notion d'équilibre par une meilleure détermination des concepts en jeu (chap. 3).

Les études de sécurité sont effectivement intéressantes aux fins de notre réflexion dans la mesure où ces théories font ressortir les difficultés et les aspects problématiques reliés à la définition de la sécurité et de l'insécurité (de ce que constituent les « enjeux de

⁸² Le positivisme juridique, ici défini comme un mode d'approche du droit fondé sur la volonté de construire une science du droit fondée sur les principes d'une philosophie empiriste, tente en général de décrire le droit « tel qu'il est » en rejetant l'idée d'un droit naturel idéal en opposition au droit « posé » par l'homme lui-même, le droit positif. Voir Christophe Grzegorzczak, François Michaud et Michel Troper, *Le positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992, à la p. 27.

⁸³ Anne Marie D'Aoust, David Grondin et Alex Macleod, « Les Études de sécurité » dans Alex Macleod et Dan O'Meara, dir., *Théories des Relations internationales : Contestations et résistances*, Athéna, Outremont, 2007, 351 à la p. 352.

⁸⁴ Kenneth W. Abbott, « International Relations Theory, International Law, and the Regime Governing Atrocities in Internal Conflicts » (1999) 93 *Am. J. Int'l L.* 361 à la p. 362 (« by situating legal rules and institutions in their political context, IR helps to reduce the abstraction and self-contained character of doctrinal analysis »).

la sécurité » pour un État donné) et les conséquences politiques, éthiques et sociales reliées à cette définition. Les tenants des différentes approches théoriques faisant partie de ce sous-champ des RI ont effectivement en commun une série de questions clés auxquelles ils doivent répondre, implicitement ou explicitement, qui permettent de mieux cerner le concept de sécurité, soit : « Quelle est la nature de l'insécurité? »; « À quel objet la sécurité fait-elle référence, qui est le sujet de la sécurité? »; « Quand, comment et pourquoi une question devient-elle un enjeu de sécurité? »; « Quelles sont les conséquences politiques, sociales et éthiques d'une décision de considérer un phénomène comme un enjeu de sécurité? »⁸⁵. Il existe donc de multiples conceptions en RI du concept de sécurité qui se distinguent par les réponses parfois très différentes données à ces questions, le concept de sécurité étant devenu un « champ de bataille en et de lui-même »⁸⁶. Il semble toutefois possible de départager les divers courants qui constituent le domaine des études de sécurité en trois sous-catégories, soit :

- 1) les approches traditionnelles dont l'objet principal est la « sécurité nationale » des États, mis en péril par des menaces essentiellement militaires;
- 2) les approches qui plaident en faveur d'un élargissement de ce concept pour prendre en compte de nouvelles menaces ayant émergé dans divers secteurs de la vie sociale;
- 3) les positions critiques tendant plus radicalement vers la re-conceptualisation de l'objet référent de la sécurité qui se traduit par l'accent mis sur la sécurité des individus plutôt que de l'État ainsi que par la reconnaissance de la nature construite des menaces⁸⁷.

Il est donc intéressant et important de voir comment les définitions, s'il existe des définitions claires, de la sécurité et de la « sécurité nationale » formulées par le gouvernement et les tribunaux canadiens, notamment par rapport à la *LAT*, se situent face à ces sous-catégories, plus particulièrement face à la dernière catégorie sur laquelle nous avons choisi de nous concentrer.

1.3.1 Sécurité nationale : approches traditionnelles

Cette question est d'autant plus intéressante si l'on considère le fait que le concept de « sécurité nationale » est à différencier du concept plus large de « sécurité » puisqu'il est associé aux approches traditionnelles des études de sécurité, ce qui implique une préoccupation unique pour la préservation des États, de leur souveraineté, de leurs

⁸⁵ D'Aoust, Grondin et Macleod, *supra* note 83 à la p. 351.

⁸⁶ En effet, les spécialistes en études de sécurité ne s'entendent guère ni sur le plan épistémologique ni sur celui de l'ontologie, c'est-à-dire ni sur la définition même de ce concept ni sur les approches théoriques qui la sous-tendent. Voir Isabelle Masson, « Études de sécurité » dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2008, 420 à la p. 420 [Masson, « Études de sécurité »].

⁸⁷ Isabelle Masson, « Sécurité » dans Macleod *et al.*, *ibid.*, 405 à la p. 405 [Masson, « Sécurité »].

intérêts nationaux ou de leurs frontières territoriales⁸⁸. Selon ces approches traditionnelles qui ont adopté une épistémologie empiriste positiviste, les menaces à la sécurité sont alors identifiables, mesurables et objectives visant essentiellement la survie, la sécurité de l'État⁸⁹. Pendant longtemps, les études de sécurité ont ainsi été influencées par une vision réaliste qui réduit la sécurité à des problèmes empiriques politico-militaires et au champ des études de la défense et de la stratégie⁹⁰. Le terme « sécurité nationale » signifierait donc, selon ces approches traditionnelles, que les institutions politiques, le territoire et la population qui forment l'État sont désignés comme les éléments à protéger en priorité contre toute menace, et en particulier contre toute menace militaire (*the security of sovereign states from the threat of aggression*)⁹¹.

Au sein de cette conception particulière de la sécurité, l'État constitue l'objet référent principal de la sécurité, c'est-à-dire l'élément central de préoccupation qui doit faire l'objet de sécurisation, la sécurité des individus étant alors assimilée à celle plus large de l'entité étatique⁹². Ainsi, lorsqu'on aborde la question de la « sécurité nationale », peu de préoccupations semblent être données à l'individu en tant que tel, ce qui justifierait la conception que l'État puisse brimer certains droits et libertés fondamentaux de ses citoyens pour assurer sa sécurité ou celle de la « société » en général. À cet égard, la plupart des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme contiennent des dispositions de dérogation permettant à l'État de suspendre certains droits et libertés individuels afin d'assurer sa survie⁹³.

Dès le début des années 1980, des propositions pour étendre la notion de « sécurité nationale » et pour inclure des menaces non militaires ont commencé à paraître. Notamment, Barry Buzan annonçait, dès 1983 avec la publication de *People States and Fear*, qu'il était temps d'élargir le concept de sécurité pour couvrir d'autres domaines que

⁸⁸ D'Aoust, Grondin et Macleod, *supra* note 83 à la p. 353; Viau, *supra* note 46 à la p. 17 (selon ces approches traditionnelles de la sécurité, « l'État est l'acteur central du système international anarchique et préside sur la société civile ». La sécurité nationale se trouve alors au cœur de ces approches par la justification de la « primauté de l'État ». La sécurité signifie donc avant tout la protection militaire de l'État contre une menace extérieure ou intérieure existentielle).

⁸⁹ Voir Ken Booth, « Critical Explorations » dans Ken Booth, dir., *Critical Security Studies and World Politics*, Boulder (É.-U.) Lynne Rienner Publishers, 2005, 1 à la p. 6 [Booth, « Critical Explorations »] (« for much of the cold war political realism [and security] was written about and taught on the basis of a crude positivism »).

⁹⁰ Masson, « Études de sécurité », *supra* note 86 à la p. 420. Voir aussi Ken Booth, « Security and Emancipation » (1991) 17:4 *Review of International Studies* 313 à la p. 318 [Booth, « Security and Emancipation »] (« this traditional approach [of security], associated with the intellectual hegemony of realism, has been characterized by three elements: it has emphasized military threats and the need for strong counters; it has been status quo oriented; and it has centered on the states »).

⁹¹ D'Aoust, Grondin et Macleod, *supra* note 83 à la p. 353.

⁹² *Ibid.* à la p. 375.

⁹³ Voir la partie 2.3.1, ci-dessous, pour une analyse plus approfondie de ces dispositions dérogatoires.

le seul domaine militaire⁹⁴. Toutefois, cette conception de la sécurité, bien que cherchant à dépasser le militaire, ne constitue pas une remise en question du concept traditionnel de la sécurité et son objet référent qui demeure principalement l'État. C'est plutôt vers la fin des années 1980, avec l'accélération post-guerre froide de la mondialisation, de l'interdépendance entre les États et la montée des acteurs transnationaux que l'on assiste à une remise en cause sérieuse du modèle classique de la sécurité centrée sur l'État et sur la puissance militaire par les approches dites « alternatives » de la sécurité (art. 1.3.2)⁹⁵.

Notamment, plusieurs aspects de l'histoire du XXe siècle ont remis en question la conception traditionnelle de la relation entre les États et leurs citoyens en matière de sécurité: « during the twentieth century [...] there has been ample evidence that the state, far from being a solution to the security demands of its citizens, may wilfully be a major threat to their security »⁹⁶. Dans le cadre de cette étude, nous nous sommes donc concentrées sur ces approches se distançant épistémologiquement et normativement des approches traditionnelles de la sécurité qui ont tenté au cours des années 1980 et 1990 de remettre en question le concept de « sécurité nationale » et de repenser son objet référent. Plus particulièrement, nous nous sommes intéressées (art. 1.3.3) aux positions postpositivistes au sein de ce mouvement regroupées sous l'appellation « études critiques de sécurité » (*Critical security studies*) rompant radicalement avec la vision réaliste classique empirique de la sécurité, par l'introduction d'un large éventail de thèmes comme les droits de l'homme, le développement et l'émancipation⁹⁷.

⁹⁴ Barry Buzan, *People, State and Fear: The National Security Problem in International Relations*, Brighton, Harvester, 1983. Ce dernier a ainsi été l'un des premiers à contester le primat des questions militaro-politiques en soulignant la nécessité d'élargir les études de sécurité pour y inclure des menaces de nature économique, environnementale ou « sociétal » ignorées par les études stratégiques. Voir Masson, « Sécurité », *supra* note 87 à la p. 406.

⁹⁵ D'Aoust, Grondin et Macloed, *supra* note 83 (« on assiste à une remise en cause profonde du sens même du concept de sécurité, et donc, de la façon de dire et d'écrire la sécurité, autrement dit de repenser tout le champ des études de sécurité, du côté des approches alternatives » à la p. 356).

⁹⁶ S Neil Macfarlane, « Human Security and the Law of States » dans Goold et Lazarus, *supra* note 5, 347 à la p. 351.

⁹⁷ Il existe plusieurs définitions de ce que constitue les « études critiques de sécurité » nous retiendrons ici la définition plus exhaustive de Ken Booth, *Theory of World Security*, New York, Cambridge University Press, 2007 à la p. 30 [Booth, *Theory of World Security*] (« Critical security studies is a sub field within the academic discipline of international politics concerned with the pursuit of critical knowledge about security. Critical knowledge implies understandings that attempt to stand outside prevailing structures, processes ideologies, and orthodoxies while recognising that all conceptualisations of security derive from particular political/ theoretical/historical perspectives. Critical theorising does not make a claim to objectivity but rather seeks to provide deeper understandings of oppressive attitudes with a view to developing promising ideas by which human society might overcome structural and contingent wrongs. Security is conceived comprehensively, embracing theories and practices relating to multiple referents, multiple types of threat, and multiple level of analysis »).

1.3.2 Élargissement et extension de la sécurité : les approches « alternatives »

Ainsi, après avoir voulu élargir l'ordre du jour sécuritaire en l'appliquant à d'autres sphères non militaires, on cherche plutôt au sein des approches alternatives à étendre le concept de sécurité au-delà de l'État à travers des conceptualisations alternatives de la sécurité. Malgré la grande diversité de ces nouvelles approches, ces dernières comprennent au moins deux des trois opérations suivantes, soit l'élargissement, l'extension et l'approfondissement du concept de sécurité⁹⁸. Concernant l'élargissement et l'extension de la sécurité pour y inclure des menaces non militaires, nous nous devons ici de mentionner rapidement les travaux de l'École de Copenhague, programme de recherche développé dans un cadre d'études multidisciplinaires sur la sécurité, qui sont devenus le point de départ d'un grand nombre d'approches les plus critiques⁹⁹. En effet, une des contributions les plus importantes de l'École de Copenhague aux études de sécurité est le concept de « sécurisation » développé surtout par le politologue danois, Ole Waever, défini comme le processus mis en branle par les élites politiques lorsque celles-ci indiquent qu'un objet constitue un enjeu de sécurité¹⁰⁰. D'après cette École, la sécurité est ainsi un concept flou qui ne réfère pas seulement à une réalité externe et objective, mais bien à une définition subjective d'un objet qui, posé comme menace au sein des institutions et des discours politiques, vient à être perçu comme menace par l'audience ciblée¹⁰¹. Ainsi, le terme « sécurité » peut être élargi à d'autres dimensions non militaires, (politiques, économiques, sociales, environnementales) et revêt une signification politique importante : « to name something *security* is to give it a particular political significance»¹⁰².

⁹⁸ D'Aoust, Grondin et Macleod, *supra* note 83 à la p. 361 (« la notion d'élargissement de la sécurité à de nouveaux secteurs non militaires ne bouleverse pas en soi les études de sécurité traditionnelles [...]. C'est plutôt avec les tentatives d'étendre la sécurité que l'on commence à entrer dans des visions plus contestataires de ce concept, puisqu'il s'agit d'aller au-delà de l'État comme objet de référent pour en proposer d'autres tels que la société ou l'individu. Enfin, en cherchant à approfondir la sécurité, les partisans des approches plus critiques proposent des conceptualisations alternatives de celle-ci » par exemple en liant la sécurité à l'idée de l'émancipation).

⁹⁹ Voir Frédérick Guillaume Dufour et Mélanie Roy, « École de Copenhague » dans Macleod *et al.*, *supra* note 86, 113 à la p. 113 (« par l'École de Copenhague, on réfère au programme de recherche développé par un groupe d'auteurs oeuvrant dans un cadre d'études multidisciplinaires sur la sécurité et dont les travaux s'articulent autour des thèses de Barry Buzan et Ole Waever, membres de l'Institut de recherche pour la paix de Copenhague »).

¹⁰⁰ Voir Barry Buzan, Ole Waever et Jaap de Wilde, *Security : A New Framework for Analysis*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1998 aux pp. 23-26 (le processus de sécurisation comprend 5 étapes : la désignation d'un « objet référent » à sécuriser, la définition subjective d'une menace à la survie grâce à une rhétorique de la mise en péril, l'accomplissement de la sécurisation par une personne ou un groupe de personnes dont on reconnaît l'autorité de sécuriser, la prise de mesures d'exception pour contrer la nouvelle menace et finalement, l'acceptation de cette réalité par l'ensemble de la collectivité). Voir aussi Catherine Courchesne et Nicolas Adam, «Sécurisation» dans Macleod *et al.*, *supra* note 86, 402 à la p. 402.

¹⁰¹ Buzan, Waever et Wilde, *ibid.* à la p. 26 (la sécurité est donc un acte de discours. En disant sécurité, un représentant de l'État exige un droit spécial de faire usage de tous les moyens nécessaires pour en neutraliser les effets).

¹⁰² *Ibid.*

Cependant, l'École de Copenhague n'abandonne pas totalement l'idée de l'État comme référent de la sécurité cherchant à développer une voie mitoyenne entre les approches traditionnelles et critiques de la sécurité¹⁰³. Cette préservation de l'État comme objet référent a ainsi conduit d'autres spécialistes de la sécurité à tenter d'approfondir le concept de sécurité en privilégiant une position épistémologiquement et normativement plus critique qui met entre autres l'accent sur la sécurité des individus et pousse davantage l'idée de la nature construite des menaces sécuritaires. En effet, contrairement aux approches traditionnelles, l'objet de référence primaire des « études critiques de sécurité » est habituellement l'« humain », l'« individu », car la première question posée par ces dernières n'est pas « Qu'est-ce qui doit être sécurisé? », mais bien « Qui doit être sécurisé? »¹⁰⁴. Tel que mentionné ci-haut, nous avons donc choisi de nous concentrer sur ces positions critiques qui remettent en question les approches traditionnelles de la sécurité d'un point de vue à la fois épistémologique, en questionnant l'objet même de cette discipline, et normatif, en adoptant des positions critiques substantivement progressistes¹⁰⁵. Plus particulièrement, nous avons choisi de nous concentrer sur les écrits de Ken Booth et Didier Bigo (l'École de Paris), représentant deux courants distincts au sein des « études critiques de sécurité ». Ces courants ont donc fait l'objet de la section suivante.

1.3.3 Approfondissement de la sécurité : les études critiques de sécurité

Les travaux issus des « études critiques de sécurité » considérées comme un sous-champ des approches alternatives sont extrêmement divers, ne présentant pas une même définition du concept de sécurité, pas plus qu'ils n'épousent les mêmes postulats théoriques. Le dénominateur commun de ce sous-champ est plutôt de rejeter la conception stato-centrée et positiviste des enjeux de la sécurité en tant que données a

¹⁰³ D'Aoust, Grondin et Macloed, *supra* note 83 à la p. 365. Voir aussi Ken Booth, « Beyond Critical Security Studies » dans Booth, *Critical Security Studies and World Politics*, *supra* note 89, 259 à la p. 271 [Booth, « Beyond Critical Security Studies »] (« securitization studies is the approach advocated by what has become known as the Copenhagen School. It is only marginally «critical» in theoretical orientation as the term is being used here [...]. The conceptualizations of the central themes of securitization and desecuritization are state-centric, discourse-dominated and conservative »).

¹⁰⁴ Viau, *supra* note 46 à la p. 45 (« à cet égard, la (re)conceptualisation de la sécurité par rapport au concept traditionnel est réellement approfondie, puisque son objet de référence est l'individu et non pas une entité prise pour acquise comme l'État ou la société »).

¹⁰⁵ Voir Ken Booth, « Security and Self: Reflection of a Fallen Realist » dans Keith Krause et Michael C. Williams, dir., *Critical Security Studies*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997, 83 à la p. 106 [Booth, « Security and Self »] (« Critical security studies begin in a rejection of traditional security theory. The approach rejects, in particular, the definition of politics that places the state and its sovereignty at the center of the subject; the moral authority of states; the belief that the state is and should be the key guardian of people's security [...]; the regressive view of human nature evident in the classical preaching of realism; the unreflecting positivism implicit in much of the method of traditional International Relations [...] »).

priori ou objectives défendue par les approches traditionnelles¹⁰⁶. Aussi différents soient-ils, ces auteurs partagent ainsi un certain nombre de points communs dans leurs analyses, soit notamment une épistémologie postpositiviste considérant la sécurité et l'insécurité en tant que données subjectives et construites dont il faut examiner, de différentes façons, leur processus de construction et de transformation : « one theme that unites critical perspectives on security is a recognition of the idea that security is essentially a derivative concept; this means simply that contending theories about world politics produce different conceptualizations of what security is all about »¹⁰⁷. Il ne s'agit donc pas seulement d'expliquer les problèmes relatifs à la sécurité, mais aussi d'identifier l'origine de cette notion non pas en fonction de facteurs inhérents ou naturels, mais plutôt de discours dominants et de réalités sociales fluctuantes : « security is always 'for someone and for some purpose' »¹⁰⁸. Les approches critiques approfondissent ainsi davantage la notion de sécurité afin d'y apporter un sens normatif, de révéler le politique derrière l'apparente « neutralité » de ce terme tel que véhiculé par les approches traditionnelles : « deepening reveals the political theory in which conceptions of security are anchored, and so the priorities that will shape the associated political agenda »¹⁰⁹.

Dans cette optique, les « études critiques de sécurité » ont pris une approche normative beaucoup plus sociologique et politique afin de favoriser un changement social s'entendant sur le fait que la définition de la sécurité doit davantage mettre l'accent sur la sécurité des êtres humains que sur celle de l'État, ce dernier représentant, pour une partie

¹⁰⁶Voir David Mutimer, «Critical Security Studies: A Schismatic History» dans Alan Collins, dir., *Contemporary Security Studies*, New York, Oxford University Press, 2007, 53 à la p. 60 (« the initial agenda of Critical Security Studies was set by a series of challenges to the traditional conception of security: the state was not a sufficient referent object for security; thinking more broadly about referent objects required thinking more broadly about the sources of both insecurity and security; these forms of rethinking required an epistemological move beyond the empiricist, positivist traditions of security studies »).

¹⁰⁷ Booth, «Critical Explorations», *supra* note 89 à la p. 13. Voir aussi Charles-Philippe David, *La guerre et la paix : Approches contemporaines de la sécurité et de la stratégie*, 2^e éd., Paris, Presse de Sciences Po, 2006 à la p. 65 [David, *La guerre et la paix*] (« les critiques partagent trois idées fondamentales. Premièrement, ils sont incrédules et rejettent unanimement les discours rationnels et objectifs sur la sécurité [...]. Deuxièmement, ils mettent sérieusement en doute la capacité de l'État à assurer la véritable sécurité, soit celle des individus. Enfin, troisièmement, ils définissent l'objet de la sécurité comme étant la survie, le bien-être et l'émancipation humaine, avant d'être celle et celui de l'État »).

¹⁰⁸ Booth, « Security and Self », *supra* note 105 à la p. 106 [Booth, « Security and Self »] («security is what we make it.»).

¹⁰⁹ Booth, *Theory of World Security*, *supra* note 97 à la p. 149. Voir aussi Ken Booth, « Introduction to Part 1: Security », dans Booth, *Critical Security Studies and World Politics*, *supra* note 89, 21 à la p. 21 [Booth, « Introduction to Part 1: Security »] (« security in world politics is neither a neutral nor a simple idea. What it means to be or to feel free- or relatively free- from the absence of threats in world politics depends upon whether the security issue being considered is by a political realist, a Marxist, a feminist theorist, a liberal internationalist, or whatever [...]. This is what it means to say that security is a derivative concept. Revealing the implication of this insight is the task of deepening » à la p. 21). Voir aussi Mutimer, *supra* note 106 à la p. 63 (« a critical security theory, therefore, must reveal the politics behind seeming neutral knowledge [it] reveals the false naturalism of traditional theory [...] it provides the basic for social change- indeed for progress »).

du monde, la source des problèmes de sécurité et non la solution¹¹⁰. Notamment, Ken Booth, professeur à l'Université du Pays de Galles, a questionné dès 1991 l'objet référent (*whose security?*) auquel s'adressaient les approches existantes sur la sécurité en jetant les bases d'une nouvelle « théorie critique de la sécurité » s'inspirant de l'École de Francfort¹¹¹. Booth a effectivement voulu jeter les bases d'une véritable théorie au sein des « études critiques de sécurité », distinguant l'ensemble de ces approches qu'il considère plutôt comme un corpus de connaissances sur la sécurité de sa propre « théorie » critique de la sécurité¹¹². Cette théorie est ainsi basée sur une ontologie plus vaste que les approches traditionnelles, une épistémologie se distançant de l'empirisme positiviste de ces dernières et orientée vers une praxis explicitement émancipatrice¹¹³.

Ouvrant le débat à savoir si les individus devraient remplacer les États comme le principal référent de la sécurité, le sous-groupe des « études critiques de sécurité » s'étant articulé autour de la théorie de Ken Booth est donc particulièrement intéressant aux fins de la présente réflexion. Booth, engagé à réinscrire les questions de sécurité dans un débat proprement politique (*to politicise security*), a effectivement fait de l'individu l'objet principal de la sécurité en liant l'idée de l'émancipation à ce concept¹¹⁴. Si l'on veut répondre à l'état actuel d'insécurité issu de l'après-guerre froide et accru par les événements du 11 septembre 2001, l'émancipation des individus plus que la survie de l'État doit, selon lui, constituer l'objectif principal de la sécurité. Il faut effectivement prioriser la sécurité des individus sur celle de l'État, la population et non l'État devant

¹¹⁰ David, *La guerre et la paix*, *supra* note 107 aux pp. 65-66. Voir aussi Booth, *Theory of World Security*, *ibid.* à la p. 157 (« one of the key aims of critical theorising is to bring politics more explicitly into the security field »).

¹¹¹ Mutimer, *supra* note 106 à la p. 63 (« the central aim of the Frankfurt School: that all knowledge is not simply a social process, that is, knowledge is not simply there but rather is produced socially, and thus politically, and there are interests of knowledge [knowledge benefits some and disadvantage others]. Such a conception of knowledge implies a critique of traditional theory [...] which, by not recognizing its political origin and contents, tends to naturalism, assuming the ability to maintain a rigid division between the analyst and the social world she is analysing »).

¹¹² Booth, « Beyond Critical Security Studies », *supra* note 103 aux pp. 259, 268 (« I want to move beyond CSS as a body of critical knowledge and outline a specific critical theory of security [...]. I now propose a definition of a distinct theory of security from a Frankfurt School critical theory perspective: Critical security theory is both a theoretical commitment and a political orientation. As a theoretical commitment it embraces a set of ideas engaging in a critical and permanent exploration of the ontology, epistemology, and praxis of security, community, and emancipation in world politics. As a political orientation it is informed by the aim of enhancing security through emancipatory politics and networks of community at all levels »).

¹¹³ Booth, *Theory of World Security*, *supra* note 97 à la p. 31 (« critical security theory looks towards an ontology embracing a more extensive set of referents for security (from individuals to the whole humanity); an epistemology which is post-naturalist [...] rejecting approaches to knowledge that assume we can scientifically access the social world in the same way as we do the natural world; and an orientation towards praxis (the unity of theory and practice in politics) which is explicitly emancipatory (culturally sensitive and pragmatic, but also universalistic) »).

¹¹⁴ Booth, « Security and Emancipation », *supra* note 90 aux pp. 319-20 (« the litmus test concerns the primary referent object: it is states, or is it people? Whose security comes first? I want to argue [...] that individual humans are the ultimate referent [...] »).

être considérée comme une finalité en soi¹¹⁵. Une distinction entre la sécurité de l'État et celle de l'humain est ainsi établie et cette dernière doit recevoir priorité, au détriment et à l'encontre de la première, lorsqu'il y a incompatibilité des objectifs entre les deux types de sécurité. Booth définit donc la sécurité comme l'absence de menace et l'émancipation, qui est considérée par les tenants de cette approche à la fois comme un ancrage philosophique, un processus en constante évolution et un guide tactique, en tant que « la libération des gens (individuellement et collectivement) des contraintes physiques et humaines qui les empêchent de faire ce qu'ils auraient choisi de faire librement »¹¹⁶.

En ce sens, la guerre constitue toujours l'une de ces contraintes, mais aussi la pauvreté, l'oppression politique, la violation des droits humains ou encore la précarité des soins de santé¹¹⁷. Cependant, le concept d'émancipation ne doit pas être considéré comme un concept statique, immuable et universel synonyme d'occidentalisation, puisque celle-ci ne peut se faire aux dépens des autres¹¹⁸. Une telle définition de la sécurité permet donc d'élargir ce concept à toutes les questions susceptibles de contraindre l'émancipation humaine, embrassant la sécurité dans sa globalité. Booth élargit alors le concept de sécurité à de nouvelles « menaces sécuritaires » tout en relayant l'État au rôle d'agent de la sécurité parmi d'autres. Par le fait même, ce dernier remet en question les approches traditionnelles stato-centrées et militaristes de la sécurité (voir art. 1.3.1) qui seraient devenues, selon lui, totalement inadéquates pour rendre compte des enjeux de sécurité actuels puisqu'elles considèrent les États comme la fin plutôt que le moyen d'atteindre la sécurité¹¹⁹.

¹¹⁵ *Ibid.* à la p. 320 (« it is illogical to place states at the centre of our thinking about security because even those which are producers of security represent the means and not the ends [...]. An analogy can be drawn with a house and its inhabitants. A house requires upkeep, but it is illogical to spend excessive amounts of money and effort to protect the house against flood, dry rot and burglars if this is at the cost of the well-being of its inhabitants »).

¹¹⁶ *Ibid.* à la p. 319 (« Emancipation, theoretically, is security. Implicit in the preceding argument is the Kantian idea that we should treat people as ends and not means»). Voir aussi Booth, *Theory of World Security*, *supra* note 97 à la p. 112 (« as a discourse of politics, emancipation seeks the securing of people from those oppressions that stop them carrying out what they would freely choose to do, compatible with the freedom of others. It provides a three-fold framework for politics: a philosophical anchorage for knowledge, a theory of progress for society, and a practice of resistance against oppression. Emancipation is the philosophy, theory, and politics of inventing humanity. At this stage of history the growth of a universal human rights culture is central to emancipatory politics »).

¹¹⁷ *Ibid.* à la p. 318 (« the threats to the wellbeing of the individuals and the interests of nations across the world derive primarily not from a neighbour's army but from other challenges, such as economic collapse, political oppression, scarcity, overpopulation, ethnic rivalry, the destruction of nature, terrorism, crime and disease »).

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 322 (« integral to emancipation is the idea of the reciprocity of rights. The implication of this belief that I am not truly free until everyone is free. Since my freedom depends on your freedom, the process of emancipation implies the further breaking down of the barriers we perpetuate between foreign and domestic policy »).

¹¹⁹ *Ibid.* aux pp. 318-19 (« the daily threat to the lives and well being of most people and most nations is different from that suggested by the traditional military perspective [...]. To countless millions of people in the world, it is their own state and not 'The Enemy' that is the primary security threat [thus] States should be treated as means and not ends »).

Selon Booth, la principale tâche des « études critiques de sécurité » est effectivement d'engager de façon critique l'orthodoxie réaliste que l'on retrouve dans la conception traditionnelle de la « sécurité nationale »¹²⁰. Ainsi, la définition traditionnelle relativement étroite de la sécurité centrée sur l'État est remplacée par « une définition qui fait de l'énoncé "*la liberté éradique la violence*" la clé de voûte de la sécurité véritable [nos italiques] »¹²¹. Cette préoccupation première envers la sécurité de l'individu et son émancipation semble remettre en question l'idée que l'État puisse brimer les droits et libertés de ses citoyens pour assurer sa sécurité ou celle de la « société », l'émancipation étant conçue comme une finalité en soi, et la sécurité comme un moyen d'y parvenir¹²². Conséquemment, cette conceptualisation de la sécurité a été plus particulièrement utilisée dans le cadre de la présente étude (chap. 3), afin de critiquer les interprétations judiciaires données à la *LAT* face à la notion vue ci-haut d'un équilibre à atteindre entre « sécurité nationale » et droits et libertés individuels. En effet, la sécurité au sein de ces approches est conçue comme étant « globale » plutôt que « nationale » ayant comme objectif de repenser les moyens de sécurisation de l'humain et non de l'État¹²³.

Nous avons par contre choisi de ne pas arrêter ici notre critique du concept de sécurité puisqu'en plus de demander à l'instar de Ken Booth ce qui doit être sécurisé, il faut aussi mieux comprendre la nature de l'insécurité. Nous avons donc, dans un deuxième temps, voulu discerner la nature des menaces, telles que la « nouvelle menace du terrorisme transnational », et leurs réponses, à savoir si elles étaient naturelles et déterminées par des conditions matérielles objectives ou subjectives et construites, ce qui leur conféraient « une nature proprement contingente, sociale, politique et historique »¹²⁴. À cet égard, les réflexions de l'équipe de Didier Bigo et sa revue phare, *Cultures & Conflits*, autre sous-groupe des « études critiques de sécurité » surnommée l'École de

¹²⁰ Voir Booth, « Critical Explorations », *supra* note 89 à la p. 13 (« the ideas that shaped mainstream security studies during the half century of the Cold War (and that are still powerful) derived from a combination of Anglo-American, statist, militarized, masculinised top-down, methodologically positivist and philosophically realist thinking. The aim of critical approaches is to challenge the conceptualization of security derived from such a worldview »).

¹²¹ Rémy Gagnon, *Les Théories de l'émancipation et l'étude de la sécurité internationale : entre le rationalisme et le réflexivisme*. Note de recherche no 6, Montréal, Groupe d'Étude et de recherche sur la sécurité internationale, Université de Montréal, 1999, à la p. 30.

¹²² Booth, *Theory of World Security*, *supra* note 97 à la p. 115 (« the non dualistic relationship between security and emancipation means that to practice security (freeing people from the life-determining conditions of insecurity) is to promote emancipatory space (freedom from oppression) and to realise emancipation [...] is to practice security (not against others, but with them) »).

¹²³ Voir Masson, « Études de sécurité », *supra* note 86 à la p. 422 (« la promotion de la sécurité globale, du désarmement, de la coopération régionale et multilatérale, de la démocratie et des initiatives issues des sociétés civiles sont parmi les principaux objectifs d'une telle conception de la sécurité »).

¹²⁴ Masson, « Sécurité », *supra* note 90 à la p. 408.

Paris, ont été très pertinentes pour la présente analyse. Se rapprochant beaucoup des travaux des constructivistes critiques considérant la sécurité comme une construction sociale (la sécurité est ce que l'on fait et ce que l'on dit), les tenants de l'École de Paris s'interrogent notamment sur l'aspect socialement construit et non objectif des menaces à la sécurité par l'étude des processus de politisation et de sécurisation¹²⁵. L'École de Paris insiste plus particulièrement sur le rôle que jouent les acteurs et les différentes agences de sécurité dans le processus de sécurisation : « qui n'est [...] pas que de l'ordre des pratiques discursives [...] (mais aussi de) l'ordre des pratiques non discursives [...] des effets de pouvoirs, des luttes et plus particulièrement des compétitions institutionnelles au sein du champ de la sécurité »¹²⁶. Refusant la coupure stricte entre sécurité interne et externe, Bigo préfère ainsi parler en termes de champs de sécurité¹²⁷. Dans cette veine, Didier Bigo, influencé par la sociologie de Pierre Bourdieu, explique comment les discours sur l'ordre international sont construits en fonction « des luttes entre experts à l'intérieur du champ de la sécurité pour imposer leurs énoncés, leurs systèmes de classement comme problématique légitime, la seule vision du monde possible sur *qui fait peur* »¹²⁸. Bigo se refuse donc d'étudier les seuls aspects pratiques de la sécurisation et fait une place prépondérante au rôle joué par les professionnels de la sécurité (policiers, services secrets, militaires, agences de renseignements, etc.) et de leur capacité institutionnelle à formuler la sécurité¹²⁹.

Ces réflexions furent d'ailleurs plus particulièrement intéressantes pour notre analyse, dans la mesure où, à la suite des événements du 11 septembre 2001, une réflexion sous-jacente de toutes les recherches de l'École de Paris sur les conséquences des pratiques de la sécurité pour l'avenir des libertés publiques s'est affirmée avec vigueur¹³⁰. Pour donner expression aux réflexions sur les effets des mesures antiterroristes et du resserrement de la sécurité à l'intérieur de la plupart des États industrialisés sur les libertés publiques, Bigo a créé en 2002 un groupe de recherche paneuropéen baptisé ELISE (European Liberty and Security), qui a donné naissance au projet CHALLENGE

¹²⁵ D'Aoust, Grondin et Macloed, *supra* note 83 à la p. 367.

¹²⁶ Didier Bigo, «Sécurité et immigration: vers une gouvernamentalité par l'inquiétude?» (1998) 31-32 *Cultures & Conflits* 13 à la p. 27.

¹²⁷ Didier Bigo, «La mondialisation de l'(in)sécurité? Réflexion sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytique de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation» (2005) 58 *Cultures & Conflits* 53 [Bigo, «La mondialisation de l' (in)sécurité»] (« cela permet de penser le champ de la sécurité comme champ traversant l'interne et l'externe, comme nouvel espace de lutte générant entre professionnels de la sécurité des intérêts communs, un même programme de vérité, de nouveaux savoirs » au para. 29).

¹²⁸ Didier Bigo, «Grands débats dans un petit monde : Les débats en relations internationales et leur lien avec le monde de la sécurité» (1995) 19-20 *Cultures & Conflits* 7 à la p. 9.

¹²⁹ Courchesne et Adam, *supra* note 100 à la p. 404.

¹³⁰ D'Aoust, Grondin et Macloed, *supra* note 83 à la p. 368.

(The Changing Landscape of Liberty and Security in Europe)¹³¹. Extrêmement pertinent aux fins de la présente réflexion, un des thèmes principaux des travaux de ce groupe est celui de l'état d'exception.

Bigo soulève d'ailleurs le fait que la situation qui caractériserait la pratique de la sécurité depuis la décision du gouvernement américain de mettre la lutte contre le terrorisme en première place de l'ordre du jour international est celle d'un « quasi *état d'urgence permanent*, une multiplication de pratiques *illibérales* au sein même des régimes libéraux. C'est [...] une forme de *gouvernementalité* par l'inquiétude, où pour rassurer les populations et les amener à obéir, on exacerbe leur peur par un discours du risque et de la suspicion [...] [nos italiques] »¹³². Bigo s'intéresse alors aux différents acteurs et aux conditions qui ont permis à l'expression d'une situation radicalement nouvelle, concernant la menace d'un « terrorisme global », de justifier l'exception, le recours à des dérogations en matière de libertés publiques et de droits humains, remettant ainsi en question les approches traditionnelles de la sécurité vues ci-haut (voir art. 1.3.1)¹³³. Dans cette optique, une analyse critique de l'idée apparemment retenue par le sens commun de la nécessité d'atteindre un juste équilibre entre sécurité et liberté a été élaborée dans le cadre du projet ELISE¹³⁴. Selon ce groupe de chercheurs, si des décisions difficiles doivent être prises, on ne doit pas se baser sur des métaphores d'équilibre, confuses et dépolitisantes, mais sur des questions de fond¹³⁵. À savoir « quand les politiques d'exception font appel à un discours de légitimation fondé sur la prévention et la préemption [...], qu'advient-il *in fine* de nos traditions libérales et démocratiques? »¹³⁶

Pour les fins de la présente analyse, nous avons choisi d'écarter d'autres conceptualisations critiques de la sécurité telle que la notion de « sécurité humaine ». En effet, ce concept, résumé par la formule « vivre à l'abri de la peur et à l'abri du besoin », qui se veut une « re-conceptualisation » radicale, en plaçant l'être humain et le développement au premier plan, de l'idée classique et restreinte de la sécurité nationale à

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Bigo, « La mondialisation de l'(in)sécurité », *supra* note 127.

¹³³ Didier Bigo et Anastassia Tsoukala, « Understanding (in)security » dans Didier Bigo et Anastassia Tsoukala, dir., *Terror, Insecurity and Liberty: Illebaral practices of liberal regimes after 9/11*, New York, Routledge, 2008, 1 à la p. 4 (« we refute the idea that the present growing restrictions on human rights[...] stem only from the reframing of counter-terrorism policies in the post-September 11 era [...] we consider them as the result of the very functioning of a solidly constituted security field of professionals of management of unease, both public and private, working together transnationally along professional lines mainly in European and Transatlantic 'working groups' »).

¹³⁴ Didier Bigo, R.B.J. Walker et l'ensemble des chercheurs ELISE, « Liberté et Sécurité en Europe: enjeux contemporains » (2006) 61 *Cultures & Conflits* 103 à la p. 106 [ELISE, « Liberté et Sécurité en Europe »].

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Didier Bigo et Emmanuel Pierre Guittet, « Éditorial : Antiterrorisme et société » (2006) 61 *Cultures & Conflits* 5 à la p. 6.

la lumière des bouleversements observés dans les années 1990, ne fait pas l'objet d'un consensus même au sein des « études critiques de sécurité »¹³⁷. Certains désaccords conceptuels persistent au niveau international concernant notamment la définition, la mise en œuvre et le champ d'application d'un tel concept à travers son corollaire, la responsabilité de protéger, qui remettrait en cause deux piliers du système international contemporain, la souveraineté et le principe de non-ingérence¹³⁸. Nous ne nous attarderons donc pas au concept de « sécurité humaine », bien qu'il nous soit ultérieurement utile (voir sect. 3.4) afin d'inscrire notre analyse interdisciplinaire critique des interprétations judiciaires de la *LAT* au sein du débat international concernant la redéfinition du concept de « sécurité nationale » centré sur l'État. Ceci est d'autant plus important que le Canada a, depuis les années 1990, été l'un des principaux porte-parole de cette vision de la sécurité au sein de la communauté internationale intégrant ce concept à sa politique étrangère¹³⁹.

En définitive, on peut constater qu'il y a différentes conceptions de la notion de sécurité et que les conséquences du choix d'une approche théorique sont importantes. En effet, le concept de sécurité n'est pas une question isolée ni strictement académique, mais également politique : la sécurité est un concept « essentiellement contesté »¹⁴⁰. De l'avis d'auteurs comme Anne-Marie D'Aoust, David Grondin et Alex Macloed, « l'invocation de la sécurité a toujours été une manière de mettre fin à un débat politique, voire de le mettre hors la loi, et de justifier des mesures de contrôle de la population »¹⁴¹. Il est donc primordial de bien définir ce concept qui pourrait avoir certaines répercussions sur la pleine jouissance des droits de l'homme dans le cadre de l'application de la *LAT*. Nous avons donc, à travers les « études critiques de sécurité » en RI, analysé de façon critique le discours sécuritaire relié aux interprétations judiciaires des dispositions problématiques de la *LAT*, en apportant un éclairage différent à la question d'équilibre entre sécurité et droits humains par une conceptualisation de la sécurité centrée notamment sur les individus.

¹³⁷ Voir Programme des Nations Unies pour le développement, *Rapport mondial sur le développement humain*, Paris, Economica, 1994 [PNUD, *Rapport mondial*].

¹³⁸ Voir notamment la critique de Roland Paris, « Human Security: Paradigm Shift or Hot Air » (2001) 26 :2 *International Security* 87 (pour qui le concept de sécurité humaine n'est qu'un outil politique, une doctrine à double tranchant où, sous des prétextes et des intentions tout à fait nobles se dissimulent de nouveaux moyens d'expression de la puissance pour des intérêts purement réalistes. De nombreux pays du Sud considéraient ainsi la sécurité humaine comme un nouveau critère qui justifierait l'imposition de modèles occidentaux). Voir aussi Jean-François Lévesque, « Sécurité humaine » dans Macleod *et al.*, *supra* note 86, 429 à la p. 433.

¹³⁹ *Ibid.* à la p. 430. Voir la section 3.4, ci-dessous, pour l'analyse de cette question.

¹⁴⁰ Steve Smith, « The Contested Concept of Security » dans Booth, *supra* note 89, 27 à la p. 27.

¹⁴¹ D'Aoust, Grondin et Macloed, *supra* note 83 à la p. 373.

1.4 Méthodologie : analyse documentaire interdisciplinaire non empirique

Afin d'assurer la validité et la fiabilité de la présente analyse, cette dernière a donc été basée sur une description exhaustive de la documentation disponible (analyse de la documentation écrite publique ou officielle : législation, jurisprudence, doctrine) sélectionnée rigoureusement selon certains critères de scientificité. Le corpus documentaire a effectivement été sélectionné en tenant compte de l'exhaustivité, de la représentativité, de la pertinence, de l'authenticité et de la crédibilité des divers documents ainsi que celle de leurs auteurs¹⁴². Dans le cadre de cette analyse documentaire interdisciplinaire, regroupant également la documentation relative aux études de sécurité en RI, nous nous sommes donc d'abord concentrées (chap. 2) sur les interprétations judiciaires apportées à la *LAT* afin de nous démarquer de l'ensemble de la documentation, des études et analyses juridiques de types positivistes déjà effectuées sur la question de la *LAT* et de ses impacts négatifs sur certains droits, notamment à l'égard de la *Charte canadienne* (voir sect. 1.2). Pour ce faire, nous avons identifié, dans un premier temps, les enjeux les plus problématiques de la *LAT*, pierre angulaire de la stratégie antiterroriste canadienne, face aux obligations internationales du Canada en matière de droits humains afin de situer ce dernier au sein du débat mondial actuel entourant les dilemmes du contre-terrorisme vu ci-haut (voir sect. 1.1).

Nous avons cependant décidé de ne pas nous positionner sur la rectitude de la *LAT* eu égard à ces obligations, tâche que nous laissons aux instances internationales qui n'ont que peu écrit à l'heure actuelle sur le sujet, mis à part les rapports soumis au Canada par certains organes des NU chargés des droits de l'homme¹⁴³. Nous avons plutôt identifié, à l'aide de l'abondante littérature doctrinale abordée ci-haut faisant autorité à ce sujet (sect. 1.2), les enjeux problématiques de la *LAT* en matière de droits humains. Cette revue des causes problématiques de la *LAT* ne se veut donc pas exhaustive aux fins de la présente analyse. Nous nous sommes effectivement limitées aux instruments internationaux les plus représentatifs des droits et libertés touchés par la *LAT* auxquels est lié le Canada, soit principalement le *Pacte international relatif aux droits civils et*

¹⁴² Voir à ce sujet : André Cellard, «L'analyse documentaire» dans Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives, *La recherche qualitative : Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin éditeur, 1997, 251 à la p. 261 (« la qualité et la validité d'une recherche tiennent quant à elles en bonne partie aux précautions d'ordre critique prises par le chercheur. Mais surtout, c'est la qualité de l'information, la diversité des sources utilisées, des corroborations, des recoupements qui donnent sa profondeur sa richesse et sa finesse à une analyse »).

¹⁴³ En effet, seuls deux recours ont été présentés devant des instances internationales concernant les certificats de sécurité, voir à ce sujet la partie 2.3.4 ci-dessous.

politiques (ci-après *PIDCP*)¹⁴⁴, la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme* (ci-après *Déclaration américaine*)¹⁴⁵ et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*¹⁴⁶. Bien que nous nous concentrons sur les droits et libertés individuels, les droits des groupes et minorités ethniques et religieux qui pourraient être affectés par cette loi ont aussi été abordés. Dans un esprit de clarté et de concision, nous avons également choisi de circonscrire cette revue des enjeux problématiques de la *LAT* aux lois et codes modifiés par cette dernière, étant une loi omnibus, qui ont fait l'objet de débats ou contestations judiciaires devant les tribunaux canadiens, soit plus particulièrement les articles 83.01, 83.3 et 83.28 du *Code criminel*¹⁴⁷ et l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada (LPC)*¹⁴⁸.

Ensuite, afin de comprendre et analyser les objectifs derrière la *LAT* et ses dispositions problématiques en matière de droits humains, d'en faire ressortir les interprétations judiciaires notamment celles se rapportant à l'argumentaire de la sécurité et de la « sécurité nationale », nous nous sommes entre autres intéressées à la législation elle-même ainsi qu'à la jurisprudence récente en la matière. Nous avons ainsi choisi d'écarter les interprétations plus politiques apportées à cette loi, bien que les positions officielles du gouvernement par rapport à la *LAT* aient été prises en compte dans l'interprétation de cette dernière, notamment de son préambule. Nous nous sommes donc référées principalement à la jurisprudence directement reliée à la *LAT*, soit les principaux recours concernant la constitutionnalité des dispositions mentionnées ci-haut : les affaires *Air India*, *Khawaja*, *Toronto star* et *Vancouver Sun*¹⁴⁹.

Nous avons également traité de la jurisprudence connexe ayant trait aux notions de terrorisme, de sécurité et de droits humains afin de mettre en perspective les interprétations de la *LAT* par les instances judiciaires dans le cadre de ces affaires.

¹⁴⁴ 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (ratifié le 19 mai 1976) [*PIDCP*].

¹⁴⁵ OÉA, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Rés. XXX adoptée lors de la Neuvième Conférence Internationale Américaine (1948), reproduite dans *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, Doc. off OEA/Ser.L.V/II.82/ Doc.6, rev.1(1992) à la p. 17 [*Déclaration américaine*].

¹⁴⁶ 7 mars 1966, 60 R.T.N.U. 195 (ratifié le 14 octobre 1970) [*Convention discrimination raciale*].

¹⁴⁷ *Code criminel*, supra note 59, art. 83.01, 83.3, 83.28, mod. par L.C. 2001, c. 41, art.4.

¹⁴⁸ Supra note 60.

¹⁴⁹ *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S 248; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *R.v. Khawaja* (2006), 214 C.C.C (3^e) 399, 42 C.R. (6^e), [2006] O.J. No. 4245 (Ont. S.C.J.), juge Rutherford, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31776 (5 avril 2007) [*Khawaja*, Ont. S.C.J. 2006]; *R.v. Khawaja*, [2008] O.J. No. 4244 (Ont. S.C.J.) [*Khawaja*, Ont. S.C.J. 2008]; *Canada (Procureur général) c. Khawaja (C.F.)*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, juge Mosley, inf. par 2007 CAF 342 [*Khawaja*, 2007 CF 490]; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 463, 219 C.C.C (3d) 289, juge Lufty, conf. par 2007 CAF 388, autorisation de pourvoi à la C.S.C refusée, 32397 (3 avril 2008) [*Khawaja*, 2007 CF 463]; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada (C.F.)*, 2007 CF 128, 308 F.T.R 196 [*Toronto Star*].

Conséquemment, nous avons analysé certaines décisions en matière d'immigration reliées notamment au système controversé des certificats de sécurité et à certaines autres mesures de détention et de déportation, dont principalement les arrêts *Charkaoui*, *Suresh*, et *Ahani* ainsi que les rapports de la Commission Arar¹⁵⁰. Dans le cas de ces deux derniers arrêts, soit l'arrêt *Suresh* et l'arrêt *Ahani*, nous avons également abordé les décisions rendues par la CIDH et le Comité des droits de l'homme des NU (CCPR), ces deux affaires ayant fait l'objet de recours devant ces instances internationales¹⁵¹. Enfin, nous avons analysé de façon critique le discours sécuritaire se rapportant à ces interprétations judiciaires dans la mesure où les concepts de sécurité, de «sécurité nationale», qui nous semblent flous et difficiles à définir, sont «mis en balance» par les instances judiciaires en application de la *LAT* ou d'autres mesures antiterroristes analogues à l'égard de certains droits individuels (chap. 3).

Il est effectivement primordial, à notre avis, de bien cerner ce que les tribunaux et le gouvernement canadien entendent par sécurité et «sécurité nationale», puisque différentes conceptions auront différents impacts sur la façon dont sont «mis en balance» le concept de sécurité et les droits et libertés individuels. À travers l'analyse des arrêts *Suresh*, *Ahani* et *Charkaoui* ci-mentionnés et d'autres arrêts ayant fait jurisprudence en matière de révision des décisions discrétionnaires et revendications de l'exécutif touchant la sécurité, soit les arrêts *Canada (Procureur général) c. Ribic*, *Carey c. Ontario*, *Canada (Procureur général) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, *Operation Dismantle Inc. c. Canada*, *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*¹⁵², nous avons fait ressortir, dans un premier temps, la définition en droit canadien

¹⁵⁰ *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 [*Charkaoui*, CSC 2007]; *Re Charkaoui*, 2007 CAF 80, 280 D.L.R. (4^e) 736, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31992 (18 septembre 2008) [*Charkaoui*, CAF 2007]; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 [*Suresh*]; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72 [*Ahani*, C.S.C.]; *Ahani v. Canada (Attorney General)* (2002), 58 O.R. (3d) 107 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29058 (16 mai 2002) [*Ahani*, C.A.]; Canada, Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, deuxième rapport, Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 2006 (président : Dennis O'Connor) [Commission Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen*]; Commission Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, supra note 6 (l'enquête interne relative à Almalki, Abou-Elmaati et Nureddin citée ci-haut (voir art. 1.1.1), ne représentant pas une enquête judiciaire, a ainsi été écartée de la présente analyse dans un esprit de clarté et de concision).

¹⁵¹ *Manickavasagam Suresh c. Canada* (2002), Inter-Am. Comm.H.R., No 7/02 (Admissibility, Petition 11.661), *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1 [*Suresh c. Canada*, Inter-Am. Comm.H.R.]; CCPR, *Communication No. 1051/2002 : Canada*, 14/06/2004, Doc.off. CCPR NU, 80^e sess., Doc. NU CCPR/C/80/D/1051/2002. (Jurisprudence)[CCPR, *Communication No. 1051/2002 : Canada*].

¹⁵² *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33 [Ribic, CAF]; *Canada (Procureur général) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1982] 1 R.C.S. 215 [Commission des droits de la personne, CS]; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637 [Carey]; *Operation Dismantle Inc. c. Canada*, [1985] 1 R.C.S. 441 [Operation Dismantle,

de la sécurité, plus particulièrement de la «sécurité nationale». La position du gouvernement canadien face à ce dernier concept a ensuite été définie à travers un examen de la politique officielle en matière de sécurité nationale publiée le 28 avril 2004¹⁵³. Ceci nous a finalement permis de procéder à une analyse interdisciplinaire critique de ces définitions selon la politique et le droit canadiens à la lumière des différentes notions de sécurité proposées par le champ d'études en RI relié à ce domaine, les études de sécurité. Nous avons effectivement choisi d'utiliser une méthodologie interdisciplinaire non empirique dans le cadre de notre analyse documentaire afin d'utiliser un cadre théorique d'une discipline externe au droit (ici les « études critiques de sécurité » en RI) dans le but d'éclairer ce dernier¹⁵⁴. En effet, le débat entourant le dilemme du contre-terrorisme sur lequel nous avons choisi de nous pencher, soit la question d'équilibre entre sécurité et droits humains, est circonscrit entre le politique et le juridique¹⁵⁵. Nous croyons donc qu'il soit nécessaire d'adopter un point de vue externe critique du droit à travers cette méthodologie interdisciplinaire qui allie ces deux domaines, la science juridique se devant de prendre en compte la dimension politique des phénomènes juridiques¹⁵⁶. Ceci nous permet effectivement de mieux déterminer le concept hautement politisé de sécurité et ainsi possiblement redéfinir cette notion d'équilibre en application de la *LAT*.

À cet égard, nous avons utilisé les textes et documents pertinents expliquant les définitions données par les différentes approches des études de sécurité aux concepts de sécurité et de « sécurité nationale » et plus particulièrement la documentation reliée aux « études critiques de sécurité ». Nous nous sommes effectivement intéressées aux textes se rapportant à l'approche de Ken Booth ainsi qu'aux travaux de Didier Bigo (l'École de Paris) vus ci-haut (art. 1.3.3). Ces auteurs sont d'autant plus intéressants pour la présente réflexion qu'ils optent tous deux pour un dépassement du clivage interne/ externe en

CSJ]; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, [2007] F.C.J. No. 1081, juge Noël [Commission Arar, CF].

¹⁵³ Canada, Ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile, *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale*, Ottawa, Bureau du conseil privé, 2004 [Sécurité publique, *Protéger une société ouverte*].

¹⁵⁴ Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada par le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir*, Ottawa, C.R.S.H., 1983, à la p. 84 (« la méthodologie interdisciplinaire non empirique comprend des échanges interdisciplinaire ou des recherches faites à partir du cadre théorique d'une autre discipline (autre que la philosophie ou l'histoire du droit) »)[C.R.S.H., *Le droit et le savoir*].

¹⁵⁵ Bigo et Guild, *supra* note 80 à la p. 100 (« the debate concerning security and human rights [...] lies within the dynamics between the political and the legal, the question is political in the sense that the context within which it arises is characterized by widespread use of political violence by trans political organizations and in response by coercitive measures from some western government »).

¹⁵⁶ Voir Jacques Chevallier, «Science politique et science juridique» dans Éric Darras et Olivier Philippe, dir., *La science politique une et multiple*, Paris, L'Harmattan, 2004, 41 aux pp. 47-48 (« le juridique et le politique sont dans un rapport d'adhérence, de congruence et se présentent en réalité comme inhérents l'un à l'autre »).

science sociale, nous permettant de répondre à une des difficultés méthodologiques qui se présentent lorsque l'on tente d'analyser et de comparer des concepts de politique nationale à la lumière de concepts liés à l'étude des relations internationales et de la politique étrangère.

Ce mémoire se veut donc essentiellement une analyse critique du discours sécuritaire se rapportant aux interprétations judiciaires des dispositions les plus problématiques de la *LAT* en matière de droits humains, afin d'étudier la façon dont le Canada fait face au dilemme du contre-terrorisme. Notre analyse a donc été circonscrite à cette question d'équilibre entre sécurité et droits humains dans le cadre de la mise en œuvre par le Canada de la nouvelle « lutte globale contre le terrorisme » suite aux événements du 11 septembre 2001. En utilisant les termes de « lutte globale contre le terrorisme », nous avons conséquemment choisi au sein de la présente réflexion de ne pas nous attarder aux nombreuses problématiques soulevées en droit international par l'utilisation d'une rhétorique de « guerre contre le terrorisme »¹⁵⁷. Par souci de concision, nous n'avons d'ailleurs pas procédé à une analyse comparative des différentes législations antiterroristes adoptées dans le cadre de cette lutte globale par plusieurs États. En effet, une comparaison de la *LAT* notamment avec les législations américaines (dont le *Patriot Act*¹⁵⁸) et britanniques, (dont le *Anti-terrorism, Crime and Security Act (ACTSA)*¹⁵⁹) desquelles s'est plus particulièrement inspiré le Canada, serait certes intéressante, mais pourrait faire l'objet à elle seule d'un tout autre mémoire. Les mesures antiterroristes adoptées par ces deux pays ont par ailleurs été abondamment critiquées, suite notamment aux scandales des prisons de Belmarsh, Woodhill (R.-U.) et Guantanamo¹⁶⁰, ce qui nous a poussé à vouloir étudier la situation du Canada.

Nous avons effectivement choisi d'étudier la *LAT*, plus particulièrement la façon dont cette dernière est interprétée par les instances judiciaires selon cette notion d'équilibre à atteindre entre sécurité et droits humains, bien que d'autres angles auraient

¹⁵⁷ Cette rhétorique de guerre utilisée en 2001 par le gouvernement américain poserait problème au regard notamment de l'application et le chevauchement des règles du droit international humanitaire et des droits de l'homme. Voir Marco Sassoli, « La « guerre contre le terrorisme », le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre » (2001) 39 *Ca. Y.B. Int'l Law* à la p. 1 et s.

¹⁵⁸ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001) [*Patriot Act*].

¹⁵⁹ *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c.24.

¹⁶⁰ Voir à ce sujet les critiques adressées aux États-Unis par la Commission des droits de l'homme, *Rapport sur la situation des personnes détenues à Guantánamo Bay*, Doc. off. CES NU, 62^e sess., Doc. NU E/CN.4/2006/120 (2006) et au Royaume-Uni au sein notamment du rapport suivant: *Specific Groups and Individuals Migrant Workers : Report of the Special Rapporteur. Ms. Gabriela Rodriguez Pizarro*, Doc. off. CES NU, 59^e sess., Annexe, point 14(a), Doc. E/CN.4/2003/85/Add.1 1 aux para. 245-46.

pu être adoptés afin de critiquer cette législation, par exemple : à savoir si elle est nécessaire ou proportionnelle. Toutefois, la façon d'atteindre cet équilibre en matière de contre-terrorisme, de même que la nécessité de procéder à un tel équilibre ne semblent pas faire l'objet d'un consensus apparent (voir sect. 1.1 et 1.2 ci-haut). Il faut effectivement dans cet équilibre délicat éviter les écueils à la fois de l'utilitarisme ou de l'individualisme à outrance, du pragmatisme politique ou de l'idéalisme juridique extrémiste. De nombreux intellectuels ont d'ailleurs tenté, à l'instar de Michael Ignatieff avec sa controversée « moralité du moindre mal » vue-ci-haut, de trouver une voie mitoyenne entre ces pôles : « a middle ground between the polarities of pragmatic political responses to security threats and the idealistic preservation of legality »¹⁶¹. Nous leur laissons donc le soin de répondre à cette question épineuse de réconcilier le langage des droits humains avec la sécurité, d'autant plus que le 11 septembre 2001 appellerait à une reconsidération de l'équilibre à atteindre entre ces concepts en faveur de la sécurité¹⁶².

Ainsi, bien que cette question d'équilibre entre sécurité et droits humains nécessite de toute évidence d'être étudiée soigneusement, car elle pourrait notamment être utilisée indûment par certains États, nous avons préféré, dans le cadre de la présente analyse, de ne pas tenter de quantifier un tel équilibre, ni de remettre en question sa nécessité face à la *LAT*. Nous avons plutôt cherché à comprendre cette notion à travers une meilleure définition des concepts en jeu. En effet, comme l'expliquaient Bigo et Guild, « the challenge before us does not lie in the mysterious task of identifying some acceptable balance between claims about security and claims about liberty. It lies in the need for much more rigorous scrutiny of the conditions under which claims about security warrant the suspension of liberties and freedoms »¹⁶³. Nous croyons qu'il est effectivement nécessaire d'analyser de façon critique les politiques de sécurité des États modernes au sein desquelles, depuis le 11 septembre 2001, les appels à la sécurité sont de plus en plus utilisés par les gouvernements comme un dispositif rhétorique pour l'expansion du pouvoir de l'État, en commençant ici par le Canada¹⁶⁴. Pour ce faire, les

¹⁶¹ Lazarus et Goold, *supra* note 33 à la p. 15 (« intellectuals now have to walk a tightrope between being single-mindedly committed to rights to the point of dismissing issues of security and providing the intellectual legitimation for proponents of the security lobby »).

¹⁶² Voir notamment Jeremy Waldron, « Security and Liberty: The image of balance » (2003) 11: 2 *The Journal of Political Philosophy* 191 à la p. 191 (« there seems to be a general acceptance in the wake of the terrorists attacks of September 11, 2001 that some adjustment in our scheme of civil liberties is inevitable »).

¹⁶³ Bigo et Guild, *supra* note 80 à la p. 114.

¹⁶⁴ Lazarus et Goold, *supra* note 33 à la p. 4.

travaux de Ken Booth et de Didier Bigo (l'École de Paris) nous ont permis de développer une compréhension critique du phénomène de la sécurité, des conditions sociales dans lesquelles le discours sécuritaire existe et des fondements philosophiques des revendications en matière de sécurité. Nous avons toutefois dû tenir compte des critiques adressées notamment à Ken Booth concernant le concept d'émancipation et la notion de l'individu comme objet référent de la sécurité¹⁶⁵. C'est pourquoi notre but n'est pas d'importer ces nouvelles conceptualisations de la sécurité directement en droit, mais plutôt d'ouvrir un débat concernant ce concept et d'apporter un éclairage différent aux définitions politiques et juridiques canadiennes de la sécurité. Nous sommes effectivement conscientes des problèmes spécifiques liés au rapprochement de diverses disciplines au sein d'une étude interdisciplinaire du droit, car « l'approche inspirée d'autre discipline ne répond pas nécessairement aux impératifs intrinsèques de l'analyse du droit »¹⁶⁶. Nous sommes cependant d'avis, à l'instar d'auteurs tels qu'Anne-Marie Slaughter et Jacques Chevalier, que les points de vue des domaines juridiques et politiques sont complémentaires, favorisant ainsi un dialogue entre ces deux disciplines¹⁶⁷.

Nous avons donc choisi d'utiliser ici le modèle interdisciplinaire défini par François Ost et Michel van de Kerchove comme étant « la traduction d'un jeu de langage dans un autre, ceci sans nier les difficultés et même les limites inhérentes à cet exercice, notamment la nécessité de respecter le "génie propre" de chaque langue »¹⁶⁸. Nous sommes donc parties de l'élaboration juridique d'un problème concret, soit la question d'équilibre entre sécurité et droits humains en application de la *LAT*, pour le soumettre ensuite au traitement théorique externe (voir sect. 3.3), soit les « études critiques de sécurité » en RI, sans oublier la spécificité de ces deux domaines. Ainsi, bien que nous considérons le droit comme lié au domaine politique, nous ne le considérons pas comme un simple épiphénomène du politique.

¹⁶⁵ La notion d'individu comme objet référent est effectivement la cible de plusieurs critiques, dont celle de relativiser ce qu'est l'individu à la lumière d'une analyse fondée sur l'identité qui laisse croire à une compréhension ethnocentrique et typiquement occidentale de ce concept. Voir généralement Jonathan Bernard, « Sécurité globale », dans Macleod *et al*, *supra* note 86, 426 à la p.429.

¹⁶⁶ C.R.S.H, *Le droit et le savoir*, *supra* note 154 à la p. 78.

¹⁶⁷ Chevalier, *supra* note 156 à la p. 50 et s.; Anne-Marie Slaughter Burley, « International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda » (1993) 87 *Am. J. Int'l L.* 205 à la p. 205 («two disciplines that study the laws of state behaviour [should] seek to learn from one another. At the very least, they should aspire to a common vocabulary and framework of analysis that would allow the sharing of insights of information»).

¹⁶⁸ Voir François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987 à la p. 71.

CHAPITRE II

LA LOI ANTITERRORISTE CANADIENNE FACE AU DILEMME DU CONTRE-TERRORISME : INTERPRÉTATIONS JUDICIAIRES

Afin d'analyser la position du Canada face au dilemme international du contre-terrorisme abordé ci-haut (sect. 1.1) entre « sécurité nationale » et droits et libertés, nous avons cherché à répondre à quelques questions précises au sein de ce chapitre. De prime abord, dans la mesure où certaines dispositions de la *LAT* sont problématiques eu égard au droit international relatif à la protection des droits humains, comment ont-elles été interprétées au niveau national dans un cadre judiciaire? Le concept de sécurité a-t-il été abordé par les tribunaux canadiens? Au sein des décisions de ces instances judiciaires, a-t-il été question de l'équilibre à atteindre entre la menace terroriste et les droits et libertés de l'individu dans le contexte de la protection de la sécurité nationale?

L'essentiel de ce chapitre a donc été consacré aux interprétations données par les tribunaux canadiens à cette législation. Nous avons ainsi abordé les principales décisions de ces tribunaux en la matière sans nous positionner par rapport à l'approche adoptée par ces institutions, ayant plutôt critiqué ces interprétations judiciaires au sein du chapitre suivant (chap.3). Au sein du présent chapitre, nous avons dans un premier temps analysé les dispositions les plus problématiques de la *LAT* face aux obligations internationales qu'a le Canada quant aux droits humains, pour ensuite étudier les décisions des tribunaux nationaux face à ces dispositions et face à certaines mesures antiterroristes similaires en matière d'immigration. En dernier lieu, nous avons abordé la question de la conformité au niveau international de l'approche adoptée par le Canada en matière de contre-terrorisme, en présentant les décisions des instances internationales dans le cadre des affaires *Ahani* et *Suresh*. Comment réconcilier les approches adoptées au niveau national par nos tribunaux en matière de contre-terrorisme avec les avis des instances internationales? Bien que nous concentrons ici sur ces interprétations judiciaires, il est important de

remettre cette législation dans le contexte politique de son adoption afin de mieux l'interpréter. En effet, selon la méthode d'interprétation législative privilégiée par la Cour suprême, il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, son objet et l'intention du législateur¹⁶⁹. Nous nous devons donc d'aborder brièvement les objectifs politiques de cette législation afin de comprendre « l'intention du législateur » et le « contexte de l'adoption » de la loi. Nous amorçons donc ce chapitre par une courte présentation et une remise en contexte de la *LAT*.

2.1 Mise en contexte de la *LAT*

2.1.2 Le 11 septembre 2001 et la « lutte globale contre le terrorisme »

Au lendemain des attentats terroristes du 11 septembre 2001, le Canada n'a pas tardé à mettre en place une stratégie antiterroriste globale pour répondre à ce « nouvel environnement sécuritaire » dont le point central fut l'adoption rapide, le 15 octobre 2001, du projet de loi C-36, la *Loi antiterroriste (LAT)*. La *LAT* vise principalement à concrétiser les objectifs de cette stratégie, notamment d'empêcher les terroristes d'entrer au Canada, de protéger les Canadiens contre les actes de terrorisme en mettant en action des outils permettant d'identifier, de poursuivre en justice et de punir les terroristes et « de collaborer avec la communauté internationale pour traduire les terroristes en justice et s'attaquer aux causes profondes de la haine qui les anime »¹⁷⁰. La *LAT* ne doit donc pas être appréciée seulement au point de vue national, mais aussi dans un contexte plus large d'efforts internationaux de lutte contre le terrorisme.

Plus précisément, « afin de répondre à la nature mondiale du terrorisme, la *LAT* fait pendant aux mesures prises par nos partenaires internationaux pour combattre cette menace [en mettant en œuvre] un grand nombre d'obligations internationales du Canada qui découlent de traités antiterroristes multilatéraux ou de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies »¹⁷¹. Dans ce contexte, le gouvernement a soutenu que la Résolution 1373 du CSNU nécessitait l'adoption rapide d'une législation canadienne,

¹⁶⁹ Voir en général Elmer A. Drieger, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983 à la p. 87 citée dans *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Attorney General)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533 aux para. 95-96.

¹⁷⁰ Ministère de la Justice, Communiqué 15 octobre 2001, *supra* note 41.

¹⁷¹ Justice Canada, « La Loi antiterroriste : contexte et raison d'être » (19 mai 2008) en ligne : Ministère de la Justice <<http://www.justice.gc.ca/fra/aniter/loi-act/context.html>> [Justice Canada, « La Loi antiterroriste : contexte et raison d'être »] (la *LAT* a ainsi permis au Canada de mettre en œuvre et de ratifier la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif* et la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*).

avant le 18 décembre 2001, afin que celle-ci soit incluse au sein du premier rapport adressé par le gouvernement au Comité contre le terrorisme chargé du suivi de la mise en œuvre de cette Résolution par les États¹⁷².

Il est important de noter que la *LAT*, considérée principalement comme une loi de prévention, va plus loin que les initiatives précédentes du Canada pour combattre le terrorisme en instaurant des mesures pénales globales contre celui-ci et en abordant la question fondamentale de la définition du terrorisme¹⁷³. Le gouvernement était d'avis que le droit criminel actuel, dépourvu de mention précise du terrorisme, ne permettait ni de répondre au « nouvel environnement sécuritaire », ni de prévenir adéquatement la commission de tels actes ou d'aborder la question du financement du terrorisme¹⁷⁴. À cet égard, la Résolution 1373 exigeait expressément des États d'ériger les actes de terrorisme ainsi que leur financement en crimes graves au sein des réglementations et législations nationales sans toutefois aborder l'épineuse question de la définition du terrorisme laissant aux États la possibilité de le définir eux-mêmes au sein de leur législation¹⁷⁵.

Ainsi, les attentats terroristes du 11 septembre 2001 ont suscité des modifications importantes dans la façon dont le gouvernement fédéral répond aux menaces envers la sécurité du Canada. Le consensus s'étant dégagé au sein du CSNU et dans la plupart des pays que la nature du terrorisme transnational exigeait dorénavant une approche différente, plus préventive et concertée afin de perturber et de désactiver le réseau terroriste avant qu'il ne puisse agir¹⁷⁶. Pour reprendre les paroles de la ministre de la Justice Anne McLellan à l'époque: « if we don't stop the terrorists getting on the plane, it's too late »¹⁷⁷. La *LAT*, en fournissant aux organismes d'application de la loi et de protection de la sécurité nationale des outils leur permettant de recueillir des données sur les terroristes et de demander des sanctions criminelles contre les complots terroristes permettrait donc de répondre à cet objectif préventif¹⁷⁸. De même, la *LAT* a été conçue dans l'optique d'établir un équilibre « entre le besoin d'assurer la sécurité des

¹⁷² Roach, *September 11 Consequences for Canada*, *supra* note 54 à la p. 21.

¹⁷³ Voir Forcese, *National Security Law*, *supra* note 43 à la p. 262.

¹⁷⁴ Justice Canada, « *La Loi antiterroriste : contexte et raison d'être* », *supra* note 171.

¹⁷⁵ Rés. C.S. 1373, §§ 1b), 2e), *supra* note 25. Voir aussi Eric Rosand, « Resolution 1373 and the CTC: The Security Council's Capacity-building » dans Nesi, *supra* note 20, 81 à la p. 85.

¹⁷⁶ Voir Mosley, *supra* note 12 à la p. 152.

¹⁷⁷ Canada, Sénat, *Délibération du Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36*, (22 octobre 2001) 1 à la p. 25 (Anne McLellan).

¹⁷⁸ Il s'agit de mettre l'accent sur les renseignements plutôt que d'enquêter sur les crimes déjà commis. Sur cette question générale, voir Wesley K. Wark, « Intelligence Requirements and Anti-Terrorism Legislation » dans Daniels, Macklem et Roach, *supra* note 17, 287 aux pp. 288-89.

Canadiennes et des Canadiens et celui de protéger leurs droits et libertés », la *LAT* se devant de respecter « le cadre juridique canadien, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés* en prévoyant des mesures de protection et d'examen »¹⁷⁹.

Certains juristes tels que Kent Roach ont cependant critiqué cette réponse législative aux événements du 11 septembre 2001 notamment sous l'angle qu'une telle loi, représentant un changement important et permanent au droit criminel canadien, n'était pas nécessaire, la criminalisation de plusieurs actes reliés au terrorisme étant déjà inscrite au sein de ce dernier¹⁸⁰. Pour Roach, la *LAT* tombe plutôt dans un schéma de réforme réactive et *ad hoc* du droit pénal: « an increased tendency to amend the criminal law to respond to well-publicized tragedies and to "govern through crime" »¹⁸¹. Roach dénonce donc le fait que depuis le 11 septembre 2001, le Canada a trop mis l'accent sur le « big-bang » de la réforme du droit pénal avec la *LAT*, en oubliant le rôle pourtant primordial de différentes mesures administratives qui permettraient, par exemple, d'accroître la sécurité des sites vulnérables au terrorisme¹⁸².

2.1.2 Situation géopolitique du Canada

Outre les obligations internationales du Canada en matière de terrorisme, l'adoption rapide de la *LAT* a également été influencée par les relations que le pays entretient avec les États-Unis¹⁸³. Il nous faut effectivement tenir compte de la situation géopolitique qui est celle du Canada. Celui-ci étant directement intégré à la sphère d'hégémonie (politique, économique, culturelle et militaire) de la superpuissance américaine, le Canada n'aurait qu'une marge de manœuvre réduite face aux décisions de Washington en matière de sécurité, en particulier lorsque le territoire des États-Unis est

¹⁷⁹ Justice Canada, « La *Loi antiterroriste* : contexte et raison d'être », *supra* note 171.

¹⁸⁰ Ainsi, le droit pénal et criminel conventionnel dans les domaines du meurtre, du sabotage, de l'atteinte à l'intégrité physique et des organisations criminelles était et demeure extrêmement pertinent dans la criminalisation des actes de terrorisme. Voir Kent Roach, « The New Terrorism Offences and Criminal Law » dans Daniels, Macklem et Roach, *supra* note 17, 151 à la p. 152 et s. [« Roach, « The New Terrorism Offences »].

¹⁸¹ Roach, *September 11 Consequences for Canada*, *supra* note 54 à la p. 24.

¹⁸² Roach, « Must we Trade Rights for Security? », *supra* note 43 à la p. 2161. En effet, de telles mesures administratives ne furent abordées qu'en 2004 à travers la *Loi de 2002 sur la sécurité publique*, L. C. 2004 c. 15. Voir Transport Canada, Communiqué N° GC004/02, « Le gouvernement du Canada présente la nouvelle Loi de 2002 sur la sécurité publique » (31 octobre 2002), en ligne : Transport Canada <http://www.tc.gc.ca/medias/communiques/nat/2002/02_gc004f.htm> (« la *Loi de 2002 sur la sécurité publique* proposée s'inscrit dans le cadre du Plan antiterrorisme du Canada, dont la première étape a été la *Loi antiterroriste*. Alors que la *Loi antiterroriste* traitait surtout des aspects de droit pénal de lutte contre le terrorisme, ce projet de loi aborde le cadre législatif fédéral en matière de sécurité et de protection du public »).

¹⁸³ Voir notamment Kent Roach, « Canada's response to terrorism » dans Victor V. Ramraj, Michael Hor et Kent Roach, dir., *Global Anti-terrorism Law and Policy*, New York, Cambridge University Press, 2005, 23 à la p. 23 [Roach, « Canada's response to terrorism »] (« what was unique about Canada's response to 9/11 was the border it shares with the United States »).

directement menacé¹⁸⁴. Les événements du 11 septembre 2001 auraient illustré à nouveau et de manière éclatante ce fait élémentaire de la réalité géopolitique canadienne. En effet, l'État fédéral canadien a dû faire certains choix dont l'adoption de mesures législatives de la teneur de la *LAT* faisant écho au *Patriot Act* qui l'ont amené, plus qu'aucun autre pays occidental (le Royaume-Uni excepté), à coller de très près à la politique américaine¹⁸⁵.

Dans cette optique, le Canada et les États-Unis ont également signé le 3 puis le 12 décembre 2001 la « Déclaration conjointe de coopération sur la sécurité de la frontière et les migrations régionales » et la « Déclaration sur la frontière intelligente »¹⁸⁶. Plus précisément, les questions de partage d'information entre les organismes de renseignement, les politiques en matière de réfugiés et de justice pénale ont été les principaux objets des demandes et des pressions américaines envers le Canada soulevant, par le fait même, certaines problématiques en matière de protection des droits civils et politiques¹⁸⁷. Par ailleurs, Kent Roach et Charles-Philippe David ont tous deux soulevé le fait que l'une des conséquences à long terme des événements du 11 septembre 2001, pourrait bien être l'érosion de l'indépendance du Canada et de sa différenciation par rapport aux États-Unis, notamment en matière de sécurité¹⁸⁸.

En définitive, la *LAT* a été adoptée très rapidement dans un contexte bien particulier de nouvelles réalités géopolitiques liées à la « lutte globale contre le terrorisme »¹⁸⁹. Cette loi, principale réponse législative du Canada aux événements du 11 septembre 2001, permet ainsi au gouvernement de démontrer aux Canadiens et à la

¹⁸⁴ Coutu et Giroux, *supra* note 38 aux pp. 242-43.

¹⁸⁵ *Ibid.* à la p. 243. Voir aussi Peter Andreas, « Contrôles frontaliers en Amérique du Nord à la suite du 11 septembre 2001 » dans Michel Fortmann, Alex Macleod et Stéphane Roussel, dir., *Vers des périmètres de sécurité ? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Outremont, Athéna éditions, 2003, 43 à la p. 57 (« dans un environnement politique d'après 11 septembre dans lequel la sécurité est un atout, le Canada découvre le prix élevé de l'interdépendance asymétrique. Cette situation structurelle procure à Washington un important levier politique sur ses voisins immédiats, laissant à ces derniers une marge de manœuvre assez limitée. Ici, ce sont les États-Unis qui établissent le programme politique et restreignent ainsi l'espace pour des choix politiques autonomes »).

¹⁸⁶ Certains auteurs considèrent ces gestes comme les premiers pas vers un véritable périmètre de sécurité nord-américain qui impliquerait une coordination des politiques canadiennes et américaines en matière de renseignements, de défense et de sécurité, de commerce et d'immigration. Voir à ce sujet Andreas, *ibid.* et Michel Fortmann, « Le renforcement des espaces de sécurité continentaux face aux menaces terroristes » dans Fortmann, Macleod et Roussel, *ibid.*, 1 à la p. 5.

¹⁸⁷ Louis Blaise Dumais-Lévesque et Anne-Marie Durocher, « A Model of the Canadian Response to the Events of September 11 » dans Alexander Netherton *et al.*, dir. *In/Security: Canada in the Post-9/11 World*, Burnaby, Centre for Canadian Studies Simon Fraser University, 2005, 451 à la p. 456. Le partage d'information au niveau international (post-11 septembre 2001) soulèverait effectivement plusieurs problématiques notamment en matière de droit à la vie privée, de torture, intelligence et de due process. Voir Forcese, *National Security Laws*, *supra* note 43 à la p. 485.

¹⁸⁸ Roach, *September 11 Consequences for Canada*, *supra* note 54 à la p. 6; David, *Repenser la sécurité*, *supra* note 13 à la p. 35.

¹⁸⁹ David M. Paciocco, « Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act* » (2002) 16 *Sup. Ct. L. Rev.* (2^{éd}) 185 [Paciocco, « Constitutional Casualties of September 11 »] (« the *Anti-Terrorism Act* was passed in an atmosphere of crisis that created deep public approval, enabling the government politically to do almost anything it willed » à la p. 189).

communauté internationale (plus particulièrement à son allié américain), que le gouvernement fédéral prend une position ferme contre le terrorisme et ne permettra pas que les terroristes opèrent à l'intérieur de ses frontières.

2.2 Revue des dispositions problématiques de la *LAT* en matière de droits humains

Avant d'aborder les interprétations judiciaires apportées à une telle législation et à ses dispositions les plus problématiques en matière de droits humains, il nous faut d'abord présenter de façon concise ces dernières. Tel que mentionné ci-haut (sect. 1.4), nous nous sommes concentrées ici sur les articles 83.01, 83.3 et 83.28 du *Code criminel* et l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada (LPC)* ayant fait l'objet de procédures devant les tribunaux canadiens à la lumière des instruments identifiés précédemment, auxquels est lié le Canada (soit le *PIDCP*, la *Déclaration américaine* et la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*)¹⁹⁰. À cet égard, la classification d'un acte ou d'une situation comme « terroriste » ne devrait pas affecter l'application du régime de protection des droits humains¹⁹¹.

Il faut toutefois tenir compte de la tradition dualiste au sein de laquelle s'inscrit notre système juridique qui, dans les faits, conditionne « l'application effective des règles internationales à la volonté expresse des gouvernants »¹⁹². Le droit international n'est effectivement pas applicable en soi devant les cours canadiennes, si ce n'est que par le jeu de l'interprétation législative des droits contenus dans la *Charte*, à moins d'une intégration de la norme internationale en droit interne par un acte législatif¹⁹³. Cependant,

¹⁹⁰ Rappelons que le Canada est effectivement lié juridiquement au *PIDCP* et à la *Convention* puisqu'il a ratifié ces deux traités respectivement le 19 mai 1976 et le 14 octobre 1970. Pour ce qui est de la *Déclaration américaine*, les États membres qui n'ont pas ratifié la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, comme le Canada, sont soumis à l'obligation contenue dans la *Charte de l'OÉA* de promouvoir les droits de l'homme consacrés par la *Déclaration américaine*. Voir notamment *White and Potter c. États-Unis d'Amérique* (1981), Inter-Am. Comm. H.R., No.23/81 (cas n° 2141) para. 16 *Annual Report of the Inter-American Commission and Human Rights: 1980-1981*, OEA/Ser. L/V/II.54/ doc. 9 rev.1 où la Commission reconnaît le caractère contraignant de la *Déclaration* pour les États membres de l'OÉA.

¹⁹¹ Tel que le rappelle notamment la CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, supra note 2 au para. 22 (« these international legal obligations create no general exception for terrorism in their application ») et la Cour internationale de justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un dans le territoire palestinien occupé*, Avis Consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136 à la p. 195 (« reste qu'Israël doit faire face à des actes de violence indiscriminés, nombreux et meurtriers, visant sa population civile. Il a le droit, et même le devoir, d'y répondre en vue de protéger la vie de ses citoyens. Les mesures prises n'en doivent pas moins demeurer conformes au droit international »). La lutte contre le terrorisme n'autorise donc pas en tant que telle des violations des droits de l'homme à moins que les actes de terrorisme ne justifient la suspension ou la limitation temporaire de certains droits et libertés fondamentaux conformément au droit international.

¹⁹² Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvons Blais, 2002 à la p. 146.

¹⁹³ *Ibid.* Ce qui n'est pas le cas eu égard aux instruments ici mentionnés. Toutefois, il est de plus en plus reconnu que le droit international coutumier, faisant partie de la *common law*, s'applique directement devant les tribunaux canadiens. Voir à cet égard l'affaire *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 où la Cour suprême confirme la méthode de l'adoption (« ce principe veut que les tribunaux puissent adopter les règles du droit international coutumier et les intégrer aux règles de

le Canada ne peut justifier la violation de ses obligations internationales ou la non exécution d'un traité en invoquant les dispositions de son droit interne (sa tradition dualiste)¹⁹⁴. Ainsi, ces obligations demeurent et, considérant l'aspect transfrontalier du terrorisme, il semble d'autant plus pertinent de faire l'analyse ici proposée.

2.2.1 Définition problématique du terrorisme (article 83.01 du *Code criminel*)

À cet effet, nous avons décidé d'amorcer cette revue des dispositions problématiques de la *LAT* à l'aide de l'abondante littérature disponible à ce sujet (voir sect. 1.2) par la question fondamentale de la définition du terrorisme. La *LAT* introduit effectivement, et ce, pour la première fois en droit canadien, la notion d'« activités de terrorisme » sous l'article 83.01 du *Code criminel*. Cette nouvelle disposition touche ici l'un des points les plus litigieux de la « lutte globale contre le terrorisme ». Malgré le consensus sur l'importance de criminaliser le terrorisme, les États continuent d'avoir des visions très différentes sur la nature exacte de cette menace, de ce qui doit être étiqueté comme « terroriste » en opposition à « combattant de la liberté »¹⁹⁵. Même au sein des États avec une tradition démocratique ferme et un attachement à l'État de droit tel que le Canada, le contenu exact des lois criminelles antiterroristes reste controversé par rapport à la définition donnée de l'acte terroriste¹⁹⁶.

Ainsi, la définition d'« activité terroriste » introduite par la *LAT* à la nouvelle sous-section 83.01 du *Code criminel* compte deux volets. Le premier englobe une série d'infractions visant à mettre en œuvre les 10 conventions internationales sur le terrorisme auxquelles le Canada est partie¹⁹⁷. Le deuxième, de façon plus controversée, inclut une définition générique d'« activités terroristes ». Selon ce nouvel article, une activité terroriste est notamment un « acte commis au Canada ou à l'étranger fait au nom d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique en vue d'intimider la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de

common law sur lesquelles ils fondent leurs décisions, à condition qu'aucune disposition législative valide n'entre clairement en conflit avec elles » au para. 36).

¹⁹⁴ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, R.T. Can. 1980 no 37, art.27 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*, 1969].

¹⁹⁵ Oren Gross, «Cutting Down Trees: Law-Making Under the Shadow of Great Calamities», dans Daniels, Macklem et Roach, *supra* note 17, 39 à la p. 46 (« the very attempt to define terrorism is problematic. Attempts to arrive at an agreed upon definition of «terrorism» on the international level have failed consistently »). Voir aussi à ce sujet CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, *supra* note 2 au para. 15 (« to-date there has been no consensus on a comprehensive international legal definition of terrorism »).

¹⁹⁶ Voir à ce sujet Forcese, *National Security Law*, *supra* note 43 à la p. 255.

¹⁹⁷ *Code criminel*, *supra* note 59, art.83.01 (1) a).

contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir »¹⁹⁸. Cet acte doit également être accompagné de l'une des cinq intentions secondaires comprises à la section 83.01 (1)b) (ii) du *Code criminel*¹⁹⁹. En tenant compte des obligations canadiennes en matière de droits humains, nous avons ici circonscrit notre analyse à deux problématiques reliées à cette définition générique soit la criminalisation du motif et le champ des actions pénalisées. D'ailleurs, le CCPR a critiqué, lors de ses Observations finales du 20 avril 2006 relativement au Canada, cette définition très étendue du terrorisme et a recommandé au Canada d'adopter une définition plus précise de façon à ne pas cibler des individus de façon discriminatoire pour des motifs politiques, religieux ou idéologiques, dans le cadre des mesures de prévention, d'enquête et de détention²⁰⁰.

La disposition 83.01 (1)b) (i) (A) du *Code criminel* concernant le motif pourrait ainsi poser problème eu égard aux garanties internationales en matière de libertés de croyance, de religion, de pensée, d'expression et au principe de non-discrimination²⁰¹. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale des NU (CERD), dans ses Observations finales du 25 mai 2007 relativement au Canada, a effectivement relevé les risques accrus de profilage racial et de discrimination fondés sur l'origine raciale ou ethnique dans le contexte du renforcement des mesures de sécurité nationale au Canada et en particulier dans l'application de la *LAT*. Ceci irait notamment à l'encontre des obligations du Canada sous cette Convention²⁰². Des juristes tels que Craig Forcese, Kent Roach et Sujit Choudhry rappellent d'ailleurs la difficulté en droit pénal de prouver l'existence d'un motif religieux, politique ou idéologique, ce qui pourrait pousser les services policiers et de renseignement à utiliser des techniques d'investigation se

¹⁹⁸ *Ibid.*, art. 83.01(1)b)(i).

¹⁹⁹ *Ibid.*, art. 83.01(1)b)(ii) (« b) soit un acte — action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger : (ii) qui intentionnellement, selon le cas: (A) cause des blessures graves à une personne ou la mort de celle-ci, par l'usage de la violence ; (B) met en danger la vie d'une personne ; (C) compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population ; (D) cause des dommages matériels considérables, que les biens visés soient publics ou privés, dans des circonstances telles qu'il est probable que l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) en résultera ; (E) perturbe gravement ou paralyse des services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés, sauf dans le cadre de revendications, de protestations ou de manifestations d'un désaccord ou d'un arrêt de travail qui n'ont pas pour but de provoquer l'une des situations mentionnées aux divisions (A) à (C) »).

²⁰⁰ Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, Doc. off. CCPR NU, 85^e sess., Doc. NU CCPR/C/CAN/CO/5 (20 avril 2006) au para. 12 [CCPR, Observations finales 2006].

²⁰¹ *PIDCP*, *supra* note 144, art. 2, 18, 19 ; *Déclaration américaine*, *supra* note 145, art. II, III, IV ; *Convention discrimination raciale*, *supra* note 146, art. 2, 5. Voir notamment à ce sujet les rapports de Ligue des droits et libertés, *supra* note 58 à la p.20 et de l'ACPPU, *supra* note 66 à la p. 18.

²⁰² Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Canada*, Doc. off CERD, 70^e sess., Doc. NU ; CERD/C/CAN/CO/18 (5 mai 2007) au para. 14.

rapprochant du profilage racial²⁰³. Au-delà des droits civils et des libertés fondamentales de l'individu possiblement touchés, les droits des groupes et minorités ethniques, garantis notamment à l'article 27 du *PIDCP*, pourraient aussi être affectés, dans la mesure où certains groupes perçus comme partageant des convictions religieuses ou politiques similaires aux «terroristes» seraient plus particulièrement visés par de telles techniques (par exemple les groupes arabes ou musulmans)²⁰⁴. Au niveau national, cette section 83.01 (1)b) (i) (A) du *Code criminel* a par ailleurs été jugée contraire à la *Charte canadienne* par un juge de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Khawaja*²⁰⁵. Le Comité sénatorial a d'ailleurs fait écho à cette décision dans son rapport principal sur la *LAT* en recommandant, contrairement au Sous-comité de la Chambre des communes²⁰⁶, que la disposition relative aux motifs soit retirée de la définition d'« activité terroriste»²⁰⁷.

Cependant, en abandonnant la disposition de motif et en laissant intact le reste de la définition d'« activité terroriste », un autre problème se dessine. Celui-ci est relié au principe de la légalité (*nullum crimen nulla poena sine lege*)²⁰⁸, un principe fondamental en droit pénal. En effet, dans le cas où l'approche utilisée dans l'affaire *Khawaja* devient la position choisie par les autres cours et par le Parlement, la définition d'«activité terroriste» ne serait plus limitée et s'élargirait considérablement pour englober possiblement la presque totalité du *Code criminel*²⁰⁹. La définition d'« activité terroriste » du *Code criminel* est effectivement plus large que la plupart des définitions internationales, puisque les actes violents ou omissions qui y sont compris englobent entre autres des actes compromettant gravement la santé ou la sécurité de la population en

²⁰³ Voir Kent Roach, « The Three Year Review of Canada's Anti-Terrorism Act: The Need for Greater Restraint and Fairness, Non Discrimination and Special Advocates » (2005) 54 U.N.B.L.J. 308 [Roach, «The Three Year Review of Canada's Anti-Terrorism Act»](« this clause runs counter to the basic criminal law principle that motive is not an essential element of a criminal offence » à la p. 314); Forcese, National Security Law, *supra* note 43 à la p.269; Sujit Choudhry, «Protecting Equality in the Face of Terror: Ethnic and Racial Profiling and s. 15 of the *Charter*» dans Daniels, Mackem et Roach, *supra* note 17, 367.

²⁰⁴ Voir le rapport de la Coalition of Muslim Organizations, «Brief to Standing Committee on Justice and Human Rights on Bill C-36» (8 November 2001), en ligne: Muslim Lawyers Association <<http://www.muslimlaw.org/MLA.c36.pdf>>. Pour une discussion académique de l'impact indirect de cette disposition de motifs sur les minorités ethniques et religieuses, voir Maureen Webb, «Essential Liberty or a Little Temporary Safety? The Review of the Canadian *Anti-terrorism Act*» (2005) 51 Crim. L. Q. 53 à la p. 70 et s.

²⁰⁵ *Khawaja*, Ont. S.C.J. 2006, *supra* note 149, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31776 (5 avril 2007).

²⁰⁶ Voir le rapport final du Sous-comité de la Chambre, «Droits, restrictions et sécurité», *supra* note 63 aux pp. 8-9 (en effet, selon ce sous-comité s'il n'est certes pas courant de devoir prouver la motivation d'un acte criminel hors de tout doute raisonnable au Canada, cette particularité constitue une mesure de protection dans ce contexte en limitant la gamme d'actes pouvant être considérés comme des « activités terroristes »).

²⁰⁷ Comité sénatorial, «Justice fondamentale dans des temps exceptionnels», *supra* note 63 à la p.13.

²⁰⁸ Voir *Déclaration américaine*, *supra* note 145, art. XVIII, XXVI ; *PIDCP*, *supra* note 144, art. 15.

²⁰⁹ Voir à ce sujet, Forcese, National Security Law, *supra* note 43 à la p. 271; Roach, «The Three Year Review of Canada's», *supra* note 203 à la p. 315.

vue de contraindre une seule personne à agir²¹⁰. La définition s'étend également, selon certains critères, aux dommages matériels considérables et à la perturbation de services, installations ou systèmes essentiels, publics ou privés²¹¹.

Ceci a soulevé les critiques notamment de la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles (CSILC) et d'Amnistie Internationale (AI), puisque cette partie de la définition pourrait possiblement s'appliquer à des activités telles qu'une grève illégale ou des actes de désobéissance civile qu'il serait excessif de qualifier de « terroristes », bien que le gouvernement ait tenté de limiter ce problème en introduisant une disposition de protection de la protestation sociale²¹². C'est donc pour limiter cette large gamme d'actes pouvant être considérés comme des « activités terroristes » que le gouvernement canadien a décidé d'y greffer des éléments d'intention et de motif²¹³. Sans cette disposition, il sera presque impossible de distinguer les comportements incriminés par la *LAT* des comportements qui sont punissables par d'autres sanctions, contrairement à l'interprétation donnée du principe de légalité par la CIDH et la Cour interaméricaine qui veut que les crimes soient classés et décrits dans un langage précis et sans ambiguïté qui définit strictement et étroitement le comportement illégal²¹⁴.

2.2.2 Modifications aux procédures et règles de preuve (article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada -LPC*)

La *LAT* introduit aussi des modifications quant à la procédure, les règles de preuve et les règles de détermination de la peine lorsqu'il est question d'un crime relié à des « activités terroristes »²¹⁵. Notamment, les modifications apportées à la *LPC* entraîneraient des conséquences négatives par rapport aux droits des personnes inculpées

²¹⁰ *Code criminel*, supra note 59, art. 83.01(1) b) (ii) (C); Roach, *September 11 Consequences for Canada*, supra note 54 à la p. 33 (« the broader Canadian definition defines security to include economic security and applies to attempts to compel not only domestic and international governments and organisations but also *personis*, including corporations »).

²¹¹ *Code criminel*, *ibid.*, art. 83.01(1) b) (ii) (D) (E).

²¹² Voir les rapports du CSILC, supra note 58 à la p. 7 et d'AI, supra note 58 aux pp. 7-8 ; Roach, *September 11 Consequences for Canada*, supra note 54 à la p. 34 (« however, the exemption for protests and strikes is not absolute. Serious disruptions of essential public or private services, whether unlawful or lawful that are intended to result in death, serious bodily harm, danger to life, or serious risk to public health and safety would still fall under the definition of terrorism »).

²¹³ Roach *ibid.*

²¹⁴ CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, supra note 2 au para. 225; Kent Roach, «A Charter Reality Check: How Relevant is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System» (2008) 40 Sup. Ct. L. Rev. (2éd) 717 à la p. 740 [Roach, «A Charter Reality Check»] (« canada's broad definition of terrorism creates risks that protesters and even ordinary criminals could be charged under its many broadly worded crimes »).

²¹⁵ En effet, la *LAT*, qui ne crée pas en tant que tel de crime « d'activité terroriste » et ne criminalise pas le simple fait d'être membre d'un « groupe terroriste », greffe plutôt au *Code criminel* le terme « activité terroriste » comme facteur aggravant la sentence pour un acte criminel standard. Voir *Code criminel*, supra note 59, art. 83.27(1).

à certaines garanties judiciaires fondamentales²¹⁶. En effet, la qualification d'un acte criminel comme « activité terroriste » emporte notamment, de l'avis de l'ACCPU et de Mme Lucie Lemonde, l'application de règles de preuve et de procédures « extraordinaires » remplaçant la doctrine de *common law* d'interdiction de publication pour des raisons d'intérêt public²¹⁷. Ces nouvelles règles mettraient notamment en péril le principe fondamental de divulgation de la preuve²¹⁸. On peut alors sérieusement questionner le respect du droit à l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Le CCPR a d'ailleurs manifesté ses inquiétudes à l'égard des modifications apportées à la *LPC* (article 38) concernant la non-divulgation de renseignements qui pourraient être préjudiciables aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, dans le cadre ou au cours de procédures notamment pénales entourant les infractions de terrorisme. Selon le CCPR, ces dispositions sont contraires aux prescriptions de l'article 14 du *PIDCP*²¹⁹.

En effet, l'article 38 de la *LPC* permet de ne pas divulguer à l'accusé une partie de la preuve et, afin de motiver cette décision, octroie maintenant ce qui semble être un large pouvoir discrétionnaire à l'État par l'emploi de termes vagues et imprécis de « renseignements potentiellement préjudiciables » ou de « renseignements sensibles »²²⁰. Cette large discrétion permise dans la *LPC* modulerait injustement à la baisse le droit de l'accusé à une défense pleine et entière²²¹. Notamment, l'article 38.06 de la *LPC* autorise la recevabilité de résumés de la preuve lorsqu'il est impossible d'en produire l'intégralité, ce qui est dénoncé comme étant un obstacle au droit à un procès équitable par l'ABC²²².

²¹⁶ Notamment le droit de l'accusé de savoir quelles sont les accusations portées contre lui, celui d'avoir la divulgation de la preuve (autant à charge qu'à décharge) et le droit à un procès équitable. Voir *PIDCP*, *supra* note 144, art. 14 ; *Déclaration américaine*, *supra* note 145, art. XVIII, XXVI.

²¹⁷ ACCPU, *supra* note 66 à la p. 2. Voir aussi Lucie Lemonde, « L'impact des mesures anti-terroristes sur les droits et libertés » (11 septembre 2002), en ligne: GRIC <<http://www.unites.uqam.ca/gric/11sept/LLemonde.pdf>> à la p. 3.

²¹⁸ Voir généralement Kathy Grant, « The Unjust Impact of Canada's Anti-terrorism Act on an Accused's Right to Full Answer and Defence » (2003) 16: *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 137 à la p. 137 (« if the courts uphold as constitutional the disclosure regime embodied in the ATA's amendments to the Canada evidence Act, the right to full answer and defence would be sorely damaged »).

²¹⁹ CCPR, Observations finales 2006, *supra* note 200 au para. 13 (« l'État partie devrait revoir la loi sur la preuve de façon à garantir le droit de toute personne à un procès équitable et en particulier à faire en sorte que des individus ne puissent pas être condamnés sur la base de preuves auxquelles eux-mêmes ou leurs représentants en justice n'ont pas pleinement accès »).

²²⁰ *LPC*, *supra* note 60, art. 38 (les « renseignements potentiellement préjudiciables » sont des renseignements « susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». Les « renseignements sensibles » sont des « renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection »).

²²¹ Voir notamment le rapport d'AI, *supra* note 58 à la p. 10 (« Amnesty International is concerned that including "international relations" in the definition of potentially injurious or sensitive information exceeds the limits on fair trial rights established in international human rights law »); voir aussi Roach, « A Charter Reality Check », *supra* note 214 à la p. 745 (« the breadth of section 38 may encourage the government to overclaim national security confidentiality »).

²²² Voir rapport de l'ABC, *supra* note 50 aux pp. 46-47.

D'ailleurs, le Comité sénatorial a recommandé que les définitions de « renseignements potentiellement préjudiciables » et de « renseignements sensibles », ainsi que les motifs pour lesquels un juge peut décider de ne pas autoriser la divulgation de ces renseignements aux termes de l'article 38.06 soient modifiés de manière à préciser la façon dont la divulgation de certains renseignements doit porter préjudice aux relations internationales ou à la sécurité nationale afin d'éviter que le gouvernement refuse de communiquer certains renseignements sans raison valable²²³.

De surcroît, la nouvelle section 38.13 de la *LPC*, telle qu'introduite par la *LAT*, confère au procureur général le pouvoir sans précédent (à ce jour inutilisé), de délivrer un certificat d'une durée de 15 ans pour interdire la divulgation de renseignements sensibles en réponse à une décision ou une ordonnance de la cour qui entraînerait la divulgation de tels renseignements²²⁴. Cette procédure irait également à l'encontre des droits fondamentaux de l'accusé, notamment le droit à l'entière divulgation par la poursuite des preuves qui l'incriminent et le disculpent et le droit de répondre et de se défendre pleinement²²⁵. Plusieurs associations dont La Ligue des droits et libertés et le Canadian Civil Liberties Association (CCLA) ont par ailleurs critiqué le contrôle judiciaire jugé insuffisant auquel est soumis un tel certificat sous l'article 38.131 de la *LPC*²²⁶. Sous cet article, la Cour d'appel fédérale doit effectivement confirmer un tel certificat pour autant que l'information en question « porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère ou qui concerne une telle entité, ou sur la défense ou la sécurité nationales »²²⁷. Ceci pourrait entraîner, de l'avis notamment d'AI, des décisions qui ne seraient pas conformes aux normes internationales des droits humains, puisque le fait qu'un renseignement « porte » sur l'un des trois sujets énumérés ne garantit pas qu'il existe un motif raisonnable ou légitime de ne pas le divulguer²²⁸.

Le Comité sénatorial a d'ailleurs recommandé que l'article 38.131 soit modifié afin de préciser de quelle manière les renseignements doivent « concerner » ceux obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère, ou « concerner » la défense ou la sécurité

²²³ Comité sénatorial, « Justice fondamentale dans des temps exceptionnels », *supra* note 63 aux pp. 69-70.

²²⁴ *LPC*, *supra* note 60, art. 38.13(1).

²²⁵ *PIDCP*, *supra* note 144, art. 14 (3). Voir notamment le rapport de l'ACPPU, *supra* note 66 à la p. 9 ; voir aussi Kent Roach, « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2005) 51 *Crim. L.Q.* 102 à la p. 115 [Roach, « Ten Ways »] (« in principle, an executive decision such as the issuance of a certificate under s. 38.13 should not be able to trump a judicial decision that disclosure is in the public interest »).

²²⁶ Voir les rapports de la Ligue des droits et liberté, *supra* note 58 à la p. 21 et du CCLA, *supra* note 58 à la p. 17.

²²⁷ *LPC*, *supra* note 60, art. 38.131.

²²⁸ AI, *supra* note 58 aux pp. 9-11.

nationale²²⁹. Pour sa part, le Sous-comité de la Chambre des communes a demandé à ce que le recours à un tel certificat, dont la durée devrait être limitée à 10 ans, fasse l'objet d'un rapport annuel²³⁰. Enfin, l'article 38.11 de la *LPC* prévoit que les débats judiciaires entourant la non-divulgence de renseignements doivent de se tenir à huis clos en l'absence des autres parties²³¹. De plus, les articles 38.02(1), 38.04(4) et 38.12(2) de la *LPC* prévoient que la procédure même ainsi que l'ensemble des dossiers et informations entourant celle-ci soient de nature confidentielle²³². Ces dispositions porteraient atteinte non seulement au droit de l'accusé à un procès juste et équitable²³³, mais aussi au principe de la publicité des débats judiciaires²³⁴. Au niveau national, les exigences impératives en matière de confidentialité des articles 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) ont d'ailleurs été jugées contraires à la *Charte canadienne* par la Cour fédérale dans l'affaire *Toronto Star*²³⁵. Dans l'affaire *Ottawa Citizen Group*, le juge en chef Lutfy de la Cour fédérale a d'ailleurs déclaré que l'article 38 était l'antithèse du principe fondamental de la publicité des débats judiciaires qui « est une pierre angulaire de notre démocratie »²³⁶.

En définitive, les modifications apportées à l'article 38 rappellent les dispositions contestées de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)*²³⁷ concernant le régime de certificats de sécurité qui a d'ailleurs été jugé en partie inconstitutionnel par

²²⁹ Comité sénatorial, « Justice fondamentale dans des temps exceptionnels », *supra* note 63 aux pp. 71, 74.

²³⁰ Sous-comité de la Chambre, « Droits, restrictions et sécurité », *supra* note 63 aux pp. 51-53 (ce à quoi le gouvernement a répondu de façon favorable en se disant disposé afin d'accroître la transparence de ce régime à souscrire à ces deux recommandations, bien qu'il refuse de modifier le mécanisme actuel de révision judiciaire). Voir Canada, Chambre des communes, « Réponse du gouvernement du Canada au rapport final du Comité permanent de la sécurité publique et nationale : Sous-comité de la revue de la *Loi antiterroriste* » (juillet 2007), en ligne CMTE <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3066235&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1>> aux pp. 18-19 [Chambres des communes, « Réponse du gouvernement du Canada »].

²³¹ *LPC*, *supra* note 60, art. 38.11.

²³² *Ibid.*, art. 38.02(1), 38.04(4), 38.12(2).

²³³ Le juge James K. Huggessen de la Cour fédérale du Canada, s'est d'ailleurs prononcé publiquement sur les résultats dangereux pour le processus contradictoire qui découlent des dispositions obligatoires de l'article 38 concernant le huis clos et l'audition en l'absence des autres parties (soulevant des questions d'équité procédurale : *audi alteram partem*). Selon ce dernier, lui (et vraisemblablement les autres juges de la cour) servent de « feuilles de vigne » pour le gouvernement. Voir James K. Huggessen, « Watching the Watchers: Democratic Oversight » dans Daubney *et al.*, *supra* note 12, 381 à la p. 386.

²³⁴ Prévue par le *PIDCP*, *supra* note 144, art. 14(1) et la *Déclaration américaine*, *supra* note 145, art. XXVI. Voir AI, *supra* note 58 à la p. 11 (« Amnesty International is of the view that the process [under s. 38] does not conform with the international human rights requirement that court proceedings normally be open to the public »); Roach, « Ten Ways », *supra* note 225 à la p. 113 (« the mandatory closed-court provisions in ss. 38.02 and 38.11 go against the Supreme Court's approach, which favours a discretionary and proportionate approach to the balance between open courts and national security »).

²³⁵ *Toronto Star*, *supra* note 149.

²³⁶ *Ottawa Citizen Group c. Canada (Procureur Général)*, 2004 CF 1052, 255 F.T.R. 173, juge en chef Lutfy aux para. 44-45 [*Ottawa Citizen Group*]; voir aussi à ce sujet Jeremy Patrick-Justice, « Section 38 and the Open Court Principle » (2005) 54 U.N.B.L.J. 219 aux pp. 220-22 (« public access to judicial proceedings promotes public accountability and democratic oversight, it also furthers the interests of the participants in those proceedings »).

²³⁷ L.C. 2001, c.27, [LIPR]

la Cour suprême en 2007²³⁸. La Ligue des droits et libertés note à cet égard que « c'est à ce type de 'justice', marqué du sceau du secret et dont rien ne peut garantir l'équité, que seront soumises désormais les personnes soupçonnées d'infraction terroriste »²³⁹. Le Comité sénatorial et le Sous-comité de la Chambre des communes ont d'ailleurs fait écho à cet arrêt dans leur rapport respectif sur la *LAT* en recommandant la nomination d'avocats indépendants (*amicus curiae*) chargés de représenter les intérêts des personnes auxquelles on refuse l'accès à des renseignements confidentiels²⁴⁰. Ces recommandations sont toutefois restées sans effet, puisque le gouvernement n'est pas convaincu qu'il soit nécessaire d'étendre l'utilisation de ces avocats indépendants à d'autres contextes que celui de la délivrance de certificat de sécurité²⁴¹. Pourtant, de l'avis de l'ABC, la portée, sous l'article 38 de la *LPC*, de l'interdiction de communication de renseignements touchant la sécurité nationale conjuguée aux définitions trop larges d'« activités terroristes » mènent au type de raisonnement tautologique suivant : « nous prétendons que vous êtes un terroriste, nous en avons la preuve, mais dans l'intérêt de la sécurité nationale nous ne vous communiquerons pas cette preuve, vous devez nous croire sur parole »²⁴².

2.2.3 Les investigations judiciaires et la détention préventive (le projet de loi S-3)

Enfin, la *LAT* a aussi octroyé de larges pouvoirs d'enquête et d'arrestation aux services de renseignements et aux services policiers, à travers notamment les dispositions non renouvelées d'engagement assorti de conditions (détention préventive) et d'audience d'investigation aux articles 83.3 et 83.28 du *Code criminel*. Ces dispositions, ayant fait l'objet d'une disposition de temporisation de cinq ans, ont effectivement expiré en mars 2007, mais sont présentement en phase d'être réintroduites sous le projet de loi S-3²⁴³. Celui-ci en est à sa deuxième lecture à la Chambre des communes et a été adopté par le Sénat le 6 mars 2008. Une étude des controverses relatives à de possibles violations des

²³⁸ En effet, comme nous le verrons plus en détail (partie 2. 3. 3 ci-dessous) la Cour suprême a conclu dans *Charkaoui*, CSC 2007, *supra* note 150 au para. 3 « que la *LIPR* contrevient de manière injustifiable à l'article 7 de la *Charte* en autorisant la délivrance d'un certificat d'interdiction de territoire sur la foi de documents secrets, sans prévoir la participation d'un représentant indépendant à l'étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée ».

²³⁹ Ligue des droits et liberté, *supra* note 58 à la p. 19.

²⁴⁰ Comité sénatorial, «Justice fondamentale dans des temps exceptionnels», *supra* note 63 aux pp. 44-45; Sous-comité de la Chambre, «Droits, restrictions et sécurité», *supra* note 63 aux pp. 91-92.

²⁴¹ Chambre des communes, «Réponse du gouvernement du Canada», *supra* note 230 à la p. 24.

²⁴² ABC, *supra* note 50 à la p. 46.

²⁴³ P.L. S-3, *Loi modifiant le Code criminel (investigation et engagement assorti de conditions)*, 2^e sess., 39^e lég., 2007-2008 (adopté par le Sénat le 6 mars 2008).

droits humains entourant les sous-sections 83.3 et 83.28 du *Code criminel* est donc nécessaire, dans la mesure où le projet de loi S-3 reprend essentiellement le même libellé. L'arrestation sans mandat d'une personne par un agent de la paix, avec le consentement préalable du procureur général, « s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que la mise sous garde de la personne est nécessaire afin de l'empêcher de se livrer à une activité terroriste »²⁴⁴ et la tenue d'audience d'investigation dans le cadre d'une enquête relative à une infraction de terrorisme seront de nouveau autorisés²⁴⁵. Pourtant, ces mesures dites « draconiennes », décriées tant par l'ABC, par le CCLA, que par des avocats et juristes tels que Lucie Lemonde et Kent Roach, iraient à l'encontre respectivement du droit à la liberté et à la sécurité et du droit au silence²⁴⁶. Dans un souci de clarté et de concision, nous nous sommes plutôt concentrées sur la question des audiences d'investigation prévues à l'article 83.28 du *Code criminel* qui a été invoqué dans le cadre de l'affaire *Air India*²⁴⁷, même si l'investigation relative à ce procès n'a jamais eu lieu. Pourtant, cet article avait résisté, sous réserve de l'application du principe de la publicité des procédures judiciaires, à l'examen de sa constitutionnalité²⁴⁸.

Selon l'article 83.28 du *Code criminel* repris par le projet de loi S-3, toute personne peut être contrainte de se soumettre à un interrogatoire dans le cadre d'une enquête relative à une infraction de terrorisme s'il est établi devant un juge d'une cour supérieure de juridiction criminelle qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme sera ou a été commise, que la personne visée par l'ordonnance a des renseignements directs et pertinents relatifs à l'infraction et que des efforts raisonnables ont été déployés pour obtenir par d'autres moyens les renseignements²⁴⁹. Notamment, selon Mme Lemonde et l'ACPPU, ces interrogatoires risquent, s'ils ne sont

²⁴⁴ *Ibid.*, art. 83.3(4); voir aussi CDPDJ, *supra* note 50 (la Commission invite « le législateur à réévaluer l'emploi d'une notion aussi subjective que celle de motifs raisonnables de soupçonner manifestement moins exigeante que celle de motifs raisonnables de croire » à la p. 4).

²⁴⁵ P.L. S-3, *ibid.*, art. 83.28.

²⁴⁶ Ces droits sont prévus notamment aux articles I et XXV de la *Déclaration américaine*, *supra* note 145 et aux articles 9 et 14 (3)g) du *PIDC*, *supra* note 144. Voir aussi ABC, *supra* note 50 à la p. 41; CCLA, *supra* note 58 aux pp. 2-3; Lemonde, *supra* note 217 à la p. 5; Roach, «The Dangers of a Charter-Proof and Crime-Based Response to Terrorism», *supra* note 67 à la p. 136.

²⁴⁷ Cette affaire s'est finalement terminée en 2005 par l'acquiescement de Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri accusés conjointement de plusieurs infractions liées à l'explosion du vol 182 d'Air India et à celle qui était censée se produire à bord du vol 301 d'Air India. Voir *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350, [2005] B.C.J. No 521. Une Commission chargée de mener une enquête sur les mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India a par la suite été établie le 1^{er} mai 2006. A ce jour un seul rapport a été publié : Canada, Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India, *Les familles se souviennent*, rapport phase 1, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008.

²⁴⁸ Voir à ce sujet les affaires *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)* et *Vancouver Sun (Re)*, *supra* note 149.

²⁴⁹ P.L. S-3, *supra* note 243, art. 83.28(4).

pas rigoureusement encadrés par le juge, de dégénérer en « expédition de pêche »²⁵⁰. Ces derniers dénoncent ainsi, à l'instar de Kent Roach, l'érosion de l'un des principes fondamentaux du droit pénal, à savoir le droit au silence, puisque la personne interrogée dans le cadre de ces procédures est tenue sous peine d'arrestation et d'emprisonnement²⁵¹ de répondre aux questions, bien que les réponses données, de même que les preuves provenant des éléments ainsi obtenus, ne pourront être utilisées contre elle²⁵².

Cette procédure d'interrogatoire dérogerait aussi à la position traditionnelle des juges dans un système de *common law*, puisqu'ils doivent jouer un rôle inquisiteur et participer à l'enquête²⁵³. Ce rôle joué par le juge, à l'opposé de ses responsabilités traditionnelles dans le système accusatoire canadien, diminuerait l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire²⁵⁴. Le Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste* en est également arrivé à la conclusion que les audiences d'investigation portaient atteinte aux libertés civiles en obligeant des personnes à témoigner avant qu'une poursuite criminelle ne soit intentée ou qu'un crime ne soit commis, mais que ces atteintes devaient être considérées à la lumière des exigences de la sécurité nationale²⁵⁵. Le Sous-comité de la Chambre des communes a recommandé pour sa part au sein de son rapport provisoire de 2006, que cette procédure ne soit permise que lorsqu'il y a lieu de croire à un risque imminent d'infraction terroriste²⁵⁶. Néanmoins, cette recommandation ne semble pas avoir été retenue par le gouvernement, puisque le projet de loi S-3 continue de prévoir à l'alinéa *a*) du paragraphe 83.28(4) l'utilisation des audiences d'investigation pour une infraction terroriste déjà commise²⁵⁷.

²⁵⁰ ACPPU, *supra* note 66 à la p. 33; Lemonde, *supra* note 217 (« à part le fait que le droit au silence et le droit de refuser de collaborer avec les policiers à l'enquête est maintenant chose du passé, l'élément le plus préoccupant reste le concept de la « recherche d'éléments de preuve » à la p. 3).

²⁵¹ P.L. S-3, *supra* note 243, art. 83.29 (aux termes de cet article, le défaut de se conformer à l'ordonnance est passible d'arrestation et d'emprisonnement).

²⁵² *Ibid.*, art. 83.28(8), 83.28(10); voir aussi Roach, *September 11 Consequences for Canada*, *supra* note 54 à la p. 50 (selon lui, « s.83.8 grants only a limited form of immunity from the compelled statements or evidence derived from them [...] it is a departure from the adversarial traditions of Canadian criminal law and an explicit denial of the subject's traditional right to refuse to speak to police and prosecutors »).

²⁵³ Voir ACPPU, *supra* note 66 à la p. 33.

²⁵⁴ Voir à ce sujet Paciocco, « Constitutional Casualties of September 11 », *supra* note 189 à la p. 221 et s.; voir aussi *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, *supra* note 149 au para. 191, juge Lebel, dissident (« le public percevra les pouvoirs judiciaire et exécutif comme des alliés et non des pouvoirs séparés »).

²⁵⁵ Comité sénatorial, « Justice fondamentale dans des temps exceptionnels », *supra* note 63 à la p. 77.

²⁵⁶ Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la sécurité publique et nationale : Sous-comité sur la revue de la *Loi antiterroriste*, « Examen de la *Loi antiterroriste* audiences d'investigation et engagements assortis de conditions » (octobre 2006) aux pp.5-7, en ligne CMTE

<<http://www2.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/391/SECU/Reports/RP2422668/securp03/securp03-f.pdf>>; voir aussi Kent Roach, « Better Late than Never? The Canadian Parliamentary Review of the *Anti-terrorism Act* » (2007) 13: 5 Institute for Research on Public Policy Choices I[Roach, « Better Late than Never »] (« the rationale for the approach recommended by the Commons committee in its interim report is essentially that investigative hearings, should be limited to emergency situations where extraordinary action is necessary to prevent act of terrorism » à la p. 8).

²⁵⁷ P.L. S-3, *supra* note 243, art. 83.28(4).

2.3 Interprétations judiciaires de la *LAT*

On peut donc constater à travers cette courte revue des dispositions les plus problématiques de la *LAT* que ces dernières mettraient en jeu plusieurs droits et libertés garanties par le *PIDCP*, la *Déclaration américaine* ainsi que la *Convention contre la discrimination*, en attribuant notamment de nouveaux pouvoirs de contrôle de l'information au gouvernement et des pouvoirs étendus aux services policiers et de renseignement. Devant une telle situation, il est donc important de pousser plus loin la réflexion et d'aborder en détail la façon dont ces dispositions et la *LAT* en général ont été interprétées judiciairement au niveau national. Nous avons donc amorcé la présente analyse en abordant le contexte plus large d'application d'une telle législation dans la mesure où chacune de ses dispositions doit être interprétée d'une façon compatible avec son préambule²⁵⁸. Par la suite, nous avons procédé à l'étude de la jurisprudence nationale reliée aux lois modifiées par la *LAT* que nous avons explicitées ci-haut, pour ensuite mettre ces décisions en perspective en nous attardant à la jurisprudence connexe abordant les notions de terrorisme, de sécurité et de droits humains liée notamment aux dispositions de la *LIPR* concernant les certificats de sécurité. Nous avons enfin abordé, tel que mentionné ci-haut, les avis des instances judiciaires internationales à l'égard de deux de ces affaires (*Ahani* et *Suresh*).

L'objectif de la présente section est donc de comprendre et d'analyser la façon dont sont interprétées les dispositions problématiques de la *LAT* d'un point de vue judiciaire, si les tribunaux canadiens traitent de façon générale de ce dilemme du « contre-terrorisme » entre sécurité et droits individuels, dans le cadre de l'application de la *LAT*. Il s'avère aussi intéressant d'étudier si la *LAT* s'apparente *de facto* ou *de jure* au système de mesure d'urgence contenu au sein de plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

2.3.1 Analyse du préambule de la *LAT*

Il est reconnu au préambule de la *LAT* que le terrorisme est notamment un problème d'envergure nationale (touchant la sécurité de la nation) auquel il faut s'attaquer « tout en continuant à respecter et à promouvoir les valeurs de la *Charte*

²⁵⁸ Voir *Vancouver Sun (Re)*, *supra* note 149 au para. 3.

canadienne des droits et libertés, ainsi que les droits et libertés qu'elle garantit »²⁵⁹. Par conséquent, la *LAT* a été édictée en tant que loi régulière « visant à prévenir et supprimer le financement, la préparation et la commission d'actes de terrorisme et à protéger la sécurité nationale »²⁶⁰. Cette dernière est ainsi assujettie à la *Charte*, le gouvernement n'ayant pas invoqué la disposition d'exemption prévue à l'article 33²⁶¹. Cette loi n'a donc pas été adoptée en tant que mesure d'urgence en réponse à un événement isolé, sous l'égide de la *Loi sur les mesures d'urgence*²⁶². Ainsi, les tribunaux canadiens peuvent procéder à l'examen de la conformité de la *LAT* avec la *Charte*, le gouvernement fédéral étant d'avis que les dispositions de cette législation résisteraient à un tel examen, puisqu'elle prévoit des limites justifiables aux droits et libertés dans le cadre d'une société libre et démocratique, en raison du problème pressant que représente le terrorisme²⁶³.

Pourtant, tel que l'on a pu le constater ci-haut, plusieurs ONG, associations et juristes ont exprimé des doutes à ce sujet, doutes auxquels le Comité spécial sénatorial sur la Teneur du Projet de loi C-36 a fait écho en recommandant, lors de son premier rapport en novembre 2001, que la *LAT* soit assujettie à une disposition d'auto abrogation afin que ses dispositions les plus « draconiennes » demeurent isolées et exceptionnelles²⁶⁴. De l'avis des juristes québécois tels que Marie-Hélène Giroux et Michel Coutu : « la loi antiterroriste n'en constitue pas moins une loi d'exception, dans laquelle le dilemme sécurité /liberté est pour ainsi dire, inscrit *ab initio* [au sein de son préambule] »²⁶⁵. Kent Roach soulève à cet égard le fait que de tels examens judiciaires de la conformité de la *LAT* face à la *Charte* relèvent de la routine, puisque les droits qui y sont protégés ne sont pas absolus et que les tribunaux ont tendance à faire preuve de retenue en matière de sécurité nationale²⁶⁶.

En effet, tous les droits énoncés dans la *Charte* peuvent être restreints, entre autres en faisant appel à une justification par l'article premier de la *Charte* qui prévoit, afin d' « établir un juste équilibre » entre les droits de l'individu et les intérêts de la société

²⁵⁹ P.L. C-36, *supra* note 42, préambule.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ Voir Justice Canada, «La Loi antiterroriste : contexte et raison d'être», *supra* note 171 ; *Charte canadienne*, *supra* note 49, art. 33.

²⁶² L.R.C. 1985 (4^e suppl.), c. 22.

²⁶³ Voir «La Loi antiterroriste : contexte et raison d'être», *supra* note 171.

²⁶⁴ Comité spécial sénatorial, «Premier rapport», *supra* note 48.

²⁶⁵ Coutu et Giroux, *supra* note 38 à la p. 242.

²⁶⁶ Roach, «A Charter Reality Check», *supra* note 214 à la p. 745 (« Charter standards are only minimal standards of fairness. They were never intended to guarantee the wisdom or workability of a law »).

(notamment la nécessité de préserver la sécurité publique), que les droits et libertés qui y sont énoncés peuvent être restreints « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »²⁶⁷. À cet égard, le régime international de protection des droits humains tente également de répondre au dilemme perçu entre la protection de la sécurité nationale et celle des droits et libertés de l'individu²⁶⁸. En effet, certains droits et libertés peuvent être limités ou même suspendus (le régime de limitation et de dérogation aux droits de l'homme représentant deux régimes distincts²⁶⁹) dans certaines circonstances touchant la sécurité nationale. Notamment, l'État peut déroger à ses obligations internationales en matière de droits humains lorsqu'un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation selon les critères compris à l'article 4 du *PIDCP* et l'article 27 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*²⁷⁰ (s'appliquant, de l'avis de la CIDH, à la *Déclaration américaine*)²⁷¹. Cette possibilité pour les États de déroger à certaines de leurs obligations est gouvernée par les principes généraux de légalité, de temporalité, de proportionnalité, de nécessité et de non-discrimination²⁷².

Ainsi, dans la mesure où le terrorisme donne naissance à une situation d'urgence²⁷³ qui est proclamée par un acte officiel, l'État peut, dans la stricte mesure où la situation l'exige, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en informant immédiatement les autres États parties²⁷⁴. Certains droits sont cependant considérés comme intangibles même en situation d'urgence, dont l'article 15 (principe de légalité et

²⁶⁷ *Charte canadienne*, supra note 49, art. 1. Le critère de l'arrêt *Oakes (La Reine c. Oakes)*, [1986] 1 R.C.S. 103 sert à déterminer si l'atteinte à un droit garanti par la *Charte* peut se justifier selon l'article premier. Selon ce critère, la loi qui restreint un droit doit présenter un objectif urgent et réel et employer un moyen proportionnel.

²⁶⁸ *Digest of Jurisprudence*, supra note 35 (« Human rights law has sought to strike a fair balance between legitimate national security concerns and the protection of fundamental freedoms. It acknowledges that States must address serious and genuine security concerns, such as terrorism » à la p. 3).

²⁶⁹ Voir notamment CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, supra note 2 au sujet des différences entre les dispositions de restrictions et les dispositions de dérogation (« limitation clauses authorize restrictions on grounds in "normal situations" or peacetime, whereas derogation clauses operate in exceptional situations; limitation clauses only affect specific rights, whereas derogation clauses could affect all rights under a treaty except those that are considered non-derogable; and the operation of limitation clauses does not require any special declaration by the State » à la p. 49).

²⁷⁰ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123, OÉA., sér. n° 36, art. 27.

²⁷¹ Pour les conditions précises d'application de l'article 4 voir Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 29 : États d'urgence (art. 4)*, Doc.off. CCPR NU, 1950^e sess., Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001) [CCPR, *Observation générale n° 29*]; voir aussi Commission des droits de l'homme, *Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions ou des dérogations*, Doc.off.CES NU, 41^e sess., Doc NU E/CN.4/1985/4 (1984) [*Principes de Syracuse*]; enfin au sujet de l'article 27 voir CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, supra note 2 au para 50.

²⁷² CIDH, *ibid.* aux pp. 47-48; CCPR, *Observation générale n° 29, ibid.* aux pp. 3-4. Voir généralement *Digest of Jurisprudence*, supra note 35 à la p. 18 et s.

²⁷³ *Digest of Jurisprudence, ibid.* (« terrorism may, under very specific conditions, lead to a state of emergency » à la p. 18). Voir toutefois Richard Burchill, «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogation from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism» (2005) 8 Y.B. N.Z. Juris. 99 (« [s]erious questions can be asked as to whether the currently perceived threat from international terrorism [since September 11] justifies derogations » à la p. 115).

²⁷⁴ CCPR, *Observation générale n° 29, supra note 271* aux pp. 2-3.

de non-rétroactivité de la loi pénale) et l'article 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion) du *PIDCP* (que l'on retrouve également à l'article III de la *Déclaration américaine*), ainsi que certains aspects du principe de non-discrimination²⁷⁵.

Pour ce qui est des autres droits mentionnés ci-haut, le droit à la liberté d'expression prévu à l'article 19 du *PIDCP* et à l'article IV de la *Déclaration américaine*, ainsi que certains aspects du droit à un procès public et équitable et du droit à la liberté prévus aux articles 14 et 9 du *PIDCP* et aux articles XXVI, XXV de la *Déclaration américaine* peuvent faire l'objet de suspension ou du moins sont susceptibles d'être soumis à certaines limitations²⁷⁶. Bien que n'étant pas le sujet précis de cette section, en réponse au questionnement mentionné ci-haut (voir art. 1.1.1 et sect. 2.3), il serait donc possible de faire une distinction entre l'utilisation *de jure* ou *de facto* de ces systèmes de dérogation dans le cadre de l'application de la *LAT*. Au niveau juridique, on ne satisfait effectivement pas les critères permettant de qualifier la situation d'état d'urgence²⁷⁷ (puisque le gouvernement n'a pas fait de déclaration officielle en ce sens et juge que la *LAT* respecte du moins la *Charte canadienne*). Cependant, dans les faits, si une instance internationale finit par statuer sur la violation, en application de la *LAT*, de certains droits et libertés garantis par exemple sous le *PIDCP*, on se retrouve bien dans une telle situation exceptionnelle²⁷⁸.

On peut douter alors, à l'instar de Kent Roach et Martha Shaffer, que les critères de temporalité, de nécessité ou de proportionnalité prévus par ces mécanismes de dérogation soient respectés en l'espèce²⁷⁹. Il est d'ailleurs intéressant à cet égard de noter que le préambule de la *LAT* ne fait aucunement mention des obligations internationales du Canada en matière de droits humains, alors que la *Loi sur les mesures d'urgence* fait

²⁷⁵ Ces droits sont mentionnés à l'article 4(2) du *PIDCP* et à l'article 27(2) de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, mais ne constituent pas une liste exhaustive. Voir notamment CCPR, *ibid.* aux para. 7-8 et CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, *supra* note 2 au para 52 pour une énumération de certains droits également considérés comme «indérogeables», constituant des garanties indispensables à la protection des autres droits «non-dérogeables».

²⁷⁶ Voir généralement *Digest of Jurisprudence*, *supra* note 35 à la p. 4 et s. Au sujet de l'article 19 du *PIDCP* voir plus particulièrement *Principes de Johannesburg sur la sécurité nationale, la liberté d'expression et l'accès à l'information*, Doc. off. CES NU, 52^e sess., Annexe, point 8, Doc. NU E/CN.4/1996/39 1 à la p. 28 [*Principes de Johannesburg*].

²⁷⁷ Voir CCPR, *Observation générale no 29*, *supra* note 271 au para. 2 (« avant qu'un État ne décide d'invoquer l'article 4, il faut que deux conditions essentielles soient réunies : la situation doit représenter un danger public exceptionnel qui menace l'existence de la nation et l'État partie doit avoir proclamé officiellement un état d'urgence »).

²⁷⁸ Avis déjà partagé par certains auteurs qui voit la *LAT* comme une loi d'exception. Voir notamment David Dyzenhaus, «The Permanence of the Temporary: Can Emergency Powers be Normalized», dans Daniels, Macklem et Roach, *supra* note 17, 21 à la p. 29 (« we have the permanence of the temporary, an attempt to normalize the exception »).

²⁷⁹ En effet, la *LAT* est une loi permanente, ses dispositions les plus «draconiennes» sont restées largement inutilisées et seraient non proportionnelles. Voir à ce sujet Roach, «Must we Trade Rights for Security?», *supra* note 43; Martha Shaffer, « Effectiveness of Anti-Terrorism Legislation: Does Bill C-36 give us what we need? » dans Daniels, Macklem et Roach, *ibid.*, 195.

référence aux engagements internationaux du Canada en vertu du *PIDCP* et s'y soumet expressément²⁸⁰. Il serait également possible de continuer le présent raisonnement en étudiant les possibilités pour le Canada de limiter ou restreindre certains droits même en temps ordinaire tel qu'il est prévu entre autres à la section 3 de l'article 19 (restrictions à la liberté d'expression), à la section 1 de l'article 14 (exclusion de la presse et du public à la totalité ou à une partie d'un procès) et à la section 3 de l'article 18 (restrictions à liberté de manifester sa religion ou ses convictions) du *PIDCP*²⁸¹. Ces restrictions se doivent toutefois d'être expressément fixées par la loi, d'être nécessaires à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique (termes cependant non définis au sein du *PIDCP*²⁸²) dans le cadre d'une société démocratique et d'être appliquées proportionnellement à un de ces objectifs²⁸³.

Enfin, pour ce qui est plus précisément du contexte d'application de la *LAT* et de son objet, la Cour suprême a conclu, en 2004, que cette dernière avait pour objectif précis de prévenir et de punir les infractions de terrorisme, malgré les observations soumises par le gouvernement selon lesquelles la *LAT* a pour but d'assurer la sécurité nationale²⁸⁴. En effet, la Cour suprême énonce comme suit l'objectif de la *LAT* :

Nous croyons toutefois que cette qualification [que la *LAT* ait pour objet d'assurer la "sécurité nationale"] risque d'aller trop loin et d'avoir des conséquences dépassant de beaucoup l'intention du législateur. Il ressort clairement des discussions l'ayant entouré et de son propre langage législatif que la Loi est censée fournir des moyens de prévenir et de punir les actes de terrorisme. Comme l'indique notre mise en garde ci-dessus, les tribunaux ne doivent pas se laisser influencer par une rhétorique issue d'une perception d'urgence ou d'une nouvelle conception de la sécurité [...]. Nous concluons que la Loi a pour objet de prévenir et de punir les infractions de terrorisme²⁸⁵.

Le préambule de la *LAT* expose d'ailleurs à l'alinéa 6 la question fondamentale du «contre-terrorisme » à savoir celle de la tension qui existe entre les mesures prises, au nom de la sécurité nationale, pour lutter contre le terrorisme, et le respect des droits et libertés²⁸⁶. Ainsi, d'après ce préambule et de l'avis du gouvernement, les dispositions un peu plus épineuses de la *LAT* devraient être interprétées à la lumière de cet équilibre entre

²⁸⁰ *Loi sur les mesures d'urgence*, supra note 262, préambule.

²⁸¹ CCPR, *Observation générale no 29*, supra note 271 au para. 4.

²⁸² Pour répondre à cette lacune les *Principes de Syracuse*, supra note 271 et les *Principes de Johannesburg*, supra note 276 définissent plus clairement ces termes.

²⁸³ CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, supra note 2 aux pp. 49-50, 177-78; voir en général AC. Kiss, «Permissible Limitations on Rights» dans Louis Henkin, dir., *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, 290.

²⁸⁴ *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, supra note 149 aux para. 39-40.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ P.L. C-36, supra note 42, al. 6 préambule (« Attendu que le Parlement du Canada, reconnaissant que le terrorisme est une question d'intérêt national qui touche la sécurité de la nation, s'engage à prendre des mesures exhaustives destinées à protéger les Canadiens contre les activités terroristes tout en continuant à promouvoir et respecter les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les valeurs qui la sous-tendent »).

«sécurité nationale» et droits et libertés individuels, d'autant plus que le terme « sécurité nationale » y est prévu à plusieurs reprises (bien que généralement non défini)²⁸⁷. On laisse donc en définitive aux tribunaux, en tant qu'arbitres des différends constitutionnels au Canada, le soin de se prononcer sur la constitutionnalité d'une telle approche législative destinée à contrer le terrorisme²⁸⁸.

2.3.2 Analyse de la jurisprudence traitant de la *LAT*

À travers cet examen du préambule de la *LAT*, on peut constater que le gouvernement a tenté d'établir une distinction entre une menace pour la sécurité nationale représentée par le terrorisme et une situation exceptionnelle qui réclamerait la promulgation de mesures d'urgence²⁸⁹. Outre certaines restrictions possiblement permises pour la sauvegarde de la sécurité nationale, le Canada se doit donc de respecter au niveau international et national l'ensemble de ses obligations en matière de droits humains. Le gouvernement laisse d'ailleurs aux tribunaux le soin d'assurer la conformité de cette législation par rapport à la *Charte canadienne* avec les résultats que nous étudierons ici. En effet, malgré les affirmations du gouvernement que la *LAT* était « à l'épreuve de la Charte » (*Charter-proofed*), les tribunaux ont dû se prononcer sur la constitutionnalité de certaines dispositions à savoir les sections 83.01 et 83.28 du *Code criminel* et l'article 38 de la *LPC*. Voyons donc comment les tribunaux canadiens ont interprété ces dispositions de la *LAT* et s'il est question de l'équilibre entre sécurité et droits et libertés.

2.3.2.1 Contestations judiciaires se rapportant à la définition du terrorisme (article 83.01 du *Code criminel*)

Ainsi, la section 83.01 du *Code criminel* introduite sous la *LAT* a été examinée par la Cour supérieure de l'Ontario en 2006 alors que Mohammed Momin Khawaja, première personne inculpée en vertu de la section antiterroriste II.1 du *Code*²⁹⁰, a

²⁸⁷ Voir à ce sujet, Forcese, *National Security Law*, *supra* note 43 à la p. 406.

²⁸⁸ Pourtant, selon la Ligue des droits et libertés, *supra* note 58 à la p. 2 (« il ne suffit pas d'insérer une mention de la *Charte canadienne* dans une loi, puis de confier le tout aux tribunaux. Les tribunaux ne sont pas, et ne doivent pas être les seuls garants de nos valeurs fondamentales. Les parlementaires ont la lourde responsabilité d'examiner le caractère raisonnable et la proportionnalité d'une législation portant atteinte aux droits et libertés »).

²⁸⁹ Forcese, *National Security Law*, *supra* note 43 à la p. 114 (« national security threat should not be confused with states of emergency [...]. The 2001 *Anti-terrorism Act* is a case in point: legislation promulgated precipitously after the events of 9/11 but enacted pursuant to the regular powers and procedures of Parliament and intended to be mostly permanent »). À cet effet, le Canada n'a eu recours qu'une seule fois à des mesures d'urgence en temps de paix en réponse à certains actes «terroristes» commis par le FLQ (Front de libération du Québec) lors de la Crise d'octobre 1970.

²⁹⁰ Ce dernier a finalement été déclaré coupable de 5 chefs d'accusations. Voir *Khawaja*, Ont. S.C.J. 2008, *supra* note 149.

demandé à la Cour de déclarer les sections 83.01(1), 83.03(a), 83.18, 83.18(1), 83.18(3)(a) sans effet en vertu de l'article 52 (1) de *Loi constitutionnelle de 1982*²⁹¹. L'appellant a argué à cet effet que ces dispositions étaient vagues et/ou d'une portée excessive, qu'elles diluaient l'élément essentiel de faute en droit pénal et qu'elles portaient atteinte à ses droits à la liberté d'association, de conscience et de religion, de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression conformément à l'article 2 de la *Charte*²⁹². La présente demande a été accueillie en partie²⁹³. La Cour supérieure de l'Ontario a effectivement statué en se référant entre autres aux affaires *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*²⁹⁴ et *R. v. Lindsay*²⁹⁵ que les dispositions contestées n'étaient ni nulles pour cause d'imprécision, ni excessives de par leurs portées, car elles pouvaient être lues, interprétées et appliquées en conformité avec les principes de justice fondamentale²⁹⁶.

Cependant, le paragraphe 83.01(1)(b)(i) (A) du *Code* concernant l'exigence de motifs politiques, religieux ou idéologiques a été jugé invalide par la Cour et retranché du reste de la législation. En effet, ce paragraphe violait, de l'avis de la Cour, les libertés garanties sous les paragraphes 2(a), (b) et (d) de la *Charte* non seulement à l'égard de l'accusé, mais indirectement des Canadiens et Canadiennes qui partagent certaines convictions politiques ou religieuses avec les « terroristes » ou sont perçus comme tels, et ne pouvait être justifié sous l'article premier de la *Charte*²⁹⁷. À ce sujet, la Cour a jugé que la disposition contestée concernait un objectif réel et urgent, soit de façon générale, selon les informations fournies par le gouvernement, de prévenir et de punir les infractions de terrorisme en limitant et réduisant la gamme des activités terroristes ciblées par la législation. La disposition contestée devait à cet effet être évaluée selon le contexte social et politique relié à la protection de la sécurité nationale²⁹⁸. Toutefois, la Cour a

²⁹¹ *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), art. 52(1), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

²⁹² *Khawaja*, Ont. S.C.J. 2006, *supra* note 149.

²⁹³ *Ibid.* au para. 5.

²⁹⁴ [1992] 2 R. S.C. 606.

²⁹⁵ [2004] O.J. No. 845.

²⁹⁶ *Khawaja*, Ont. S.C.J. 2006, *supra* note 149 au para. 6. Pour une critique de ce jugement voir Kent Roach «Terrorism Offences and the Charter: A Comment on *R. v. Khawaja*» (2007) 11 *Crim. L. Rev.* 271 [Roach, «Terrorism Offences and the Charter»] (« justice Rutherford did not fully consider the accused's overbreadth claims and reduced them to claims of hypotheticals that could be resolved by sensible case by case adjudication » à la p. 284).

²⁹⁷ *Khawaja*, *ibid.* aux para. 73, 86.

²⁹⁸ *Ibid.* au para. 74.

conclu que la disposition ne portait pas le moins possible atteinte aux droits en question et que les restrictions n'étaient pas proportionnelles à l'objectif poursuivi²⁹⁹.

Suite à cette décision, dont l'autorisation de pourvoi à la Cour suprême fut refusée en avril 2007, le gouvernement n'a toujours pas apporté de modification à l'article 83.01 du *Code criminel*³⁰⁰. À cet égard, cette décision a fait l'objet d'une certaine controverse comme nous avons pu le constater plus haut (art. 2.2.1). Elle a effectivement pour effet, de l'avis de juristes tels que Craig Forcese et Kent Roach, d'élargir considérablement la définition d'« activités terroristes » pour englober la presque totalité du *Code criminel*, considérant le fait que cette définition s'applique également aux actes de violence visant à contraindre une personne ou même une corporation à agir³⁰¹. Roach recommande d'ailleurs l'application d'une définition beaucoup plus restreinte et moins complexe du terrorisme ne contenant pas d'exigence de motifs politiques ou religieux à l'image de celle utilisée en 2002 par la Cour suprême dans le cadre de l'affaire *Suresh*³⁰². Cette définition s'accorderait effectivement mieux à ce que l'on entend essentiellement par « terrorisme » à l'échelle internationale, à savoir des actes violents dirigés contre les civils « dans le but d'intimider une population ou contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque »³⁰³.

2.3.2.2 Contestations judiciaires se rapportant aux modifications des procédures et règles de preuve (l'article 38 de la LPC)

Outre le recours contestant la constitutionnalité de l'article 83.01 du *Code criminel*, Khawaja a également présenté une requête et un avis de question constitutionnelle, cette fois-ci devant la Cour fédérale³⁰⁴, dans le cadre de l'instance

²⁹⁹ *Ibid.* au para. 80; Roach, «Terrorism Offences and the Charter», *supra* note 296 à la p. 282 (« justice Rutherford [...] concluded that if the purpose of the impugned law was to prevent terrorism, then this purpose could be satisfied without requiring proof of political or religious motive [...] that less rights invasive alternatives existed »).

³⁰⁰ Bien que le gouvernement ait rappelé l'importance d'une exigence de motivation qui « restreint la portée de la définition, ce qui aide à distinguer l'activité terroriste des autres formes plus conventionnelles d'activités criminelles ». Voir Chambre des communes, «Réponse du gouvernement du Canada», *supra* note 230 à la p. 3; voir aussi Roach, «The Role and Capacities of Courts», *supra* note 55 (« parliament has yet to respond to [this] decision, again raising questions about the respective role of courts and legislatures in respect to anti-terrorism legislation » à la p. 24).

³⁰¹ Voir à ce sujet Forcese, National Security Law, *supra* note 43 à la p. 271; Roach, *ibid.* à la p. 14 (« the perhaps unanticipated result of justice Rutherford's severance remedy is that the remaining definition of terrorists activities is itself overbroad[...] it could apply to crimes that would not be commonly thought of as acts of terrorism »).

³⁰² *Suresh*, *supra* note 150; Roach, «Ten Ways», *supra* note 225 à la p. 103 (« a definition of terrorism that focuses on violence minimizes the danger of dissenters being investigated as potential terrorists »).

³⁰³ *Suresh*, *ibid.* au para 98. Cette définition reprend l'al. 1b) de l'article 2 de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, 9 décembre 1999, 2178 R.T.N.U. 229.

³⁰⁴ Voir *Khawaja*, 2007 CF 463, *supra* note 149.

engagée en 2006 par le procureur général du Canada sous l'article 38 de la *LPC*. Le procureur cherchait effectivement à obtenir une interdiction légale de divulgation de certains renseignements dans l'intérêt de la sécurité nationale en application de l'article 38.02(1)a) de la *LPC*³⁰⁵. Khawaja a alors contesté en partie cette procédure qui permet au procureur général du Canada d'alléguer un privilège fondé sur la sécurité nationale pour certains documents que le poursuivant se propose de divulguer. Khawaja a ainsi fait valoir que la procédure *ex parte* prévue par le paragraphe 38.11(2) et employée dans la présente affaire portait atteinte au principe de publicité des débats judiciaires et aux droits qui lui sont garantis par les alinéas 2b), 11d) et l'article 7 de la *Charte*³⁰⁶. L'article 38.11(2) prévoit effectivement, lorsqu'est engagée l'instance prévue par l'article 38 de la *LPC*, la possibilité pour le procureur général du Canada de présenter des observations au juge de la Cour fédérale en l'absence de la partie qui demande la communication de renseignements secrets³⁰⁷.

Dans la présente affaire, la Cour a cependant rejeté la requête du défendeur Khawaja, jugeant que le droit du procureur général de présenter ainsi des observations *ex parte* ne portait pas atteinte aux principes de justice fondamentale, ni au droit à un procès équitable consacrés aux articles 7 et 11d) de la *Charte*³⁰⁸. S'appuyant sur l'arrêt *Charkaoui*³⁰⁹, la Cour a effectivement rappelé que ces principes n'exigent non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause et qu'il se peut que l'application régulière de la loi ne soit pas aussi stricte lorsque la sécurité nationale est en jeu³¹⁰. Le droit de l'accusé de connaître la thèse avancée contre lui n'est donc pas absolu, des considérations relatives à la sécurité nationale pouvant limiter l'étendue de la communication de renseignements à l'intéressé³¹¹. Selon, la Cour, « l'article 38 prévoit toutefois d'autres façons d'informer l'intéressé pour l'essentiel de façon à ce que soient mis en balance les intérêts divergents

³⁰⁵ Dans le contexte particulier de cette demande fondée sur l'article 38.04 où Khawaja doit répondre à de graves accusations au pénal, la Cour fédérale a jugé « que les raisons d'intérêt public relatives à l'administration de la justice qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public relatives à la sécurité nationale qui justifient la non-divulgation, dans la mesure où il serait judicieux de remettre à l'accusé un résumé des renseignements ainsi que le prévoit le paragraphe 38.06(2) de la Loi ». Voir *Khawaja*, 2007 CF 490, *supra* note 149 au para. 186, inf. par 2007 CAF 342 (« dans la mesure où l'annexe qui avait été préparée par le juge serait remplacée par une nouvelle annexe » au para. 19).

³⁰⁶ *Khawaja*, 2007 CF 463, *supra* note 149 au para. 3 (à savoir notamment son droit à une procédure conforme au droit lorsque l'État porte atteinte à son droit à la liberté, à un procès public et équitable).

³⁰⁷ *LPC*, *supra* note 60, art 38.11(2).

³⁰⁸ *Khawaja*, 2007 CF 463, juge Lufty, *supra* note 149 au para.59.

³⁰⁹ *Charkaoui*, CSC 2007, *supra* note 150.

³¹⁰ *Khawaja*, 2007 CF 463, *supra* note 149 au para 34.

³¹¹ *Ibid.* aux para. 35-36.

en matière de justice fondamentale »³¹². La Cour en arrive donc à la conclusion que la procédure prévue en l'espèce n'est pas « fondamentalement inéquitable », vu les mesures de rechanges et les mesures procédurales de protection solides que prévoit l'article 38 lorsque sont en cause des considérations de sécurité nationale³¹³.

Ainsi, l'article 38, y compris le paragraphe 38.11(2), permettrait la mise en balance des intérêts divergents en matière de justice fondamentale à savoir le respect, d'une part, de l'intérêt qu'a l'État de préserver la confidentialité des renseignements préjudiciables à la sécurité nationale et d'autre part, les droits de l'accusé, notamment le droit à une défense pleine et entière, le droit à la communication de renseignements et le droit à un procès équitable lors de l'instance pénale pertinente³¹⁴. La Cour, invoquant ici l'arrêt *Ruby*³¹⁵, a également conclu que l'atteinte par le paragraphe 38.11(2) à la liberté d'expression et au principe du procès public consacré à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne* pouvait être sauvegardée selon l'article premier³¹⁶. Dans l'arrêt *Ruby*, la Cour suprême avait effectivement reconnu la validité des dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*³¹⁷ qui, sur demande en ce sens de l'institution fédérale concernée, obligeaient le tribunal saisi d'un recours en révision à entendre les arguments de cette institution en l'absence de l'autre partie, afin de prévenir toute divulgation accidentelle de renseignements délicats touchant la sécurité nationale³¹⁸.

La Cour d'appel fédérale a par ailleurs confirmé cette décision en décembre 2007 en rejetant l'appel de *Khawaja* qui demandait à la Cour de casser le jugement du juge en

³¹² *Ibid.* aux para. 37, 41. Notamment (« l'article 38.14 prévoit une garantie procédurale supplémentaire visant à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, le juge qui préside l'instance pénale dispose de diverses options et peut notamment ordonner l'arrêt des procédures pénales » au para. 52.)

³¹³ *Ibid.* au para. 58.

³¹⁴ *Ibid.* au para. 59.

³¹⁵ *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3 (dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a reconnu le droit de l'État de présenter des observations *ex parte* et à huis clos dans les affaires où la sécurité nationale est en cause, sous réserve du pouvoir de surveillance de la cour appelée à exercer un contrôle et des principes applicables de justice fondamentale- principes qui n'emportent cependant pas la divulgation intégrale des renseignements en la possession du gouvernement concernant la sécurité nationale).

³¹⁶ *Khawaja*, 2007 CF 463, *supra* note 149 au para. 63.

³¹⁷ L.R.C. 1985, ch. P-21, art. 51(2), (3) prévoyant la tenue d'audiences à huis clos et en l'absence d'une partie lorsque, pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère, l'institution fédérale concernée refuse de communiquer les renseignements personnels demandés.

³¹⁸ *Ruby*, *supra* note 315 au para. 60 (selon la Cour suprême, les dispositions impératives pourvoyant à la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos ont pour objet d'éviter que les alliés et les sources de renseignements du Canada aient l'impression qu'une divulgation accidentelle pourrait survenir et que, pour cette raison, ils soient moins disposés à communiquer des renseignements au Canada. À cet égard, la Cour « conclut à la constitutionnalité de la disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui oblige le tribunal de révision à entendre les arguments de l'institution fédérale concernée en l'absence de l'autre partie. Toutefois, l'obligation de huis clos prévue par le par. 51(2) a une portée excessive. Cette disposition doit recevoir une interprétation atténuante, de façon que seuls les arguments présentés en l'absence de l'autre partie soient entendus à huis clos, le tribunal conservant le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que le reste de l'audience se déroule en totalité ou en partie à huis clos » au para. 3).

chef Lutfy concernant la constitutionnalité du paragraphe 38.11(2)³¹⁹. Dans cette affaire, la Cour d'appel a effectivement conclu en se référant entre autres aux arrêts *Chiarelli*³²⁰ et *Ruby*, que l'art. 38.11(2) ne privait pas l'accusé de son droit à la liberté si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale dont la portée varie selon le contexte et la nature des intérêts en jeu³²¹. S'appuyant sur les affaires *Ribic*³²² et *Charkaoui*³²³, la Cour d'appel a également statué que l'article 38.11(2) ne portait pas atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable et, s'il lui portait atteinte, il le faisait d'une manière minimale qui peut se justifier selon l'article premier de la *Charte*³²⁴.

La Cour d'appel a ainsi conclu que la disposition contestée, qui autorise la tenue d'audiences *ex parte* afin de réaliser l'objectif valable de protection de la sécurité nationale, examinée dans son contexte, établit un équilibre entre la nécessité de protéger des renseignements sensibles intéressant la sécurité nationale et la nécessité de protéger les droits de l'individu³²⁵. En effet, les audiences *ex parte*, permettant au procureur général de donner des indications à la Cour sur la valeur des renseignements dont la divulgation est demandée tout en préservant la confidentialité des renseignements en cause, constitueraient la meilleure manière de s'assurer que la décision du juge, quant aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, est fondée³²⁶. Cependant, dans ses motifs concurrents, le juge Pelletier a soulevé la possible iniquité d'une ordonnance, à l'issue du processus énoncé par l'article 38 de la *LPC*, qui interdirait la divulgation de renseignements secrets pouvant concerner la défense de l'appelant³²⁷.

³¹⁹ *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388, 289 D.L.R. (4th) 260, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 32397 (3 avril 2008) [*Khawaja*, 2007 CAF 388].

³²⁰ [1992] 1 R.C.S. 711.

³²¹ *Khawaja*, 2007 CAF 388, *supra* note 319 au para. 31. Voir toutefois *ibid.* aux para. 56, 117 (les juges Létourneau et Pelletier ont émis des motifs concurrents à savoir que le processus contesté qui est exposé dans le paragraphe 38.11(2) de la *LPC* ne porte pas atteinte à la liberté de l'appelant, encore que les décisions résultant de ce processus puissent porter atteinte à cette liberté).

³²² *Ribic*, CAF, *supra* note 152 (dans le cadre de cette affaire, la Cour d'appel fédérale a édicté un test en trois étapes concernant l'application de l'article 38, voir à ce sujet la section 3.1, ci-dessous).

³²³ *Charkaoui*, CSC 2007, *supra* note 150.

³²⁴ *Khawaja*, 2007 CAF 388, *supra* note 319 aux para. 50-52 (en effet, la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel, la non-divulgation de preuves au cours d'audiences tenues en vertu de l'art. 38.11(2) présente un lien rationnel avec cet objectif, la procédure prévue par le paragraphe 38.11(2) porte minimalement atteinte aux droits garantis par l'alinéa 11d) de la *Charte* étant donné « l'équilibre subtil » établi entre la nécessité de protéger des renseignements confidentiels et les droits de l'accusé et les effets du paragraphe 38.11(2) sont proportionnels à l'objectif qui a été reconnu comme « suffisamment important »).

³²⁵ *Ibid.* au para. 53.

³²⁶ *Ibid.* au para. 45 (« la procédure de non-communication de renseignements sensibles qui est exposée dans l'article 38 de la *LPC* requiert une mise en balance au cours de laquelle le juge évalue les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation [ici la sécurité nationale] »). Selon le juge Pelletier (motifs concurrents) « l'interdiction de la tenue d'audiences *ex parte* aurait pour conséquence inattendue de réduire, au lieu d'accroître, l'examen des allégations du procureur général portant sur le préjudice à la sécurité nationale », *ibid.* au para. 137.

³²⁷ *Ibid.* aux para. 115, 137 (le juge Pelletier a effectivement établi une distinction entre l'équité du processus conduisant au prononcé d'une ordonnance sous l'article 38 de la *LPC* et les conséquences d'une telle ordonnance pour l'appelant en application des paragraphes 38.06(2) et 38.06(3) (non contestés par *Khawaja*) dans la mesure où cette ordonnance pourrait

Enfin, la Cour fédérale s'est aussi penchée en 2007 sur la question de la constitutionnalité des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *LPC*³²⁸ concernant les impératifs de confidentialité et l'exigence de huis clos relatifs aux procédures de non-divulgaration sous l'empire dudit article 38³²⁹. Dans le cadre de l'affaire *Toronto Star*, la Cour a ainsi jugé que ces dispositions portaient injustement atteinte aux libertés d'expression et de la presse et au principe de la publicité des débats judiciaires, qui exigent l'accès des médias et la publication en temps opportun, garantis par l'alinéa 2 b) de la *Charte canadienne*³³⁰. De l'avis de la Cour, les dispositions contestées vont effectivement au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires, une valeur démocratique essentielle liée aux libertés fondamentales que sont la liberté d'expression et la liberté des moyens de communication³³¹. Par conséquent, ces dispositions ne constituaient pas une atteinte minimale au sens de l'arrêt *Oakes* et ne pouvaient être sauvegardées en vertu de l'article premier de la *Charte*, bien que le premier volet du critère *Oakes* fût rempli, la prévention de « la divulgation par inadvertance de renseignements préjudiciables pour la sécurité nationale ou les relations internationales [constituant] un objectif législatif suffisamment légitime et important »³³².

Plus précisément, le paragraphe 38.11(1) a été considéré d'une portée excessive lorsqu'il exclut le public des audiences même dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril, de même que les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) qui imposent à tous les documents judiciaires relatifs aux audiences tenues à huis clos des exigences de confidentialité (et ce même dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril)³³³. La Cour a donc conclu que le moyen indiqué de remédier à la déficience de ces dispositions contestées sur le plan constitutionnel était d'appliquer la méthode de l'interprétation atténuante adoptée précédemment par la Cour suprême dans l'arrêt *Ruby*. Ainsi, sur le plan constitutionnel, les exigences impératives en matière de confidentialité

soustraire des documents concernant la défense de l'appelant mettant en jeu son droit de présenter une défense pleine et entière, de connaître les éléments invoqués contre lui).

³²⁸ *LPC*, *supra* note 60, art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2). Le paragraphe 38.04(4) impose la confidentialité à toutes les demandes présentées en vertu de l'article 38; le paragraphe 38.11(1) exige que les audiences relatives à la demande présentée en vertu de l'article 38 aient lieu à huis clos et le paragraphe 38.12(2) impose la confidentialité à tous les dossiers qui se rapportent à l'instance se déroulant sous l'empire de l'article 38.

³²⁹ *Toronto Star*, *supra* note 149.

³³⁰ *Ibid.* au para. 91. Pour une discussion académique des dangers de limiter le principe de la publicité des débats judiciaires dans le contexte du contre-terrorisme, voir David M. Paciocco, «When Open Courts Meet Closed Government» (2005) 29 *Sup. Ct. L. Rev.* 383 à la p.395 et s [Paciocco, «When Open Courts »].

³³¹ *Toronto Star*, *supra* note 149 au para. 70.

³³² *Ibid.* aux para. 70, 42.

³³³ *Ibid.* aux para. 71-72.

des articles 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) devront faire l'objet d'une telle interprétation atténuante, et ne viser que les observations *ex parte* qui sont mentionnées à l'article 38.11(2) (article reconnu par la Cour fédérale, dans l'affaire *Khawaja* vu ci-haut, comme étant constitutionnel)³³⁴. Conséquemment, « les audiences et les dossiers ne peuvent être interdits au public que lorsque des renseignements secrets sont en jeu »³³⁵. Ainsi, les audiences du tribunal auxquelles toutes les parties sont présentes et les dossiers auxquels celles-ci ont toutes accès sont en principe ouverts au public³³⁶. Bien que n'étant pas le propos de la présente affaire, il est intéressant de noter que le juge Lufty a réitéré ses réserves exposées dans le cadre d'une décision antérieure³³⁷ quant à l'alinéa 38.02(1) de la *LPC* qui interdit de révéler le fait même qu'une demande ait été présentée en vertu de l'article 38³³⁸.

2.3.2.3 Contestations judiciaires se rapportant aux audiences d'investigation (article 83.28 du *Code criminel*)

Finalement, tel que nous l'avons mentionné ci-haut, la constitutionnalité de l'article 83.28 du *Code criminel* en phase d'être réintroduit par le projet de loi S-3 qui permettait la tenue d'audience d'investigation a été confirmée en 2004 par une décision 6 contre 3 de la Cour suprême dans le cadre de l'affaire *Air India*³³⁹. La Cour suprême, saisie en l'espèce de l'appel d'un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique³⁴⁰ confirmant la constitutionnalité de l'article 83.28 du *Code criminel* et la validité d'une ordonnance enjoignant la tenue d'une investigation judiciaire, a ainsi eu à statuer pour la première fois sur une des questions fondamentales relatives à la constitutionnalité des dispositions de la *LAT*. La Cour a effectivement formulé cette question fondamentale comme étant : « celle de la tension qui existe entre les mesures prises, au nom de la sécurité nationale, pour lutter contre le terrorisme, et le respect des droits et libertés garantis par la *Charte* »³⁴¹. La Cour suprême a donc cru important d'énoncer certains facteurs contextuels du pourvoi notamment par rapport au fait que le terrorisme, bien que modifiant nécessairement le contexte dans lequel doit s'appliquer le

³³⁴ *Ibid.* au para. 91.

³³⁵ *Ibid.* au para. 2.

³³⁶ *Ibid.* au para. 2.

³³⁷ *Ottawa Citizen*, *supra* note 236.

³³⁸ *Toronto Star*, *supra* note 149 au para. 21.

³³⁹ *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, *supra* note 149 aux para. 14-17.

³⁴⁰ *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, 2003 BCSC 1172, [2003] B.C.J. No. 1749 (QL).

³⁴¹ *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, *supra* note 149 au para. 28.

principe de la primauté du droit, ne commande pas la renonciation à ce principe³⁴². Cependant, les juges Iacobucci et Arbour ont ici insisté sur le fait que, s'il est vrai que la réaction au terrorisme doit respecter la primauté du droit, il reste que la Constitution n'est pas un pacte de suicide (en paraphrasant le juge Jackson, dissident, dans l'arrêt *Terminiello c. Chicago* de la Cour suprême des États-Unis)³⁴³.

En réponse aux questions en litige, la Cour a d'abord statué sur le fait que les investigations judiciaires prévues par l'article 83.28, offrant un moyen de recueillir des renseignements et des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête portant sur des infractions de terrorisme passées, présentes et futures, étaient de nature strictement procédurale et pouvaient donc s'appliquer rétrospectivement aux répercussions d'événements passés³⁴⁴. Ensuite, les Juges Iacobucci et Arbour, écrivant au nom de la majorité, ont reconnu que cette nouvelle procédure ne portait pas atteinte aux droits que l'article 7 de la *Charte canadienne* garantit à l'appelant que ce soit sous forme de protection contre l'auto-incrimination ou de droit général de garder le silence. En effet, le paragraphe 83.28(10) accorde à la personne visée par une telle ordonnance l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée dans le cadre de poursuites criminelles³⁴⁵.

La Cour a réitéré ici le fait qu'il soit nécessaire d'établir un équilibre, comme dans bien d'autres domaines du droit, entre le principe interdisant l'auto-incrimination et l'intérêt qu'a l'État à enquêter sur des infractions surtout lorsque celles-ci touchent la sécurité du Canada³⁴⁶. La majorité de la Cour a également conclu que l'article 83.28 n'allait pas à l'encontre des principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires établis dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et garantis par l'alinéa 11d) de la *Charte* (alinéa qui ne s'appliquait pas en l'espèce étant donné que la personne désignée

³⁴² *Ibid.* au para. 6.

³⁴³ 337 U.S. 1 (1949) à la p. 37 ; *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, *ibid.* Voir toutefois à ce sujet les propos du juge Binnie, dissident, *ibid.* au para. 113, qui a opposé à cette citation des juges Arbour et Iacobucci l'observation formulée par le juge Douglas, au nom des juges majoritaires de la Cour suprême des États-Unis dans *Terminiello*, selon laquelle « le maintien des droits constitutionnels, en période de malaise national, est "l'un des principaux traits" qui distingue une démocratie libérale des "régimes totalitaires" ».

³⁴⁴ *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, *ibid.* au para. 66.

³⁴⁵ *Ibid.* au para. 69 (« l'immunité contre l'utilisation de la preuve empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer soit utilisé directement contre lui dans une instance ultérieure. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer serve à obtenir d'autres éléments de preuve, sauf si ces éléments de preuve peuvent être découverts par d'autres moyens » au para. 71). Cependant, pour satisfaire aux exigences de l'article 7, les Juges Iacobucci et Arbour ont conclu qu'il fallait étendre ces garanties procédurales aussi aux procédures d'extradition ou d'expulsion.

³⁴⁶ *Ibid.* au para. 78.

n'était pas inculpée)³⁴⁷. À cet égard, les juges dissidents Lebel et Fish ont plutôt conclu que l'article 83.28 devait être déclaré inconstitutionnel, violant de manière injustifiée l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire en demandant aux juges de présider des investigations policières qui relèvent de l'exercice du pouvoir exécutif³⁴⁸. De leur avis, ceci « ne peut qu'entraîner chez la personne raisonnable et bien informée une perception que les juges sont devenus alliés du pouvoir exécutif »³⁴⁹.

Ainsi, selon les juges Lebel et Fish, la mise en œuvre de l'article 83.28, qui entraîne une perception de non-séparation des pouvoirs exécutifs et judiciaires risquant, dès lors, d'entraîner la perte de la confiance du public dans le système de justice canadien, ne serait pas justifiée par les tensions et les craintes que suscite la montée du terrorisme³⁵⁰. Ils ont également conclu, avec l'appui du juge Binnie, que le recours en l'espèce à la procédure prévue par l'article 83.28 au milieu du procès *Air India* était inéquitable pour les accusés Malki et Bagri. En effet, elle constituait un abus de procédure en visant, en partie, un objectif inapproprié, à savoir étoffer la preuve à charge dans le procès *Air India* en faisant subir, au milieu du procès, à un témoin peu coopératif (autant pour la poursuite que pour la défense), un interrogatoire devant un autre juge que le juge du procès³⁵¹. Le juge Binnie résume ainsi cette question : « à quel moment, s'il y a lieu, les principes [fondamentaux de justice] doivent-ils céder le pas à l'opportunisme de la "guerre contre le terrorisme" ? »³⁵².

Enfin, dans l'affaire connexe *Re Vancouver Sun*³⁵³, la Cour suprême a conclu majoritairement que la présomption en faveur de la publicité des procédures judiciaires s'appliquait à la conduite des audiences d'investigation et qu'il incombe au ministère public de réfuter cette présomption conformément au critère de *Dagenais/Mentuck*³⁵⁴. En effet, les juges majoritaires ont jugé que l'exercice du pouvoir discrétionnaire, qui permet aux juges d'imposer des modalités quant au déroulement de l'investigation prévue à

³⁴⁷ *Ibid.* aux para. 81, 89, 91.

³⁴⁸ *Ibid.* au para. 180, juge Lebel, juge Fish, dissident (« la fonction du juge, en vertu de l'art. 83.28, ne s'apparente à aucun autre rôle habituel du pouvoir judiciaire [...]. Il participe à l'enquête policière, qu'il facilite, sans détenir un pouvoir réel d'agir à titre d'arbitre neutre » au para. 187).

³⁴⁹ *Ibid.* au para. 180.

³⁵⁰ *Ibid.* au para. 191.

³⁵¹ *Ibid.*, juge Lebel, juge Fish, juge Binnie, dissident, aux para. 138, 141, 169.

³⁵² *Ibid.* au para. 126. Notons ici l'utilisation par un juge de la Cour suprême de la notion problématique en droit international de « guerre contre le terrorisme » (voir à ce sujet la section 1.4 ci-dessus).

³⁵³ *Vancouver Sun (Re)*, *supra* note 149.

³⁵⁴ *Ibid.* au para. 28 (« la Cour a élaboré le critère souple des arrêts *Dagenais/Mentuck* afin de pondérer la liberté d'expression avec d'autres droits et intérêts » des parties et du public, notamment ses effets sur l'efficacité de l'administration de la justice).

l'alinéa 83.28(5)e), constituait le meilleur moyen en l'espèce d'établir un juste équilibre entre la confidentialité due aux impératifs de l'enquête, en raison de la nature même de l'investigation judiciaire reliée au terrorisme et à la protection de la sécurité nationale, et le principe de la publicité des procédures judiciaires³⁵⁵. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, les juges devaient rejeter la présomption que les investigations doivent se tenir dans le secret³⁵⁶.

La majorité de la Cour a effectivement conclu qu'il ne fallait pas modifier à la légère le principe de la publicité des débats en justice, pierre angulaire de la *common law*, qui est nécessaire au maintien de l'indépendance, de l'impartialité et de l'intégrité des tribunaux et des procédures judiciaires³⁵⁷. Il est intéressant de noter que, dans le cadre de l'analyse de l'objet et de la portée de l'article 83.28 (devant être interprété et appliqué selon le préambule de la *LAT*), la Cour suprême a insisté sur le fait qu'il ne fallait pas perdre de vue les objectifs particuliers de cette mesure législative, à savoir la prévention et la punition des infractions de terrorisme malgré la réalité de la menace terroriste « au lendemain d'événements d'envergure mondiale comme ceux survenus aux États-Unis »³⁵⁸. La Cour a ainsi rappelé aux tribunaux qu'ils ne devaient pas se laisser influencer par une rhétorique issue d'une perception d'urgence ou d'une nouvelle conception, un nouveau paradigme de la sécurité issu des événements du 11 septembre 2001³⁵⁹. Ainsi, la Cour suprême s'éloigne en quelque sorte de la position officielle du gouvernement selon laquelle l'objet général de la *LAT* est la protection de la sécurité nationale, pour interpréter de façon beaucoup plus restrictive la portée de cette loi.

2.3.3 Analyse de la jurisprudence liée au terrorisme en matière d'immigration

Suite à cette analyse de la jurisprudence liée à la *LAT*, nous pouvons donc constater que cette dernière n'est pas complètement « à l'épreuve de la Charte », puisque certaines dispositions ont été jugées inconstitutionnelles. Il est également possible d'affirmer que les tribunaux ont généralement interprété la *LAT* et certaines de ces

³⁵⁵ *Ibid.* au para. 38.

³⁵⁶ Voir toutefois *ibid.* au para. 79 (les juges dissidents Bastraehc et Deschamps ont cependant jugé qu'une telle présomption de publicité rendrait l'audience inefficace comme un outil d'enquête. « Par conséquent, dans le cas des investigations prévues à l'art. 83.28 du *Code criminel*, la présomption de publicité doit céder le pas devant d'autres considérations sérieuses afin que soient préservés les droits des tiers et la bonne administration de la justice »).

³⁵⁷ *Ibid.* au para. 25 (« l'accès du public aux tribunaux assure l'intégrité des procédures judiciaires en démontrant "que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit" »).

³⁵⁸ *Ibid.* aux para. 39-40.

³⁵⁹ *Ibid.*

dispositions plus problématiques étudiées ici (notamment l'ensemble des procédures de non-divulgaration d'information sous l'article 38 de la *LPC*) à travers la notion d'équilibre (ou tension) entre les intérêts de l'État à préserver la sécurité du Canada et les droits et libertés de l'individu, dilemme qui semble inhérent à cette nouvelle « lutte globale contre le terrorisme ». Nous voulons donc en dernier lieu mettre en perspective ces interprétations en abordant la jurisprudence reliée à certaines mesures antiterroristes similaires à la *LAT* prévues par la *LIPR* pour voir s'il est aussi question de cet équilibre entre sécurité nationale et droits et libertés.

Il faut savoir que de 2001 à 2003 le gouvernement Canadien a plutôt invoqué la *LIPR* avec son plus faible niveau de preuve et sa plus grande protection des renseignements secrets contre les suspects terroristes détenus en vertu de certificats de sécurité³⁶⁰. De tels certificats attestent ainsi qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire, pour divers motifs sécuritaires, y compris en lien avec des activités terroristes. Un certificat de sécurité entraîne alors la détention de la personne désignée et devient par la suite une mesure de renvoi qui est sans appel et peut être exécutée immédiatement si ce certificat est considéré « raisonnable » par un juge de la Cour fédérale³⁶¹. Nous avons donc ici étudié plus en détail deux objections de nature constitutionnelles présentées devant la Cour suprême³⁶² et la Cour d'appel fédérale³⁶³ par Adil Charkaoui, résident permanent canadien arrêté et mis en détention pour être libéré sous caution en 2005³⁶⁴, lors de la tenue de l'audience sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité émis contre lui conformément au paragraphe 77(1) de la *LIPR*³⁶⁵.

Ainsi, face à la première objection concernant la validité constitutionnelle des dispositions de la *LIPR* sur l'arrestation, la détention, la révision de celle-ci et la révision du certificat (articles 33, 77 à 85 *LIPR*), la Cour suprême a donné partiellement raison à Charkaoui en déclarant inopérantes, puisqu'incompatibles avec les articles 7, 9 et 10(c)

³⁶⁰ Roach, « A Charter Reality Check », *supra* note 214 à la p. 738.

³⁶¹ *LIPR*, *supra* note 237, art. 81, 82-84.

³⁶² *Charkaoui*, CSC 2007, *supra* note 150.

³⁶³ *Charkaoui*, CAF 2007, *supra* note 150.

³⁶⁴ Voir *Re Charkaoui*, 2005 CF 1670, [2006] 3 C.F. 325 au para.1, juge Noël, conf. par 2007 CAF 80, 280 D.L.R. (4^e) 736, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31992 (18 septembre 2008) [*Charkaoui*, CF 2005] (on reproche entre autres à Adil Charkaoui d'être membre du réseau terroriste Al-Qaïda et « qu'à ce titre, il s'est livré, se livre ou se livrera au terrorisme et qu'en conséquence, M. Charkaoui a constitué, constitue ou constituera un danger pour la sécurité du Canada »).

³⁶⁵ *LIPR*, *supra* note 237, art. 77(1) (la Cour fédérale devrait déclarer prochainement, soit en septembre 2009, non raisonnable selon les dispositions de l'article 80 de la *LIPR*, le certificat d'interdiction de territoire émis contre Charkaoui vu l'admission du gouvernement fédéral en juillet dernier que le contenu du dossier Charkaoui était insuffisant pour rencontrer leur fardeau de preuve). Voir à ce sujet Coalition Justice for Adil Charkaoui, « Update and Call for Solidarity » (22 août 2009), en ligne: CJAC <<http://www.adilinfo.org/en>>).

de la *Charte canadienne*, les dispositions de la *LIPR* relatives à la procédure d’approbation des certificats et de contrôle de détention³⁶⁶. Plus particulièrement, l’alinéa 78g) du régime de la *LIPR* qui « autorise l’utilisation d’éléments de preuves qui ne sont jamais communiqués à la personne désignée, sans établir de mesures adéquates pour pallier cette absence de communication et pour résoudre les problèmes constitutionnels qui en découlent » enfreint les principes de justice fondamentale visés à l’article 7 de la *Charte* et n’a pas été justifié en application de l’article premier³⁶⁷. De l’avis de la Cour, bien que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel (le Canada étant un importateur net de renseignements sur la sécurité³⁶⁸) et que la non-communication d’éléments de preuve dans le cadre d’une audition sur un certificat en lien avec des activités terroristes ait un lien rationnel avec cet objectif, la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte au droit d’une personne à une décision judiciaire fondée sur les faits et sur le droit, et à son droit de connaître la preuve qui pèse contre elle et d’y répondre³⁶⁹.

Dans le cadre de cette affaire, la Cour fait d’ailleurs le parallèle entre d’autres mesures moins attentatoires en lien avec le terrorisme, soit plus particulièrement l’article 38 de la *LPC* qui établirait un « équilibre subtil » entre les impératifs de la sécurité nationale (nécessité de protéger les renseignements confidentiels) et les droits des individus (notamment à une audition équitable lorsque sont en jeu les droits à la liberté et à la sécurité de la personne)³⁷⁰. À cet égard, la Cour suprême a jugé important de rappeler que la tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne face au contre-terrorisme, soit la responsabilité du gouvernement d’assurer la sécurité publique en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu’elle garantit, « ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de sécurité et d’une gouvernance

³⁶⁶ *Charkaoui*, CSC 2007, *supra* note 150 aux para. 138-14 (plus particulièrement, l’alinéa 78g) du régime de la *LIPR* et le paragraphe 84(2) de la *LIPR* qui « nie aux étrangers détenus le droit à une audition dans un bref délai, car il interdit toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivants la confirmation de leur certificat »).

³⁶⁷ *Ibid.* aux para. 65, 139. La Cour a toutefois suspendu la prise d’effet de sa décision pour une période d’un an, afin de permettre au législateur de modifier cette loi, ce qui a été fait à travers le controversé P.L. C-3, *Loi modifiant la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, 2^e sess., 39^e Parl., 2007 (sanctionné le 14 février 2008) qui prévoit, entre autres, la nomination d’un avocat spécial, système déjà utilisé au Royaume-Uni faisant l’objet de certaines critiques notamment du fait que l’avocat ne peut parler à l’accusé une fois qu’il a entendu les informations secrètes. Voir à ce sujet R.-U., H.C. Constitutional Affairs Committee, *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, session 2004-05, 7^e rapport, vol. 1, London, Stationery Office, 2005, au para. 52.

³⁶⁸ Roach, « The Role and Capacities of Courts », *supra* 55 à la p. 37 (« Courts have repeatedly stressed that Canada is a net importer of intelligence and it is likely that this fact affects how often the government attempts to keep information secret. The government may often be attempting to protect the secrets of our allies »).

³⁶⁹ *Charkaoui*, CSC 2007, *supra* note 150 aux para. 68, 87.

³⁷⁰ *Ibid.* au para. 77.

constitutionnelle responsable »³⁷¹. La seconde requête de nature constitutionnelle présentée par Charkaoui qui a fait l'objet d'un jugement de la Cour d'appel fédéral en février 2007 porte essentiellement sur la constitutionnalité du processus de pondération auquel doit se livrer le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en cas de dépôt d'une demande d'examen des risques avec renvoi (ERAR)³⁷². Rappelons que la *LIPR* prévoit qu'une personne visée par un certificat d'interdiction de territoire peut, avant que ne soit prise une décision sur la «raisonnabilité» du certificat émis à son endroit, déposer une demande ERAR qui, si elle est acceptée, permet l'octroi de l'asile et la protection contre le renvoi³⁷³. Ainsi, lorsqu'une telle demande est placée, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration y répond en mettant en balance, d'une part, la possibilité d'un renvoi vers un pays où il y a risque de torture et, d'autre part, le danger à la sécurité nationale que pose la personne visée par le certificat³⁷⁴.

Charkaoui a donc porté en appel le jugement de la Cour fédérale³⁷⁵ qui, s'appuyant sur l'arrêt *Suresh*, affirmait la validité constitutionnelle d'un tel processus de pondération et rejetait l'argument à l'effet que ces dispositions de la *LIPR* soient invalidées par l'adhésion du Canada à certaines conventions internationales, notamment la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* (dont l'article 3 interdit un tel renvoi)³⁷⁶. Devant la Cour fédérale d'appel, Charkaoui s'est appuyé sur l'affaire *De Guzman*³⁷⁷, rendue par cette Cour après la décision du juge Noël, pour demander au tribunal de distinguer l'espèce de l'arrêt *Suresh*, arguant que les conclusions de cet arrêt ne pouvaient s'appliquer au processus de pondération prévue par la *LIPR* du fait notamment de l'existence de l'article 3 (3)f qui prévoit que la loi sera interprétée de manière à « se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire »³⁷⁸. La Cour d'appel fédérale a toutefois rejeté l'appel sur le point que les conclusions qu'elle a

³⁷¹ *Ibid.* au para. 1.

³⁷² *Charkaoui*, CAF 2007, *supra* note 150.

³⁷³ *LIPR*, *supra* note 237, art. 80-81.

³⁷⁴ *Ibid.*, art. 97, 112, 113(d) (ii), 115(2) (ainsi, conformément à la loi canadienne les autorités peuvent exécuter des mesures de renvoi même si la personne visée par celles-ci fait face à un risque important de torture lorsqu'à l'issue d'un examen des risques pour l'État et pour l'individu, le risque pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui l'emporte).

³⁷⁵ Voir *Charkaoui*, CF 2005, juge Noël, *supra* note 364.

³⁷⁶ 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85, R.T. Can. 1987 no 6 36, article 3 (entrée en vigueur : 26 juin 1987) [*Convention contre la torture*]; *Charkaoui*, *ibid.* au para. 44.

³⁷⁷ *De Guzman c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655 au para. 83, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, no 31333 (22 juin 2006) [*De Guzman*] (dans cette affaire, la Cour a déterminé que « [l]a *LIPR* [devait] être interprétée et mise en œuvre d'une manière compatible avec les instruments [internationaux] visés à l'alinéa 3(3)f) [*LIPR*], à moins que ce ne soit impossible selon l'approche moderne de l'interprétation législative »).

³⁷⁸ *Charkaoui*, CAF 2007, *supra* note 150 au para.12; *LIPR*, *supra* note 237, art. 3(3) f).

tirées dans l'affaire *De Guzman* étaient compatibles avec les propos du juge Noël notamment en ce qui a trait à l'interprétation de l'article 3(3)f), en tant que disposition générale et interprétative n'ayant pas pour effet de faire pénétrer le droit international en droit interne, et qu'ainsi aucune erreur n'avait été commise en première instance³⁷⁹.

L'arrêt *Suresh*, mettant en cause l'alinéa 53(1)b) de l'ancienne *Loi sur l'Immigration*³⁸⁰ eu égard à l'article 7 de la *Charte* et duquel Charkaoui cherchait à se distinguer, représente de façon plus générale la première réponse de la Cour suprême face à la lutte du gouvernement canadien contre le terrorisme³⁸¹. La Cour était effectivement saisie en l'espèce d'un pourvoi contre une décision de la Cour d'appel fédérale confirmant le jugement de la Section de première instance en faveur de la décision de la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ordonnant la déportation de l'appelant, Manickavasagam Suresh, malgré le risque de torture auquel ce dernier serait soumis en retournant dans son pays d'origine. Suresh, un réfugié en provenance du Sri Lanka, représentait effectivement selon la ministre un « danger pour la sécurité du Canada » en vertu de l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*, puisqu'il était membre des LTTE (Tigres Tamoul) une organisation qualifiée de « terroriste ». Il était donc demandé à la Cour, dans cet arrêt, d'examiner la constitutionnalité des conditions et procédures d'expulsion conformément à la *Loi sur l'immigration*, ainsi que de déterminer le standard de contrôle judiciaire approprié pour l'examen des décisions ministérielles en vertu de cet alinéa. En effet, l'article 53 (1) b) autorisait le ou la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à expulser un réfugié au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés*³⁸² pour des raisons de sécurité même lorsque « sa vie ou sa liberté » étaient menacées par le renvoi³⁸³.

Dans cette affaire, la Cour a tenu à préciser que « ce serait une victoire à la Pyrrhus que de vaincre le terrorisme au prix de notre adhésion aux valeurs jugées fondamentales par notre société démocratique -- liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale »³⁸⁴. À cet égard, la Cour a conclu que l'expulsion d'un réfugié vers un

³⁷⁹ *Charkaoui, ibid.* aux para. 13, 15, 19 (la demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême a par ailleurs été rejetée le 18 septembre 2008).

³⁸⁰ L.R.C. 1985, c. I-2, art. 53 (1) b).

³⁸¹ Roach, « The Role and Capacities of Courts », *supra* note 55 aux pp. 43-44.

³⁸² 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U 137, R.T. Can. 1969 no 6.

³⁸³ *Loi sur l'Immigration, supra* note 380, art. 53 (1) b). Voir aussi *Suresh, supra* note 150 au para. 106 (« relativement à l'expulsion impliquant un risque de torture, l'art. 53 oblige la ministre à soupeser différents facteurs liés, d'une part, à la sécurité nationale et, d'autre part, à l'équité du processus envers le réfugié au sens de la Convention »).

³⁸⁴ *Suresh, supra* note 150 au para. 4.

pays où il court un risque sérieux de torture porte généralement atteinte aux droits garantis par l'article 7 de la *Charte* et que certaines des procédures suivies dans le cas de l'appelant n'étaient pas conformes aux normes constitutionnelles applicables³⁸⁵. En conséquence, la Cour a estimé que Suresh avait droit à la tenue d'une nouvelle audience relativement à son expulsion.

Toutefois, la Cour est également arrivée à la conclusion que la procédure d'expulsion établie par *Loi sur l'immigration* et contestée par l'appelant était constitutionnelle lorsqu'appliquée régulièrement, laissant ainsi au Parlement « la latitude voulue pour adopter de nouvelles dispositions législatives et mettre au point d'autres stratégies à l'égard du problème urgent que constitue le terrorisme »³⁸⁶. À cet égard, cette affaire démontre bien la réticence de la Cour suprême à rejeter complètement la possibilité, dans certaines circonstances exceptionnelles, de déporter un non-citoyen soupçonné d'implication terroriste vers un pays utilisant la torture conformément à la *Charte*, que ce soit au terme du processus de pondération entre les risques de torture et l'objectif de sécurité nationale requis par l'article 7 de la *Charte* ou au regard de l'article premier de celle-ci³⁸⁷.

Nous n'excluons pas la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis par l'art. 7 de la *Charte* soit au regard de l'article premier de celle-ci [...]. Dans la mesure où le Canada ne peut expulser une personne lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire qu'elle sera torturée dans le pays de destination, ce n'est pas parce que l'art. 3 de la *Convention contre la torture* limite directement les actions du gouvernement canadien, mais plutôt parce que la prise en compte, dans chaque cas, des principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte* fera généralement obstacle à une expulsion impliquant un risque de torture. Nous pouvons prédire que le résultat du processus de pondération sera rarement favorable à l'expulsion lorsqu'il existe un risque sérieux de torture. Toutefois, comme tout est affaire d'importance relative, il est difficile de prédire avec précision quel sera le résultat³⁸⁸.

³⁸⁵ *Ibid.* au para. 5 (« la ministre a l'obligation d'exercer conformément à la Constitution le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi sur l'immigration. À cette fin, elle doit mettre en balance les facteurs pertinents de l'affaire dont elle est saisie. Au Canada, le résultat de la mise en balance des diverses considérations par la ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'ensuit que, dans la mesure où la Loi sur l'immigration n'écarte pas la possibilité d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture, la ministre doit généralement refuser d'expulser le réfugié lorsque la preuve révèle l'existence d'un risque sérieux de torture » au para. 77).

³⁸⁶ *Ibid.* au para. 5.

³⁸⁷ *Ibid.* au para. 47 (« pour décider si une expulsion impliquant un risque de torture viole les principes de justice fondamentale, il faut mettre en balance l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme d'une part, et le droit d'un réfugié au sens de la Convention de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture d'autre part. Le Canada a un intérêt à la fois légitime et impérieux à lutter contre le terrorisme. Mais notre pays adhère également aux principes de justice fondamentale»). Voir aussi David J. Mullan, «Deference from *Baker* to *Suresh* and Beyond- Interpreting the Conflicting Signals » dans David Dyzenhaus, dir., *The Unity of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 21 à la p. 56 [Mullan, «Deference from *Baker* to *Suresh*»] (« in *Suresh* the Court goes on to accept that the principles of fundamental justice in this instance require a balancing of the extent to which Suresh is a danger for the security of Canada against the prospects for his subjection to torture. In even allowing that the principles of fundamental justice permit such balancing exercise, the court has flown in the face of Canada's international obligation »).

³⁸⁸ *Suresh, ibid.* au para. 78.

Ainsi, même si la Cour a reconnu dans cette affaire qu'il existe, en droit international, une interdiction absolue d'expulsion d'une personne vers un pays où elle risque la torture, elle a jugé que pour définir l'étendue des droits de la personne en vertu de la *Charte*, la démarche qu'il convient d'appliquer n'est pas de considérer que l'expulsion n'est jamais possible, mais plutôt de pondérer les intérêts de l'État en matière de sécurité nationale par rapport aux intérêts individuels³⁸⁹.

La Cour suprême a d'ailleurs appliqué le cadre analytique établi dans *Suresh* aux faits de l'affaire *Ahani*³⁹⁰. En l'espèce, la Cour a maintenu la décision de déporter Mansour Ahani, réfugié iranien soupçonné d'implication terroriste, malgré les risques de torture allégués par ce dernier à son retour dans son pays d'origine. La Cour est effectivement arrivée à la conclusion qu'Ahani n'avait pas droit à la tenue d'une nouvelle audience relativement à son expulsion, puisqu'il n'avait pas satisfait à la norme de preuve applicable pour bénéficier de la protection prévue à l'article 7 de la *Charte* et que la ministre avait accordé, contrairement à l'affaire *Suresh*, des garanties procédurales adéquates³⁹¹. La Cour a d'ailleurs indiqué que les tribunaux ne devraient renverser la décision du ministre au fait que (1) la personne constitue un danger pour la sécurité du Canada et (2) s'expose à un risque sérieux de torture si elle est expulsée, seulement si cette décision était manifestement déraisonnable, ce qui n'était pas le cas en l'espèce³⁹². La Cour d'appel de l'Ontario, tributaire de la tradition dualiste canadienne, a par la suite refusé d'accorder la suspension de la déportation de M. Ahani jusqu'à ce que sa demande ait été examinée par le CCPR en vertu du *Protocole facultatif se rapportant au PIDCP*³⁹³.

³⁸⁹ *Ibid.* aux para. 58, 62, 76-78. Voir aussi Mullan, «Deference from *Baker* to *Suresh*», *supra* note 387 à la p. 45 (« the Court held that the principles of fundamental justice as informed by the treaty [Convention Against Torture] and the emerging peremptory norm did not require an absolute prohibition on deportation to torture but only that the power to deport be exercised sparingly. Why that is so is justified only by the broadest of references to national security concerns. The Convention and international law only «inform», but do not settle the contents of the principles of fundamental justice »).

³⁹⁰ *Ahani*, C.S.C., *supra* note 150 au para. 2.

³⁹¹ *Ibid.* (« l'appelant n'a pas établi *prima facie* qu'il courrait un risque sérieux d'être torturé s'il était expulsé »).

³⁹² *Ibid.* aux para. 18-20 (« pour revenir à la première question, nous sommes d'avis qu'il n'était pas manifestement déraisonnable que la ministre concluc [...] que M. Ahani constitue un danger pour la sécurité du Canada. Nous sommes d'avis que la décision de la ministre est également inattaquable quant à la deuxième question [...] le risque sérieux pour la sécurité du Canada l'emportait sur le risque minime auquel serait exposé l'appelant s'il était renvoyé en Iran »).

³⁹³ 16 décembre 1966, 999R.T.N.U. 171, (ratifié par le Canada le 19 mai 1976) [*Protocole facultatif*] : voir *Ahani*, C.A., *supra* note 150 autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29058 (16 mai 2002) aux para. 31-33, 41 (« even if Ahani's s. 7 rights are at stake, no principle of fundamental justice entitles him to remain in Canada until his communication is considered by the Committee [...]. To give effect to Ahani's position [...] would convert a non-binding request, in a Protocol which has never been part of Canadian law, into a binding obligation enforceable in Canada by a Canadian court[...]. Respectfully, I find that an untenable result [...] Ahani thus has no basis in domestic law and no basis in international law to ask a Canadian court to prevent his deportation. His right to remain in Canada ended with the Supreme Court of Canada's decision »).

2.3.4 Analyse de la jurisprudence internationale

L'affaire *Suresh* a également été l'objet d'un recours devant la CIDH qui, bien que n'ayant pas à ce jour statué sur le fond du recours, a déclaré recevable la requête de M. Manickavasagam Suresh contre le gouvernement canadien sur les questions de la détention arbitraire alléguée, du manque d'accès à une procédure simple et brève devant les tribunaux pour assurer le respect de ses droits, et du droit allégué à l'égalité avec les citoyens canadiens en ce qui concerne la jouissance de sa liberté³⁹⁴. La CIDH avait également fait part en 2000 de certaines inquiétudes vis-à-vis du régime canadien de certificat de sécurité concernant notamment l'absence de procédures d'appel³⁹⁵.

Enfin, dans *Ahani c. Canada*, le CCPR s'est à son tour penché sur la question des droits procéduraux des étrangers visés par des procédures d'expulsion pour des motifs de sécurité nationale³⁹⁶. Le CCPR a ainsi conclu que la procédure qui a abouti à l'expulsion d'Ahani avait été irrégulière, les faits constatés par le Comité ayant fait apparaître des violations par le Canada de l'article 9 (4) (droit de recours devant un tribunal statuant sans délai sur la légalité de la détention) et l'article 13 (interdiction d'expulsion d'un étranger légalement sur le territoire d'un État selon une décision non conforme au droit), lus conjointement avec l'article 7 du PIDCP (interdiction de torture) « qui ne souffre d'être mis en balance avec aucune autre considération »³⁹⁷. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario³⁹⁸, refusant d'accorder la suspension de la déportation de M. Ahani jusqu'à ce que sa demande ait été examinée par le CCPR en vertu du *Protocole facultatif se*

³⁹⁴ Selon les articles II (droit à l'égalité), XVIII (droit à un procès équitable) et XXV (droit de protection contre les arrestations arbitraires) de la *Déclaration américaine*, *supra* 145. Voir *Suresh c. Canada*, Inter-Am. Comm.H.R., *supra* note 151 aux para. 2, 31.

³⁹⁵ Voir OÉA, Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Report on the Situation of Human rights of Asylum Seekers Within the Canadian Refugee Determination System*, Doc. off. OEA/Ser.LV/II.106 Doc. 40 rev (2000) (« with respect to the section 40.1 security certificate procedure specifically, the Commission recommends that the State pursue additional steps to assure that additional safeguards are enacted to: (a) provide the detainee with access to judicial review of the legality of the detention without delay; (b) offer access to periodic detention review at reasonable intervals; (c) to assure that adequate procedures are in place to protect such persons against return where this would expose them to a serious risk of inhuman treatment or torture; and, (d), with respect to the right to due process specifically, that the person named in the certificate has the ability to know the case he or she must meet, and to enjoy the minimum procedural guarantees necessary to ensure the reliability of the evidence taken into account »).

³⁹⁶ CCPR, *Communication No. 1051/2002 : Canada*, *supra* note 151.

³⁹⁷ *Ibid.* aux para. 10-11 (« dans le cas de l'auteur, sa détention obligatoire jusqu'à l'achèvement de la procédure concernant le « caractère raisonnable » de l'attestation a néanmoins duré quatre ans et dix mois [...]. Ce délai est à lui seul, de l'avis du Comité, trop long eu égard aux prescriptions du Pacte selon lequel il doit être statué sans délai sur la légalité d'une détention. En conséquence, il y a eu violation des droits de l'auteur en vertu du paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte. De l'avis du Comité, en ne donnant pas à l'auteur les garanties de procédure accordées au plaignant dans l'affaire *Suresh*, au motif qu'il n'avait pas montré qu'il courait un risque, l'État partie a enfreint les dispositions de l'article 13 en vertu desquelles il était tenu d'autoriser l'auteur à faire valoir les raisons militant contre son expulsion compte tenu des griefs retenus contre lui par les autorités administratives et à faire réexaminer entièrement son cas par une autorité compétente, ce qui impliquait de lui donner la possibilité de faire des observations sur les documents présentés à cette autorité. Le Comité estime donc qu'il y a violation de l'article 13 du Pacte, lu conjointement avec l'article 7 » aux para. 10.3, 10.8).

³⁹⁸ *Ahani, C.A.*, *supra* note 150.

rapportant au PIDCP, a aussi été grandement critiquée par cet organe. En effet, le CCPR avait demandé au Canada par le biais de « mesures provisoires » en application de l'article 86 de son règlement intérieur³⁹⁹ « de s'abstenir de procéder à l'expulsion jusqu'à ce que le Comité ait eu la possibilité d'examiner les allégations de l'auteur, en particulier lorsque celui-ci affirme qu'il risque la torture, d'autres traitements inhumains, voire la mort, s'il est expulsé »⁴⁰⁰.

Faisant écho aux critiques du CCPR, le Comité contre la torture (CAT) des NU a indiqué au Canada en 2005 qu'il devait « respecter le caractère absolu de l'article 3 [de la *Convention contre la torture* interdisant l'expulsion, le refoulement ou l'extradition d'une personne vers un autre État où elle risque la torture] en toutes circonstances » et l'intégrer pleinement en droit interne, que la personne mise en cause fasse ou non peser un risque pour la sécurité⁴⁰¹. On ne peut effectivement invoquer les nécessités de la lutte contre le terrorisme ou un quelconque principe sécuritaire face à l'interdiction absolue de la torture, reconnue comme normes impératives de droit international (*jus cogens*)⁴⁰², imposant à l'État non seulement de s'abstenir de commettre lui-même la torture, mais aussi de prendre avec diligence les mesures voulues pour éviter qu'un individu en situation de risque soit soumis à un tel traitement dans un État tiers⁴⁰³. Pourtant, dans ces deux affaires, la Cour suprême du Canada a indiqué sa volonté d'introduire des notions d'équilibre et de proportionnalité face à ce droit. D'ailleurs, tel que l'a reconnu elle-même la Cour suprême, les conséquences possibles d'un renvoi combinées à des allégations de terrorisme sont cruellement ressorties dans le rapport récent de la Commission Arar⁴⁰⁴. Maher Arar, citoyen canadien né en Syrie, a effectivement été détenu par les autorités

³⁹⁹ Comité des droits de l'homme, *Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme*, Doc. off. CCPR, 2001, Doc. NU CCPR/C/3/Rev.6, 24 avril 2001, art. 86.

⁴⁰⁰ CCPR, *Communication No. 1051/2002 : Canada*, *supra* note 151 aux para. 1.2 (« le Comité constate, dans les circonstances de l'espèce, que l'État partie a manqué à ses obligations en vertu du Protocole facultatif en expulsant l'auteur avant qu'il ait pu examiner son grief d'atteinte irréparable aux droits consacrés dans le Pacte » au para 8.1)

⁴⁰¹ Comité contre la torture, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada. 07/07/2005*, Doc. off. CAT, 31^e sess., Doc. NU CAT/C/CR/34/CAN (2005) recommandation 5 a).

⁴⁰² *Convention de Vienne*, 1969, *supra* note 194, art. 53 (« une norme impérative de droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère »).

⁴⁰³ CCPR, *Communication No. 1051/2002 : Canada*, *supra* note 151 aux para 10.7, 10.10; Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international 53^e session: Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs*, Doc. off. AG NU, 56^e sess., supp. no 10, Doc. NU A/56/10 (2001) 61 à la p. 222 (« l'état de nécessité ne peut excuser la violation d'une norme impérative [...]. Les normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture [...] » aux para. 4-5). Voir à ce sujet *Prosecutor v. Anto Furundzija* (1998), Affaire no IT-95-17/1-T (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1^{er} instance) au para 153 reconnaissant l'interdiction de la torture comme règle de *jus cogens*.

⁴⁰⁴ *Charkaoui*, CSC 2007, *supra* note 150 au para. 26 ; voir aussi Julian N. Falconer et Sunil S. Mathai, «The Anti-Terrorism Act and the Arar Findings: Democracy Protected or Democracy Eroded?» (2006) 21 N.J.C.L. 49.

américaines et expulsé vers la Syrie où il a été torturé et détenu durant 11 mois⁴⁰⁵. Le rapport a conclu qu'en « prenant les décisions de détenir M. Arar puis de le renvoyer en Syrie, les autorités américaines se sont très probablement appuyées sur l'information concernant M. Arar que leur avait fournie la GRC », notamment des soupçons non fondés reliant M. Arar à des groupes terroristes⁴⁰⁶. Dans son rapport, le commissaire O'Connor a d'ailleurs recommandé un renforcement des mécanismes d'examen et de reddition de compte pour les organismes menant des activités reliées à la sécurité nationale, ce qui inclut non seulement la GRC mais aussi Citoyenneté et Immigration Canada⁴⁰⁷. En effet, selon O'Connor, ces organismes peuvent avoir une forte incidence sur les droits individuels, mais manquent de transparence dans leurs activités, celles-ci impliquant souvent des renseignements sensibles touchant la sécurité nationale qui ne peuvent être rendus publics⁴⁰⁸.

2.4 Conclusion

Il est donc possible de constater que l'approche adoptée par les hauts tribunaux canadiens, arguant de la nécessité d'atteindre en matière de terrorisme un certain équilibre entre les impératifs de la sécurité nationale et le respect des droits et libertés individuels, ne fait pas l'unanimité au niveau international. Il semble effectivement difficile de réconcilier cette approche avec les avis vus ci-haut de la CIDH, du CCPR et du CAT, notamment en matière de torture (art. 2.3.4). Nous avons donc décidé, au sein du prochain chapitre, d'aborder de façon critique cette notion controversée de l'équilibre entre sécurité et droits humains. Tel que nous le rappelle le juge Binnie de la Cour suprême du Canada, « le risque que comporte la "guerre contre le terrorisme" n'est pas seulement le préjudice réel que les terroristes peuvent nous causer, mais encore ce que la consternation, la colère, l'anticipation, l'opportunisme ou la dramatisation peut nous amener à faire à nos propres institutions juridiques et politiques »⁴⁰⁹. Cette mise en garde est d'autant plus importante qu'en droit canadien, tel que nous venons de le constater à travers cette étude de la jurisprudence, le contenu même des droits et libertés de l'individu varie apparemment selon les vicissitudes du moment. Notamment, les questions de sécurité nationale modèrent le type de procédures exigées par les tribunaux

⁴⁰⁵ Commission Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, supra note 6 à la p. 9 et s.

⁴⁰⁶ Commission Arar, *ibid.* à la p. 32.

⁴⁰⁷ Commission Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen*, supra note 150 aux pp. 623-27.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, supra note 149 au para. 116, juge Binnie, dissident.

dans le cadre constitutionnel des principes fondamentaux de justice visés par l'article 7 de la *Charte* même en dehors de toute analyse de l'article 1 ; « il s'agit essentiellement d'un processus de pondération [entre les intérêts de l'État et de l'individu] dont le résultat peut très bien varier d'une affaire à l'autre, selon les facteurs contextuels mis en balance »⁴¹⁰.

Pourtant, au niveau international, de l'avis notamment de la CIDH et du CCPR, les composantes fondamentales du droit à une procédure régulière (*due process*) et à un procès équitable, tout comme la prohibition de la torture, ne doivent faire l'objet d'une restriction ou d'une dérogation en aucune circonstance⁴¹¹. À cet égard, nous avons donc décidé d'approfondir, au sein du chapitre suivant, la réflexion de la Cour suprême dans l'arrêt *Demande fondée sur l'article 83.28* face aux dangers de qualifier l'objet général de la *LAT* comme étant d'assurer la sécurité nationale, qu'une telle qualification risquerait d'aller trop loin et d'avoir des conséquences dépassant de beaucoup l'intention du législateur⁴¹². Nous nous questionnons effectivement sur ces conséquences et sur l'importance de limiter l'objet général de la *LAT* à la prévention et la punition des infractions de terrorisme. La Cour suprême craint-elle les réactions excessives du gouvernement dans de telles situations (non sans nous rappeler les événements de la Crise d'octobre 1970), sachant que les tribunaux ont tendance à faire preuve de retenue en matière de sécurité nationale?

Ainsi, dans la mesure où la mise en application de la *LAT* a ici été justifiée par le nécessaire équilibre entre les intérêts de l'État face à la protection de la sécurité nationale et les droits de l'individu dans le cadre de poursuites liées au terrorisme, nous abordons au sein du prochain chapitre comment les tribunaux et le gouvernement canadiens définissent cette « sécurité nationale ». Les choses ont-elles changé depuis le 11 septembre 2001, ces attaques ont-elles créé une nouvelle réalité? Nous avons donc voulu, à travers le prochain et dernier chapitre (chap. 3), redéfinir le dilemme du contre-terrorisme, c'est-à-dire cette notion d'équilibre entre sécurité nationale et droits et libertés, par une meilleure détermination des concepts en jeu, plus particulièrement du concept de sécurité.

⁴¹⁰ *Suresh*, *supra* note 149 au para. 45; voir aussi *Grant*, *supra* note 218 à la p. 156 (« there is a difference between balancing the basic tenets of the legal system (the section 7 inquiry) and balancing the values underlying a free and democratic society (the section 1 inquiry) »).

⁴¹¹ CCPR, *Observation générale no 29*, *supra* note 271 au para.16; CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, *supra* note 2 aux pp. 51, 169-72 (ces garanties judiciaires fondamentales comprennent notamment le droit de la personne d'être informée des accusations portées contre elle et le droit d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins opposés).

⁴¹² *Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, *supra* note 149 au para. 39.

CHAPITRE III

LA SÉCURITÉ AU CANADA: LA SÉCURITÉ DE QUI, DE QUOI ?

Ayant déterminé dans le précédent chapitre que certaines dispositions problématiques de la *LAT* et certaines mesures antiterroristes analogues en matière d'immigration ont notamment été interprétées du point de vue judiciaire à travers la notion d'équilibre entre les impératifs de la sécurité nationale et certains droits et libertés individuels, nous critiquerons ici cette position en tentant de redéfinir cette notion d'équilibre par une meilleure détermination des concepts en jeu. Pour ce faire, et gardant en tête la mise en garde de la Cour suprême face aux dangers pour les juges de se laisser influencer par un nouveau paradigme de la sécurité issu des événements du 11 septembre 2001, nous allons d'abord analysé comment ces concepts de sécurité, plus particulièrement de « sécurité nationale » ont été définis en droit canadien, puis au niveau politique pour ensuite comparer ces définitions aux autres conceptualisations contenues au sein des RI. Bien qu'il aurait été intéressant de comparer ces définitions à celles contenues en droit international, dans la mesure où la définition du terme « sécurité nationale » ne fait pas consensus, étant plutôt détaillée au sein d'instruments non contraignants tel que les *Principes de Syracuse* et les *Principes de Johannesburg sur la sécurité nationale, la liberté d'expression et l'accès à l'information*⁴¹³, nous nous sommes restreintes par souci de concision à une analyse interdisciplinaire.

Un important débat entourant la définition des concepts de sécurité et de «sécurité nationale» au Canada sera donc ouvert au sein de ce chapitre. À cet effet, les études de sécurité en RI permettent de mieux cerner ces concepts de sécurité et de « sécurité nationale » qui ont une grande influence dans la « balance » en mettant notamment en lumière l'objet référent de la sécurité (la sécurité de qui ou de quoi?). Plus particulièrement, une remise en question du concept de « sécurité nationale » au Canada à

⁴¹³ Voir la section 3.3, ci-dessus, pour une analyse plus détaillée de la question et de ces instruments.

travers les « études critiques de sécurité » est ici nécessaire, à notre avis, afin d'éviter que cette notion d'équilibre ne soit utilisée abusivement par le gouvernement pour justifier des violations pures et simples des droits et libertés individuels au nom de la préservation d'entités abstraites telles que l'État ou la « société ». Le concept de « sécurité nationale » est effectivement « mis en balance » devant les tribunaux canadiens (voir sect. 2.3) dans le cadre de l'article 7 de la *Charte* pour justifier certaines limites au droit de l'accusé à l'entière divulgation de la preuve retenue contre lui, en application de l'article 38 de la *LPC* (tel que modifié par la *LAT*) et pour justifier en matière d'immigration (*LIPR*) la déportation d'individus soupçonnés de terrorisme même sous risque de torture.

3. 1 Définitions juridiques des concepts de sécurité, « sécurité nationale » au Canada

3.1.1 Définitions législatives

Dans un premier temps, il s'agit donc d'analyser la façon dont les concepts de sécurité, plus particulièrement de « sécurité nationale », sont interprétés et définis en droit canadien notamment en matière de contre-terrorisme. Il est à noter qu'au niveau législatif, le terme « sécurité nationale » ainsi que les termes similaires tels que « sécurité du Canada » sont extrêmement ambigus, n'étant que très rarement défini. En effet, l'expression « sécurité nationale » apparaissant dans plus de 33 lois fédérales n'est seulement définie que dans 27% des cas, omission pourtant importante à la lumière des pouvoirs considérables que ce type de lois confèrent habituellement au gouvernement⁴¹⁴. Le concept de « sécurité nationale » est effectivement un important concept juridique, permettant au gouvernement de se libérer dans certaines circonstances des contraintes auxquelles il ferait autrement face au niveau législatif ou d'élargir la gamme des pouvoirs auxquels il serait par ailleurs limité⁴¹⁵.

En matière de contre-terrorisme, il est à noter que ni la *LPC* ni la *LIPR*, s'appuyant sur les concepts de « sécurité nationale » et de « dangers pour la sécurité du Canada », ne définissent réellement ces termes. Notamment, comme nous avons pu le constater au sein du précédent chapitre (art. 2.2.2), les modifications apportées par la *LAT* à l'article 38 de la *LPC* énoncent des règles limitant l'accès, lors d'instances judiciaires se

⁴¹⁴ Voir à ce sujet Craig Forcese, « Through a Glass Darkly: The Role and Review of "National Security" Concepts in Canadian Law » (2005-2006) 43 *Alta. L. Rev.* 963 à la p. 979 [Forcese, « Through a Glass Darkly »].

⁴¹⁵ Stanley A. Cohen, *Privacy, Crime and Terror*, Markham, LexisNexis Canada Inc., 2005 à la p. 155 [Cohen, *Privacy*] («national security is arguably the most important justification that can be advanced in support of legislation, springing, as it does, from the necessity to safeguard and preserve the very existence of the state and its democratic institutions »).

tenant généralement sur une base *ex parte* et *in camera*, à certains « renseignements potentiellement préjudiciables » et à certains « renseignements sensibles » concernant les affaires internationales, la défense ou la sécurité nationales, sans toutefois définir plus loin ces termes⁴¹⁶. De même, le concept de sécurité n'est pas défini par la *LIPR* qui prévoit, tel que vu ci-haut (art. 2.3.3), l'émission par le gouvernement de certificats entraînant la détention et le renvoi possible de certains non-citoyens pour raison de sécurité⁴¹⁷. La *LIPR* prévoit également la déportation d'un individu constituant un « danger pour la sécurité du Canada », même s'il risque la torture⁴¹⁸.

L'ambiguïté entourant ces concepts octroie alors, de l'avis de Forcese, un important pouvoir discrétionnaire à l'exécutif de définir la « sécurité nationale » comme il le veut, et ce, de manière parfois incohérente ou exagérée⁴¹⁹. Ceci serait particulièrement vrai en matière de contre-terrorisme de l'avis d'auteurs tels que Kent Roach, Sujit Choudhry et Faisal Bhabha, la plupart des législations antiterroristes conférant de très larges pouvoirs discrétionnaires à la police et aux autorités gouvernementales, alors qu'elles utilisent un langage obscur et imprécis⁴²⁰. Pourtant, l'ambiguïté statutaire n'est pas unique au concept de « sécurité nationale » et est habituellement réglée en recourant aux règles d'interprétation des lois⁴²¹. Ainsi, selon Craig Forcese, l'ambiguïté n'est pas une menace, tant que le terme ambigu fait l'objet d'un examen judiciaire poussé. En effet, ces règles d'interprétation ne prescrivent pas de résultat mécanique, les tribunaux pouvant faire preuve de déférence et de retenue face aux interprétations initiales offertes par le gouvernement⁴²².

Dans ces circonstances, la façon dont les tribunaux canadiens ont évalué la légitimité des invocations gouvernementales en matière de sécurité nationale est centrale. Ce concept aurait notamment été utilisé au cours des années par divers États afin de supprimer les libertés publiques telles que les libertés d'expression et les libertés de la presse, ainsi que les mécanismes de contrôle judiciaire protégeant la population contre les

⁴¹⁶ *LPC*, *supra* note 60, art. 38.

⁴¹⁷ *LIPR*, *supra* note 237, art. 77.

⁴¹⁸ *Ibid.*, art. 112 (3), 115 (2).

⁴¹⁹ Forcese, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 aux pp. 979-80.

⁴²⁰ Voir Faisal A. Bhabha, « Tracking Terrorists' or Solidifying Stereotypes - Canada's Anti-Terrorism Act in Light of the Charter's Equality Guarantee » (2003) 16 Windsor Rev. Legal & Soc. Issues 95; Sujit Choudhry et Kent Roach, « Racial and Ethnic Profiling: Statutory Discretion, Constitutional Remedies, and Democratic Accountability » (2003) 41: 1 Osgoode Hall L.J. 1.

⁴²¹ Au sujet de la méthode moderne d'interprétation législative privilégiée par la Cour suprême voir *supra* note 169 et texte correspondant.

⁴²² Forcese, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 à p. 981.

abus du gouvernement⁴²³. Nous nous sommes donc attardées ici à la manière dont les tribunaux canadiens ont défini et interprété les termes de « sécurité nationale » et de « danger pour la sécurité du Canada » mis en balance face aux intérêts de l'individu notamment dans le cadre de l'application de la *LPC* et la *LIPR*. Quelle norme de contrôle judiciaire doit être appliquée en l'espèce à l'exercice du pouvoir décisionnel en matière de sécurité? Les choses ont-elles changé suite aux événements du 11 septembre 2001?

3.1.2 Définitions et normes de contrôle judiciaires applicables en matière de sécurité

Au niveau judiciaire, les freins et contrepoids entourant l'exercice du pouvoir exécutif se présentent sous deux formes : les limitations constitutionnelles et les exigences du droit administratif. Ces deux domaines se sont d'ailleurs développés rapidement au cours des deux dernières décennies, limitant de l'avis de Craig Forcese, l'activité gouvernementale de façon sans précédent au Canada⁴²⁴. Eu égard au droit administratif, la Cour suprême dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*⁴²⁵ et plus récemment dans l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*⁴²⁶ a effectivement ouvert la voie à un plus grand contrôle des décisions discrétionnaires de l'exécutif. Notamment, la Cour suprême dans *Baker* a étendu l'analyse « pragmatique et fonctionnelle »⁴²⁷, servant auparavant seulement au contrôle judiciaire des instances administratives exerçant une fonction juridictionnelle ou quasi judiciaire, au contrôle des éléments de fond des décisions discrétionnaires des autorités publiques en tenant compte « des valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne »⁴²⁸. Jusqu'alors les tribunaux canadiens, ayant développé en matière de

⁴²³ Voir Sandra Coliver, « Commentary on the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information » dans Sandra Coliver *et al.*, dir., *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 11 aux pp. 12-13 (« national security and related concepts [...] are so imprecise that they may be, and frequently have been, invoked by governments to suppress precisely the kinds of speech that provide protection against government abuse »).

⁴²⁴ Forcese, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 à la p. 964.

⁴²⁵ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 174 D.L.R. (4^e) 193 au para. 65 [*Baker*] (dans cette affaire la Cour suprême a établi pour la première fois dans un pays de *common law* une obligation générale pour un décideur administratif de motiver une décision discrétionnaire touchant des intérêts importants de l'individu, le décideur devant démontrer qu'un poids approprié a été donné à ces intérêts). Toutefois, selon Suzanne Comtois, *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle: Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2003 à la p. 86 (« il serait exagéré, voire erroné, d'interpréter le passage de Baker où il est questions de l'importance accordée à certains facteurs comme autorisant le juge à substituer sa propre pondération de la preuve à celle du ministre »).

⁴²⁶ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 [*Dunsmuir*].

⁴²⁷ Voir à ce sujet *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 aux para. 29-38 [*Pushpanathan*] (selon la Cour suprême, pour déterminer le degré de retenue à étendre au décideur administratif dans le cadre de ce type d'analyse, on doit prendre en compte le texte de la loi et un certain nombre de facteurs, au nombre de quatre: (1) la présence ou l'absence d'une disposition excluant le droit d'appel (mécanismes de contrôle), (2) l'expertise relative du décideur, (3) l'objet de la disposition en cause et de la loi dans son ensemble et (4) la nature du problème).

⁴²⁸ *Baker*, *supra* note 425 au para. 55, 70.

droit administratif une politique de déférence judiciaire⁴²⁹, n'intervenaient de manière générale, lorsque la décision exécutive était de nature discrétionnaire, seulement qu'en réponse à un *excès de discrétion* ou « abus de pouvoir »⁴³⁰.

En 2008, la Cour suprême revisitant cette démarche « pragmatique et fonctionnelle » face à la question du contrôle judiciaire d'une décision arbitrale dans l'affaire *Dunsmuir*, a par la suite rebaptisé cette approche « analyse relative à la norme de contrôle » et fondu en une seule les deux normes de contrôle de raisonabilité (« raisonnable *simpliciter*» et « manifestement déraisonnable »)⁴³¹. En effet, depuis *Baker*, le degré de déférence judiciaire accordé à toutes décisions administratives qu'elles soient ou non juridictionnelles était mesuré sur un spectre en trois points allant de la norme de déférence la plus faible de la « décision correcte », à la norme intermédiaire de « raisonnable *simpliciter* », à la norme maximale de déférence de la décision « manifestement déraisonnable »⁴³². Avec *Dunsmuir*, il en résulte plutôt « un mécanisme de contrôle judiciaire emportant l'application de deux normes — celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable »⁴³³. Comme l'une des extrémités du spectre produit par ce test est de faible déférence (la norme de la « décision correcte »⁴³⁴), en théorie l'affaire *Dunsmuir* et son prédécesseur l'affaire *Baker* démontrent une évolution vers un contrôle judiciaire plus exigeant des décisions discrétionnaires de l'exécutif auparavant seulement contestable sur les motifs d'abus de discrétion fondés sur la notion d'*ultra vires*. La cour dispose effectivement d'une plus grande latitude pour décider du degré de contrôle judiciaire approprié à chaque cas.

⁴²⁹ Voir Stéphane Rochette, *La norme de contrôle judiciaire : Synthèse et recueil d'arrêts*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007 à la p. 3 (« ce terme [déférence] signifie qu'en contentieux administratif, avant qu'une cour de justice examine les motifs d'une décision contestée, elle doit se questionner sur le degré de respect que mérite cette décision »).

⁴³⁰ *Baker*, *supra* note 425 au para. 53 [*Baker*] (« le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément des décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le principe est qu'on ne peut exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires que pour des motifs limités, comme la mauvaise foi des décideurs, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect et l'utilisation de considérations non pertinentes »).

⁴³¹ *Dunsmuir*, *supra* note 426 au para. 51 (la Cour suprême arguant qu'une telle démarche emporte l'application d'un trop grand nombre de normes de contrôle et offre peu de repères concrets a effectivement conclu qu'il fallait simplifier cette dernière. Toutefois, « l'application d'une seule norme de raisonabilité n'ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire [...] ». La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit [...]. La déférence inhérente à la norme de la raisonabilité implique donc que la cour de révision tienne dûment compte des conclusions du décideur » aux para. 48-49).

⁴³² Rochette, *supra* note 429 à la p. 4.

⁴³³ *Dunsmuir*, *supra* note 426 au para. 45. Il est à présumer, bien que la Cour n'aborde pas cette question, que le contrôle judiciaire des « décisions administratives discrétionnaires » obéira aux nouvelles règles édictées par cet arrêt. Voir à ce sujet Jean-Pierre Villaggi, « La justice administrative » dans Christian Brunelle *et al.*, dir., *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 127 à la p. 130.

⁴³⁴ Voir Denis Lemieux, « La nature et la portée du contrôle judiciaire » dans Brunelle *et al.*, *ibid.*, 181 à la p. 207 (« la première norme de contrôle est celle de la décision correcte. La cour ne manifeste ici aucune déférence judiciaire. Elle pourra donc substituer sa propre interprétation du droit à celle retenue par l'auteur de la décision contestée »).

Toutefois, la question demeure de savoir si les activités et décisions du gouvernement en matière de sécurité sont également touchées par ces développements. En d'autres mots, « is national security a *carte blanche* for government authority, one that constitutes a de facto notwithstanding provision effectively negating application of both constitutional and administrative legal principles? »⁴³⁵. En effet, les tribunaux canadiens, se basant sur une vision classique de la séparation des pouvoirs, ont traditionnellement octroyé un plus large pouvoir discrétionnaire au gouvernement lié à la prérogative constitutionnelle de la Couronne en matière de « politiques de haute importance » (*high politics*), c'est-à-dire en matière de politique étrangère, de défense et de sécurité nationales⁴³⁶. Notamment, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, la Cour suprême a reconnu le caractère absolu, invoqué dans l'intérêt de la sécurité nationale, du privilège de la Couronne (*Crown privilege*) en *common law* de non-divulgence de documents « préjudiciables aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales », codifié à l'époque par l'article 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*⁴³⁷.

Depuis l'arrêt *Carey c. Ontario* en 1986, il a par contre été établi par la Cour suprême qu'en *common law*, les cours de justice se réservent l'ultime autorité sur une revendication du privilège exécutif de non-divulgence, même en matière de sécurité nationale⁴³⁸. D'ailleurs, suite à l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, la Cour suprême a précisé dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. Canada*, que les décisions du cabinet concernant la sécurité, la défense nationale et les affaires extérieures étaient assujetties au contrôle judiciaire en vertu de l'alinéa 32(1)a) de la *Charte*, le gouvernement canadien ayant l'obligation générale d'agir conformément à ces préceptes⁴³⁹. Ainsi, depuis l'adoption de la *Charte*, le contrôle judiciaire des questions de

⁴³⁵ Forcese, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 à la p. 964.

⁴³⁶ David Dyzenhaus, « Baker: The Unity of Public Law? » dans Dyzenhaus, *supra* note 387, 1 à la p. 2 [Dyzenhaus, « Baker »] (« discretionary powers [in matters pertaining to national security] are direct descendants of what were once considered to be unreviewable or unjusticiable executive prerogatives »).

⁴³⁷ S.R.C., 1970 (2^e supp.), c. 10, art. 41(2). Voir *Commission des droits de la personne*, CS *supra* note 152 au para. 23 (dans cette affaire, la Cour suprême a effectivement déclaré constitutionnel cet alinéa qui octroyait « l'immunité absolue de la Couronne, gardienne des intérêts supérieurs de l'État, à l'égard des tribunaux entre autres en matière de sécurité nationale, enlevant aux tribunaux toute discrétion, ce dernier se devant pour ainsi dire d'homologuer la déclaration du ministre, du moment qu'elle est conforme à l'article 41(2) »).

⁴³⁸ *Carey*, *supra* note 152 au para. 36 (« c'est aux tribunaux qu'il appartenait de déterminer l'importance relative à attribuer à l'intérêt qu'a le public à ce que la justice soit bien administrée et l'intérêt du public à ce que la communication de certains documents ou d'autres éléments de preuve soit refusée »).

⁴³⁹ *Operation Dismantle*, *supra* note 152 au para. 28. Voir à ce sujet l'analyse de la justiciabilité du différend par le juge Wilson, dissident, au para. 62, analyse concurrente à laquelle avait souscrit la majorité, concluant que la décision gouvernementale d'autoriser les essais du missile de croisière américain au Canada, même s'il s'agissait d'un exercice de la prérogative royale, n'échappait pas au contrôle judiciaire du fait qu'il s'agissait d'une « question politique ». Voir aussi David J. Mullan, « The Role of the Judiciary in the review of Administrative Policy Decisions: Issues of Legality » dans Mary Jane Mossman et

sécurité nationale prend différentes formes, notamment la révision judiciaire conformément à l'article 7 de la *Charte* attirant une plus grande attention constitutionnelle qu'en d'autres cas⁴⁴⁰.

3.1.2.1 Définition et contrôle judiciaires du terme «danger pour la sécurité du Canada»

La Cour suprême a effectivement utilisé l'aspect substantif des principes de justice fondamentale afin de signaler certaines contraintes face aux invocations gouvernementales en matière de sécurité nationale, l'article 7 stipulant qu'aucun individu ne peut être privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale⁴⁴¹. Dans l'arrêt *Suresh*, arrêt de principe en matière de contrôle de l'exercice de la discrétion ministérielle sur des questions touchant la sécurité nationale suite aux événements du 11 septembre 2001, la Cour suprême a appliqué ces aspects substantifs à l'expression « danger pour la sécurité du Canada » contenue à l'article 53 (1) b) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. Cet article autorisait le ou la ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à expulser un réfugié pour des raisons de sécurité même lorsque « sa vie ou sa liberté » étaient menacées par le renvoi (voir art. 2.3.3). Plus précisément, le déclenchement de l'article 7, alors que Suresh soupçonné d'appartenir à une organisation terroriste faisait face à la perspective de la torture en étant déporté au Sri Lanka, soulevait la question de savoir si l'expression même de « danger pour la sécurité du Canada » violait les principes de justice fondamentale en étant inconstitutionnellement imprécise.

En concluant que cette expression n'était pas inconstitutionnelle pour cause d'imprécision, la Cour a toutefois reconnu que les termes « danger pour la sécurité du Canada » étaient difficiles à définir et reposaient en grande partie sur les faits et la politique, au sens large. Pour ces raisons, la Cour a convenu qu'il fallait interpréter

Ghislain Otis, dir., *The Judiciary as Third Branch of Government: Manifestations and Challenges to Legitimacy*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, 313 à la p. 329 [Mullan, «The Role of the Judiciary»] (« *Operation Dismantle* provide at least one other positive assertion of judicial review authority in Canadian public law: as well as their being no American political questions doctrine, courts have authority in appropriate cases to review policy decisions taken under prerogative powers »).

⁴⁴⁰ Mullan, «The Role of the Judiciary», *ibid.* à la p. 361.

⁴⁴¹ Voir notamment *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571 au para. 113 (« pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne»). Voir aussi *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 aux pp. 592-93 (« pour établir ces principes [de justice fondamentale], il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu ». En d'autres mots, cela signifie que des valeurs fondamentales existent dans le système judiciaire qui l'emportent sur les droits garantis par l'article 7 pour le bien commun).

l'expression « danger pour la sécurité du Canada » d'une manière large et équitable et en conformité avec les normes internationales « en tenant compte de la situation actuelle »⁴⁴². La Cour a donc adopté la définition suivante :

Une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada » si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d'un pays est souvent tributaire de la sécurité d'autres pays. La menace doit être « grave », en ce sens qu'elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable⁴⁴³.

De l'avis de la Cour, les choses ont donc changé depuis 2001, puisque le critère historiquement reconnu en droit international de la preuve directe d'un danger précis pour le pays procédant à l'expulsion d'un réfugié serait maintenant trop exigeant⁴⁴⁴.

Malgré cette définition minimaliste, la Cour suprême offre tout de même une relecture à la baisse des exigences posées dans l'arrêt *Baker* en matière de contrôle judiciaire applicable à l'exercice des vastes pouvoirs discrétionnaires d'un ministre⁴⁴⁵. Afin « d'aider les tribunaux qui seront appelés ultérieurement à contrôler une décision ministérielle »⁴⁴⁶, la Cour a effectivement argué pour une déférence considérable envers l'exécutif, prônant en l'espèce une norme de contrôle judiciaire caractérisée par la retenue à l'égard des décisions ministérielles portant qu'un réfugié constitue un « danger pour la sécurité du Canada », en vertu de l'alinéa 53(1)b) de la *Loi sur l'immigration*⁴⁴⁷. Considérant la nature hautement factuelle et politique de ce type de décision, le tribunal de révision ne doit, selon la Cour, annuler la décision discrétionnaire seulement si elle est « manifestement déraisonnable » parce qu'elle aurait été prise arbitrairement ou de mauvaise foi, qu'elle n'est pas étayée par la preuve ou que le ministre a omis de tenir compte des facteurs pertinents⁴⁴⁸.

⁴⁴² *Suresh*, *supra* note 150 au para. 87.

⁴⁴³ *Ibid.* au para. 90.

⁴⁴⁴ *Ibid.* au para. 87 (« peu importe que ce soit à bon droit qu'on ait insisté, historiquement, sur la preuve directe d'un danger précis pour le pays procédant à l'expulsion, les choses ont changé et nous croyons que les tribunaux peuvent maintenant conclure que l'appui au terrorisme à l'étranger crée la possibilité de répercussions préjudiciables à la sécurité du Canada [...]. On a peut-être déjà pu avancer, logiquement, que les actes de terrorisme dans un pays ne touchaient pas nécessairement les autres pays, mais pareille affirmation n'est plus possible depuis 2001 »).

⁴⁴⁵ Voir *Baker*, *supra* note 425 au para. 62 (la Cour avait effectivement imposée en l'espèce à la décision discrétionnaire du ministre, refusant d'accorder à Mme Baker une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire conformément au paragraphe 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, la norme plus intrusive de la décision « raisonnable *simpliciter* »).

⁴⁴⁶ *Suresh*, *supra* note 150 au para. 27.

⁴⁴⁷ *Ibid.* aux para. 29, 31.

⁴⁴⁸ *Ibid.* au para. 29 (« le tribunal de révision ne doit ni soupeser à nouveau les différents facteurs ni intervenir uniquement parce qu'il serait arrivé à une autre conclusion »). Voir aussi Comtois, *supra* note 425 à la p. 85 (« en d'autres mots, le contrôle judiciaire exercé selon la norme de l'erreur manifestement déraisonnable autorise le juge à s'assurer que l'exercice que fait le ministre de son pouvoir discrétionnaire respecte les fins assignées par le législateur et qu'il n'a pas omis de prendre en compte les facteurs pertinents, mais il ne l'autorise pas à substituer son appréciation de la preuve ou de son poids à celle du ministre »).

La Cour en est arrivée à la détermination de cette norme de contrôle de la décision « manifestement déraisonnable » selon l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » précitée, insistant plus particulièrement sur la vaste discrétion que la loi accorde au ministre, sur son expertise, ainsi que sa légitimité supérieure pour prendre des décisions affectant la sécurité nationale. Le ministre a, de l'avis de la Cour, effectivement accès à des sources d'information et d'expertise particulières en matière de sécurité nationale⁴⁴⁹. La Cour s'est appuyée à ce propos sur le *post-scriptum* de Lord Hoffman de la Chambre des Lords dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*⁴⁵⁰, au sujet des événements survenus le 11 septembre 2001 à New York et à Washington.

Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter [notre traduction]⁴⁵¹.

La Cour suprême a également fait appel au critère minimal applicable en droit administratif de la norme de la décision « manifestement déraisonnable » dans l'affaire connexe *Ahani c. Canada* vue ci-haut (voir art. 2.3.3), eu égard à la révision de la décision de la ministre d'expulser l'appelant malgré les risques de tortures allégués par ce dernier à son retour dans son pays d'origine⁴⁵². À la lumière de ces deux décisions, il est possible de conclure que le rôle du tribunal appelé à contrôler la décision du ministre procédant à l'expulsion pour raison de sécurité consiste à déterminer seulement si celui-ci a tenu compte des facteurs pertinents et exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux limites législatives et constitutionnelles. Ainsi, selon David J. Mullan, « the task of balancing between the refugee's *Charter* rights and the risks to Canada's security is primarily for the minister to be reviewed only if patently unreasonable »⁴⁵³.

⁴⁴⁹ *Suresh*, *ibid.* aux para. 31, 34.

⁴⁵⁰ *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.) [*Rehman*].

⁴⁵¹ *Ibid.* au para. 62.

⁴⁵² *Ahani*, C.S.C., *supra* note 150 aux para. 16-17.

⁴⁵³ Mullan, « Deference from *Baker* to *Suresh* », *supra* note 387 à la p. 44.

3.1.2.2 Définition et contrôle judiciaires dans la *LIPR* en matière de sécurité

Alors que *Suresh* traite explicitement de « danger pour la sécurité du Canada » au titre de l'ancienne *Loi sur l'immigration* remplacée par la *LIPR*, les conclusions de la Cour suprême en matière de contrôle judiciaire face aux déterminations gouvernementales en matière de sécurité nationale devraient informer les décisions d'instances inférieures eu égard aux lois fédérales utilisant des termes similaires. Notamment, la Cour fédérale, dans au moins deux cas touchant l'application de l'article 115 de la *LIPR* où le gouvernement cherchait à déporter des individus même sous risque de torture qui « selon le ministre, ne devraient pas être présent au Canada en raison du danger qu'ils constituent pour la sécurité du Canada »⁴⁵⁴, a suivi l'approche de la Cour suprême dans *Suresh*⁴⁵⁵. L'orientation hautement déférentielle prise par la Cour suprême peut toutefois être tempérée lorsque le cadre juridique lui-même renforce l'autorité des tribunaux en matière de contrôle judiciaire. À cet effet, la *LPC* et la *LIPR* envisagent un rôle plus important des tribunaux en la matière. L'article 80 de la *LIPR* prévoit effectivement l'examen de la « raisonnable » des certificats de sécurité par un juge de la Cour fédérale, alors que l'article 38.04 de la *LPC* permet à la Cour fédérale de rendre une ordonnance afin d'autoriser la divulgation ou de confirmer l'interdiction de divulgation de renseignements sensibles selon les critères contenus à l'article 38.06⁴⁵⁶. Cependant, en ce qui a trait au contrôle du certificat de sécurité, selon l'article 80 (2), le juge ne peut annuler le certificat que s'il ou elle le considère comme déraisonnable⁴⁵⁷. Ainsi, les juges emploient intrinsèquement un critère de contrôle marqué par la retenue, la norme de « raisonnable » représentant le critère le plus déférentiel selon l'« analyse relative à la norme de contrôle » appliquée en droit administratif par la Cour suprême notamment dans l'affaire *Dunsmuir* (voir art.3.1.2). La Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui* précise tout de même à cet effet que le juge désigné doit examiner le certificat en évitant « de faire preuve d'une retenue excessive, insistant plutôt sur un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat à partir des renseignements dont il dispose »⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ *LIPR*, *supra* note 237, art. 115 (2) b).

⁴⁵⁵ Voir *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 355, 262 F.T.R. 7 au para. 32 et *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 156, 45 Imm. L.R. (3d) 135 au para. 42 (la norme de contrôle de la décision « manifestement déraisonnable » a effectivement été retenue dans ces deux affaires, la Cour fédérale soulignant la nature hautement politique et contextuelle de la décision du gouvernement en l'espèce ayant trait à la sécurité).

⁴⁵⁶ *LIPR*, *supra* note 237, art. 80; *LPC*, *supra* note 60, art. 38.04, 38.06.

⁴⁵⁷ *LIPR*, *ibid.*, art. 80 (2).

⁴⁵⁸ *Charkaoui*, CSC 2007, *supra* note 150 au para. 38.

3.1.2.3 Définition et contrôle judiciaires du terme «sécurité nationale» dans la *LPC*

En application de la procédure prévue par l'article 38 de la *LPC*, codifiant le privilège de la Couronne précité face à la non-divulgence judiciaire de renseignements ou documents préjudiciables à la sécurité de l'État, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont également fait preuve de déférence à l'exécutif. L'arrêt de principe en la matière est l'arrêt *Ribic*⁴⁵⁹ où la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur le rôle de la Cour fédérale lorsqu'il lui est demandé selon l'article 38.04 de la *LPC* de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements sensibles⁴⁶⁰. La Cour d'appel fédérale rappelle donc qu'en règle générale, une personne accusée d'une infraction criminelle n'a pas un droit illimité à la divulgation de tous les renseignements intéressant sa défense, ce droit étant subordonné au pouvoir discrétionnaire, ainsi qu'au droit et aux règles qui régissent le privilège de la Couronne. En effet, « lorsque les renseignements qui seront divulgués ou que l'on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l'État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l'article 38 de la Loi établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé et finalement reconnu »⁴⁶¹.

La Cour d'appel fédérale édicte alors un test en trois étapes concernant la procédure à suivre pour un juge auquel il est demandé de rendre une ordonnance concernant la divulgation de renseignements sensibles, à savoir si : (i) les renseignements sont utiles ou non à la défense; (ii) la divulgation des renseignements serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou la sécurité nationales; (iii) les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgence. Concernant la présente section, il est à noter qu'en ce qui a trait à la deuxième étape (ii), la Cour stipule, s'appuyant notamment sur les arrêts *Suresh* et *Rehman*, que les conclusions du procureur général concernant son évaluation du préjudice pour la sécurité nationale devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir accorder un poids considérable de la part du juge appelé à décider, en application du paragraphe 38.06 (1), si la divulgation des renseignements causerait le préjudice appréhendé⁴⁶². De l'avis de la Cour, « il est de règle

⁴⁵⁹ *Ribic*, CAF, *supra* note 152.

⁴⁶⁰ *Ibid.* au para. 15 (dans une procédure selon l'article 38.04, le juge de première instance est tenu de décider par lui-même si l'interdiction législative de divulgation devrait ou non être confirmée et de rendre une ordonnance en conséquence).

⁴⁶¹ *Ibid.* au para. 14.

⁴⁶² *Ibid.* au para. 18, 19 (cette deuxième étape nécessite tout de même un examen ou une inspection des renseignements en cause, le juge devant être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve).

qu'il n'appartient pas au juge de reconsidérer l'avis du pouvoir exécutif ni de lui substituer son propre avis », le procureur général exerçant un rôle protecteur envers la sécurité du public⁴⁶³. Ainsi, la Cour d'appel fédérale stipule que si l'évaluation que le procureur général fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter⁴⁶⁴.

Le critère en trois volets de l'arrêt *Ribic* a d'ailleurs été appliqué par la Cour fédérale dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, où celle-ci était saisie d'une demande présentée en application de l'article 38.04 de la *LPC* par le procureur général du Canada, afin d'obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale⁴⁶⁵. Par rapport à la seconde étape précitée, s'appuyant notamment sur les arrêts *Rehman*, *Ribic* et *Suresh*, la Cour fédérale rappelle:

[qu'] il est bien établi en droit, au Canada comme dans de nombreux autres pays régis par la *common law*, que les tribunaux doivent montrer de la retenue à l'égard des décisions de l'exécutif pour ce qui concerne les questions de sécurité nationale, de défense nationale et de relations internationales, parce que le pouvoir exécutif détient davantage de connaissances spécialisées en ces matières que le pouvoir judiciaire⁴⁶⁶.

Reprenant encore une fois *Ribic*, la Cour fédérale stipule toutefois que pour être à même de conclure que la divulgation porterait préjudice notamment à la sécurité nationale, le juge chargé du contrôle doit tout de même être persuadé que l'avis de l'exécutif sur le préjudice éventuel repose sur des faits attestés par la preuve⁴⁶⁷.

La Cour fédérale pose alors la question suivante, à savoir qu'est-ce qu'un « préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale »? L'affaire *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)* est donc particulièrement intéressante pour la présente section, puisque la Cour fédérale a tenté de donner une signification à ces concepts, notamment au concept de « sécurité nationale ». Selon la Cour fédérale, l'expression « porterait préjudice » signifie que le préjudice allégué est une

⁴⁶³ *Ibid.* au para. 18.

⁴⁶⁴ *Ibid.* au para. 19 (« j'ajouterais que la Chambre des Lords a adopté une norme similaire en matière d'évaluation raisonnable: voir l'arrêt *Rehman* »).

⁴⁶⁵ *Commission Arar*, CF, *supra* note 152 au para. 39.

⁴⁶⁶ *Ibid.* au para. 46.

⁴⁶⁷ *Ibid.* au para. 47.

probabilité, et non simplement une possibilité ou une conjecture⁴⁶⁸. À cet égard, « les renseignements qui sont susceptibles de critiquer ou d'embarrasser le gouvernement ne sauraient être soustraits à la divulgation »⁴⁶⁹.

Pour ce qui est de l'expression « sécurité nationale », la Cour fédérale soulève le fait que, contrairement aux expressions « relations internationales » et « défense nationale », dont les définitions sont largement et plus facilement comprises, le sens de l'expression « sécurité nationale » demeure imprécis, et la controverse règne parmi les spécialistes sur les contours à lui assigner⁴⁷⁰. La Cour fédérale en arrive à la conclusion que, selon la définition de l'expression « menaces envers la sécurité du Canada » contenue dans la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*⁴⁷¹, selon la signification apportée à ce type d'expression par la jurisprudence, notamment dans l'arrêt *Suresh et Rehman*, et selon les définitions données par certains juristes dont Stanley Cohen et Craig Forcece, « la "sécurité nationale" s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada »⁴⁷².

À la lumière de cette analyse jurisprudentielle, il est possible de constater que les tribunaux canadiens en matière de contre-terrorisme ont généralement fait preuve de retenue, conférant une déférence considérable aux déterminations de sécurité nationale du gouvernement et ce, même lorsque l'article 7 de la *Charte* trouvait application. Ainsi, malgré les définitions minimalistes apportées par la Cour fédérale et la Cour suprême au concept de « sécurité nationale » et de « danger pour la sécurité du Canada », l'arrêt de principe en la matière, c'est-à-dire l'arrêt *Suresh*, annonce, suite aux événements du 11 septembre 2001, un rôle plus limité pour les tribunaux contrôlant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif en matière de sécurité nationale, même en dehors du contexte de l'immigration⁴⁷³. Les choses ont donc « changé » suite aux événements du 11 septembre 2001, la Cour suprême prenant du recul par rapport à sa position antérieure

⁴⁶⁸ *Ibid.* au para. 49.

⁴⁶⁹ *Ibid.* au para. 60.

⁴⁷⁰ *Ibid.* au para. 63.

⁴⁷¹ L.R.C. (1985), c. C-23, art. 2, mod. par L.C. 2001, c. 41, art. 89 (cette loi prévoit que les activités suivantes constituent des " menaces envers la sécurité du Canada " : l'espionnage et le sabotage, les activités influencées par l'étranger qui sont préjudiciables aux intérêts du Canada, les activités qui visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence dans le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique, les activités qui visent le renversement du gouvernement).

⁴⁷² *Commission Arar*, CF, *supra* note 152 au para. 68. Voir aussi Forcece, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 à la p. 966 et Cohen, *Privacy*, *supra* note 415 aux pp. 163-64.

⁴⁷³ Forcece, « Through a Glass Darkly », *ibid.* à la p. 985 (« review is not barred, but successful review will require a government decision that is patently unreasonable or, as that term is sometimes defined, clearly irrational »).

dans *Baker* vers une norme de contrôle judiciaire plus intrusive de la décision «raisonnable *simpliciter* » et citant à cet effet avec approbation le *post-scriptum* de Lord Hoffman, vu ci-haut, qui soulignait la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions ministérielles en matière de sécurité nationale⁴⁷⁴. Le rôle de juge dans le processus discrétionnaire a donc été considéré à la lumière de ces attaques, l'arrêt *Suresh* représentant (voir art. 2.3.3) de façon plus générale la première réponse de la Cour face à la lutte du gouvernement canadien contre le terrorisme⁴⁷⁵.

La Cour suprême précise ainsi dans *Suresh* que si elle est ouverte à la détermination par un tribunal de révision à savoir si un élément doit avoir été pris en compte ou non dans le cadre d'une décision ministérielle, il n'est pas approprié depuis 2001, du moins en matière de sécurité nationale, pour un tribunal de révision d'évaluer substantivement la façon dont les différents facteurs pertinents ont été pesés dans la balance par l'exécutif⁴⁷⁶. Conséquemment, de telles décisions ministérielles seraient assujetties uniquement à des exigences procédurales, bien qu'une norme du *jus cogens* telle que la prohibition de la torture puisse être en jeu⁴⁷⁷. *Suresh* met donc de l'avant une conception du rôle des tribunaux de révision s'appuyant explicitement sur la même compréhension formelle de la séparation des pouvoirs exprimée par Lord Hoffman dans *Rehman*. En réponse au questionnement formulé ci-haut, nous pouvons conclure que si l'invocation de la sécurité nationale ne donne pas nécessairement *carte blanche* au gouvernement, ce dernier se voit octroyer en la matière un large pouvoir discrétionnaire⁴⁷⁸. Pourtant, au niveau international tel que nous le verrons plus en détail ici-bas (voir art. 3.3.2), les États ne jouissent généralement pas d'un tel pouvoir

⁴⁷⁴ Voir Mullan, «Deference from *Baker* to *Suresh*», *supra* note 387 à la p. 60 (selon Mullan le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Suresh* représente en effet « a perversion of the whole thrust of *Baker* and its willingness to allow for unreasonableness as opposed to patent unreasonableness review of a broad ministerial discretion in a case involving highly valued individual interest. More generally, Suresh points to the great difficulties that common law courts have always had in dealing with right-biased claims in times of crisis or in the face of executive assertions of national security »).

⁴⁷⁵ Roach, «The Role and Capacities of Courts», *supra* note 55 aux pp. 43-44 (« this decision demonstrates that in the immediate aftermath of 9/11 the Canadian courts were not immune from the trend to deference to the executive or the willingness to entertain exceptions from fundamental principles that have been made by courts especially in wartime emergencies. Although courts may be the best equipped institution to protect unpopular people and fundamental values in emergency, there are no guarantees that they will play this important role »).

⁴⁷⁶ *Suresh*, *supra* note 150 au para. 34. Voir aussi Dyzenhaus, « *Baker* », *supra* note 436 à la p. 11 (« it seems that the Court [in *Baker*] has peered into the abyss of merits review and stepped back to a more traditional understanding of administrative law, where judges stay firmly on the process side of a distinction between process and substance [...]. September 11 served as a wake up call to the judiciary about the dangers of departing from traditional assumptions »).

⁴⁷⁷ Comtois, *supra* note 425 à la p. 86 (« en laissant au ministre seul la question du poids à accorder aux facteurs pertinents, la Cour restreint considérablement la latitude du juge de révision pour apprécier le fond des décisions discrétionnaires. Elle limite son rôle de surveillance à une simple vérification visant à s'assurer que le ministre a tenu compte des facteurs pertinents, ou un simple "check-list" des facteurs pertinents, ce qui revient pour ainsi dire aux motifs traditionnels de contrôle de l'abus de discrétion fondé sur la notion d'*ultra vires* »).

⁴⁷⁸ Forcese, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 à la p. 999 (« only in the rarest instances do courts agree that they should apply their own judgement to assessing whether a threat to national security exists »).

d'appréciation discrétionnaire concernant les limitations et dérogations aux droits de l'homme au nom de la sécurité nationale⁴⁷⁹. Le degré de retenue dont font preuve les tribunaux canadiens à cet égard est d'autant plus inquiétant si l'on considère l'ambiguïté inhérente du concept de «sécurité nationale» au niveau législatif et le contexte *ex parte* et *in camera* dans lequel ces examens se déroulent habituellement. En effet, lorsque l'examen substantif hautement déférentiel du concept ambigu de «sécurité nationale» est effectué sur une base *ex parte* et à huis clos, l'effet net est d'assurer au gouvernement des coudées plus franches en matière de sécurité nationale qu'en tout autre domaine administratif⁴⁸⁰. En laissant à l'exécutif l'entière responsabilité de définir ce que constitue une menace à la sécurité nationale, on se retrouve alors face à une situation potentiellement problématique d'abus de pouvoir qui serait contraire notamment à la doctrine d'«égalité des armes» en droit qui impose un équilibre entre la personne poursuivie et le ministère public⁴⁸¹.

Le gouvernement peut notamment exagérer ses déterminations en matière de sécurité nationale (*overclaim of national security*) pour empêcher à tort la divulgation de certains renseignements lors d'instances criminelles⁴⁸². De tels abus ont d'ailleurs été relevés par le juge Mosley et le juge Noël de la Cour fédérale respectivement dans les affaires *Khawaja*⁴⁸³ et *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête*

⁴⁷⁹ *Digest of Jurisprudence, supra* note 35 à la p. 18 (« the UN and the regional systems impose strict limitations as well as procedural requirements with respect to such suspensions, or "derogations" [...] according to the Human Rights Committee courts should have the power to examine the legality of the declaration of emergency ». Ainsi, le contrôle judiciaire de l'invocation exécutive d'un état d'urgence est requis en droit international. Toutefois, il est intéressant de constater qu'à l'égard d'une situation moins grave appelant plutôt à des limitations à certains droits et libertés, les modalités d'un tel contrôle judiciaire demeure plus flou dans la mesure où le terme «sécurité nationale» n'est pas défini aussi clairement. Il demeure que, selon la CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights, supra* note 2 au para. 54 (« in determining the legitimacy of restrictions of this nature [...] any action that affects rights must be prescribed by law passed by legislature and in compliance with the international legal order and cannot be subject to the sole discretion of a government or its officials »).

⁴⁸⁰ Forcese, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 à la p. 999 (« too often judicial review of national security decision in Canada is a process in which deferential judges meet with government lawyers and intelligence experts in the absence of an adversarial party, to review secret information not disclose to that adversarial party, and decide whether national security (whatever that may be) is at issue »).

⁴⁸¹ Voir notamment Julie Meunier, « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme » dans Hélène Ruiz Fabri, dir., *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 185 à la p. 189 (on entend par le principe d'égalité des armes « que toute partie à une action ait une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable vis-à-vis de la partie adverse »).

⁴⁸² Mullan, « Deference from *Baker to Suresh* », *supra* note 387 à la p. 58 (« the lessons of history are that virtual abnegation of judicial review authority in this domain [national security] has both hidden and provided an encouragement to excessive use of powers of detention, confiscation and deportation »).

⁴⁸³ *Khawaja*, 2007 CF 490, *supra* note 149 au para. 150, 184 (le juge commentant notamment que « les censeurs semblent avoir postulé que chaque mention du SCRS devait être supprimée des documents alors même qu'il n'existait aucun risque évident de divulgation de renseignements sensibles, par exemple les modes opératoires ou techniques d'enquête ou encore l'identité des employés du SCRS » au para. 150).

sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)⁴⁸⁴, ayant tous deux conclu que le gouvernement avait parfois fait certaines revendications injustifiées et extravagantes de confidentialité en matière de sécurité nationale. En outre, le juge O'Connor, président la Commission Arar, a lui-même exprimé de la frustration devant l'utilisation excessive de ce concept par le gouvernement⁴⁸⁵.

À cet égard, David M. Paciocco plaide pour une plus grande vigilance de la part des tribunaux à l'égard des nouveaux pouvoirs « exceptionnels » du gouvernement en matière de contre-terrorisme, le gouvernement canadien ayant choisi à travers la *LAT* d'utiliser le droit criminel pour assurer la sécurité. En effet, « the power of the state is being used against individuals, and courts are called upon to make profoundly political decisions about the reaches of government power »⁴⁸⁶. Nous comprenons donc un peu mieux, à la lumière de cette analyse, l'interprétation minimaliste de l'objet de la *LAT* par la Cour suprême dans l'arrêt *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, afin de contrer les effets d'une trop grande déférence à l'exécutif en matière de sécurité nationale, surtout lorsque les droits et les libertés de la personne sont en jeu. La qualification de l'objet général de la *LAT* comme étant simplement d'assurer la sécurité nationale risque « d'aller trop loin et d'avoir des conséquences dépassant de beaucoup l'intention du législateur »⁴⁸⁷.

3. 2 Définitions politiques des concepts de sécurité et de « sécurité nationale » au Canada

Comme les tribunaux semblent faire preuve de retenue en matière de sécurité nationale conférant une déférence considérable aux déterminations du gouvernement canadien en l'espèce, il est donc primordial de déterminer la façon dont celui-ci définit le concept de sécurité, plus particulièrement de « sécurité nationale ». En effet, malgré les définitions judiciaires minimalistes vues ci-haut, la définition de ce que signifie une menace à la sécurité nationale est plutôt laissée à l'exécutif selon ses prérogatives.

⁴⁸⁴ *Commission Arar*, CF, *supra* note 152 au para. 91 (« je suis arrivé à la conclusion que la divulgation de certains des renseignements ne serait pas préjudiciable [pour les relations internationales, la défense nationale ou la sécurité nationale] »).

⁴⁸⁵ Michelle Shephard, « Very private aspects of the Arar public inquiry; Commission counsel frustrated with government secrecy », *Toronto Star* (29 janvier 2005) F1. Le juge O'Connor a d'ailleurs fait le commentaire que la partie publique des travaux de la Commission aurait pu être plus complète « si, pendant un an, le gouvernement n'avait pas formulé des réclamations CSN [confidentialité liée à la sécurité nationale] à l'égard d'une bonne partie de l'information qui, en fin de compte, a été rendue publique [...] ». Voir *Commission Arar, Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, *supra* note 6 à la p. 326.

⁴⁸⁶ Paciocco, « When Open Courts », *supra* note 330 à la p. 397.

⁴⁸⁷ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, *supra* note 149 au para. 39.

Conséquemment, nous nous devons d'étudier les définitions politiques de ce concept afin de procéder par la suite à une analyse interdisciplinaire critique de cette notion qui est « mise en équilibre » en matière de contre-terrorisme devant certains droits et libertés individuels. Cependant, même au niveau politique l'expression « sécurité nationale » ne se prête pas à une définition précise. Tel que noté par deux experts en la matière: « the term national security is used frequently to refer to matters ranging from domestic or internal security through international security, but is seldom defined »⁴⁸⁸. Ces spécialistes se sont d'ailleurs interrogés plus particulièrement sur l'absence de tout cadre qui permettrait d'élaborer une stratégie de sécurité nationale proprement canadienne. En effet, le gouvernement canadien ne s'est doté d'une politique officielle en matière de sécurité nationale qu'en 2004.

Auparavant, certaines définitions de la « sécurité nationale » avaient bien été proposées par des experts en sécurité, mais aucune structure ou politique de sécurité nationale claire et distincte n'avait jusqu'alors été adoptée. Alors que les différents « intérêts nationaux » d'un pays sont inextricablement liés à une politique de sécurité nationale, il n'existait pas au Canada de définition ou de déclaration manifeste des « intérêts nationaux » à défendre en matière de sécurité, le processus de prise de décision en l'espèce demeurant *ad hoc*⁴⁸⁹. Pourtant, comme l'ont soulevé la Commission royale d'enquête sur la sécurité (ci-après la Commission MacKenzie) en 1968 et la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (ci-après la Commission McDonald) en 1981, le Canada n'était pas à l'abri des menaces telles que l'espionnage, le terrorisme politique et le renversement des institutions démocratiques, menaces qui exigeaient l'établissement et le maintien d'un régime adéquat de sécurité⁴⁹⁰.

La Commission MacKenzie a affirmé à cet effet que la « sécurité du Canada » était liée au devoir incontestable de l'État de protéger ses secrets, ses renseignements, ses institutions et sa politique contre l'espionnage, l'indiscrétion, la subversion et l'ingérence clandestine⁴⁹¹. La Commission McDonald a plutôt défini l'expression « sécurité du Canada », synonyme de « sécurité nationale », comme englobant au moins deux concepts,

⁴⁸⁸ W. D Macnamara et Ann Fitz-Gerald, « A National Security Framework for Canada » (2002) 3: 10 Institute for Research on Public Policy Matters 1 à la p. 7.

⁴⁸⁹ *Ibid.* à la p. 12 (« there is a national security policy gap that needs to be addressed in Canada. The gap in question is a functional one related to the national security policy-making process and the « machinery of government »).

⁴⁹⁰ Voir à ce sujet Smith, *supra* note 43 à la p. 172. Voir aussi, Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 aux para. 13-14 (président : M.W. MacKenzie)[Commission Mackenzie, *Rapport de la Commission*]; Commission McDonald, *La liberté et la sécurité*, *supra* note 10 aux pp. 39-40.

⁴⁹¹ Commission Mackenzie, *Rapport de la Commission*, *ibid.* au para. 28.

soit la nécessité de protéger le territoire canadien contre toute attaque et en second lieu, la nécessité de préserver et de maintenir les mécanismes d'administration démocratiques. Ainsi, « toute tentative en vue de renverser ces processus par la violence constitue une menace à la sécurité du Canada »⁴⁹². Politiquement, la sécurité de la nation semble donc dépendre selon ces différentes expertises de la capacité de l'État à prendre des mesures pour protéger les « intérêts nationaux » du Canada et mener à bien les politiques de défense nationale. Ces définitions demeurent cependant extrêmement larges et imprécises, ce qui soulève certaines inquiétudes. Notamment, de l'avis du professeur Douglas Bland de l'École d'études des politiques de l'Université Queen's, « si l'on optait pour une définition large de la "sécurité nationale", on risquerait de donner à la politique en la matière une portée aux limites floues »⁴⁹³.

Suite aux événements du 11 septembre 2001, et face à ces définitions vagues du concept de « sécurité nationale », le besoin pour le gouvernement du Canada de s'investir d'une politique de sécurité nationale s'est fait d'autant plus pressant. L'onde de choc provoquée par les événements du 11 septembre 2001 qui a conduit l'ensemble des décideurs politiques à se pencher sur la problématique des nouvelles menaces et des nouveaux défis à la sécurité a effectivement soulevé plusieurs questions concernant la défense du Canada et sa posture en matière de sécurité. Notamment, les événements du 11 septembre 2001 ont rappelé aux sociétés démocratiques postindustrielles leur grande vulnérabilité face à ce que l'on appelle les menaces asymétriques, qui comprennent le terrorisme, mais aussi la criminalité transnationale et les trafics de tout genre⁴⁹⁴. Conséquemment, le 28 avril 2004, le gouvernement du Canada a élaboré une nouvelle politique de sécurité nationale intitulée *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale* afin de permettre au Canada de faire face à ces nouvelles menaces et défis sécuritaires⁴⁹⁵. La politique de sécurité nationale présente à cet effet des mesures à mettre en place dans six secteurs clés touchant la sécurité du Canada : renseignement, planification et gestion des opérations d'urgence, urgences touchant la santé publique, sécurité des transports, sécurité à la frontière et sécurité internationale. Le

⁴⁹² Canada, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Sécurité et Information*, premier rapport, Hull, Approvisionnement et Services Canada, 1980 au para. 38 (président : D.C. McDonald)[Commission McDonald, *Sécurité et Information*].

⁴⁹³ *Délibérations du comité sénatorial permanent de la Défense et de la sécurité*, no 6-Témoignages (29 octobre 2001) (Douglas Bland), en ligne : Sénat <http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-e/defe-e/06ev.c.htm?Language=E&Parl=37&Ses=1&comm_id=76>.

⁴⁹⁴ Voir Fortmann, *supra* note 186 à la p. 9 (selon ce dernier la force économique des démocraties est en effet également ce qui fait leur faiblesse sur le plan de la sécurité : elles constituent des « sociétés ouvertes », qui promeuvent entre autres la liberté des échanges avec le reste du monde).

⁴⁹⁵ Sécurité publique, *Protéger une société ouverte*, *supra* note 153.

concept de « sécurité nationale » y est ainsi défini comme ayant « pour but de conjurer les menaces qui risquent de miner la sécurité de l'État ou de la société »⁴⁹⁶. Cette politique se veut donc un cadre stratégique à long terme axé sur trois « intérêts fondamentaux » en matière de sécurité nationale que le gouvernement cherche prioritairement à défendre, à savoir : « 1. protéger le Canada et les Canadiens, au pays et à l'étranger [ce qui inclus non seulement la sécurité physique des Canadiens, mais aussi les valeurs fondamentales et les principales institutions canadiennes]; 2. s'assurer que le Canada n'est pas une source pour des menaces visant nos alliés; 3. contribuer à la sécurité internationale »⁴⁹⁷.

Au cours des années, les menaces envers la sécurité nationale ont ainsi changé. L'ordre géopolitique mondial, dont la stabilité s'était déjà trouvée fortement ébranlée par la fin de la Guerre froide et la chute de l'URSS à la fin des années 1980, devait subir des bouleversements majeurs en ce commencement de troisième millénaire. En effet, « il faut faire face dorénavant à des menaces diffuses, beaucoup plus difficiles à appréhender, dont le 11 septembre représente la concrétisation la plus inattendue et la plus traumatisante »⁴⁹⁸. À cet égard, le rapport public du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) en 2003 précise que la plus importante menace pour le Canada est celle posée par le terrorisme : « la grande priorité nationale demeure la même: tout mettre en œuvre pour éviter qu'un attentat terroriste soit commis ou planifié au Canada »⁴⁹⁹. D'après Stanley Cohen, deux dynamiques donneraient à la menace terroriste une plus grande urgence : sa portée mondiale et les pertes massives engendrées par ces attaques⁵⁰⁰. En effet, si historiquement la sécurité nationale a pu équivaloir à la défense du territoire, il est maintenant reconnu que le terrorisme qui se déroule dans un pays donné peut toucher d'autres pays. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs conclu dans l'arrêt *Suresh* que la preuve d'une menace envers la sécurité nationale ne se limite pas à la preuve d'une menace directe envers le Canada (voir par. 3.1.2.1)⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ *Ibid.* à la p. 3.

⁴⁹⁷ *Ibid.* à la p. 5.

⁴⁹⁸ Houchang Hassan-Yari, Rémi Landry et Albert Legault, « Introduction » dans *Le Canada et la nouvelle géopolitique internationale. Acte de colloque numéro 8, juin 2003*, Montréal, Les Cahiers Raoul-Dandurand, 2003, 3 à la p. 3.

⁴⁹⁹ Service canadien du renseignement de sécurité, *Rapport public 2003*, (28 octobre 2004), en ligne : SCRS <<http://www.esis-scrs.gc.ca/pblctns/nlnlrprt/2003/rprt2003-fra.asp>> (« la principale menace qui pèse sur le Canada vient du terrorisme. Parce qu'il joue toujours un rôle actif dans la lutte internationale contre le terrorisme, le Canada sera de plus en plus menacé par les organisations terroristes transnationales »).

⁵⁰⁰ Cohen, *Privacy*, *supra* note 415 à la p. 179.

⁵⁰¹ *Suresh*, *supra* note 150 au para. 88 (selon la Cour « il n'est pas nécessaire que la menace soit directe au contraire elle peut découler d'événements qui surviennent à l'étranger, mais qui indirectement peuvent réellement avoir un effet préjudiciable à la sécurité du Canada »).

À cet effet, la politique de sécurité nationale de 2004 prône une approche plus globale qui reconnaît que « les menaces auxquelles nous sommes confrontés ne se limitent pas au terrorisme. L'épidémie du SRAS a démontré le pouvoir qu'ont des individus de transmettre involontairement des menaces à l'échelle planétaire »⁵⁰². Le gouvernement a ainsi identifié plusieurs menaces actuelles qui pourraient avoir un profond impact sur la sécurité des Canadiens et sur le bon fonctionnement de la société. Plus précisément, les menaces suivantes à la sécurité nationale sont listées : le terrorisme, la prolifération des armes de destruction massive, les États déliquescents (faibles) ou en voie de déliquescence, l'espionnage étranger, les catastrophes naturelles, la vulnérabilité de l'infrastructure essentielle, le crime organisé et les pandémies⁵⁰³. Ces menaces n'existent toutefois pas dans l'isolement l'une de l'autre : « par exemple, la prolifération des armes de destruction massive est un problème en soi, mais lorsque le terrorisme intervient, la menace augmente considérablement »⁵⁰⁴. Par ailleurs, la politique canadienne de sécurité nationale traite de l'interdépendance du Canada en matière de sécurité, avec des événements qui ont leur source dans un autre pays⁵⁰⁵.

Pour tenter de répondre à ces menaces, le gouvernement canadien a donc voulu adopter une approche plus coordonnée et intégrée en matière de sécurité nationale, une approche intégrée à l'échelle gouvernementale et à celle des principaux partenaires du Canada. Reprenant les propos du Premier ministre à l'époque, Paul Martin, il était impératif pour le Canada de prendre ici « une initiative historique et de publier le tout premier énoncé global de politique de sécurité nationale qui expose une stratégie intégrée, visant à écarter les menaces actuelles et futures pour notre pays »⁵⁰⁶. Cette politique était d'autant plus nécessaire que le système de sécurité et du renseignement canadien était jusqu'alors décentralisé et peu coordonné entre les différents ministères et départements⁵⁰⁷. Les premières réponses du Canada aux événements du 11 septembre 2001 ont d'ailleurs été critiquées à cet égard par Kent Roach sur la base qu'elles négligeaient le besoin d'un système intégré de sécurité, plaçant le terrorisme sur une liste

⁵⁰² Sécurité publique, *Protéger une société ouverte*, supra note 153 à la p. 1.

⁵⁰³ *Ibid.* aux pp. 6-8.

⁵⁰⁴ *Ibid.* à la p. 8.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, voir l'avant-propos de l'ancien Premier ministre Paul Martin (« la récente épidémie du SRAS ayant notamment démontré ces liens d'interdépendance »).

⁵⁰⁶ *Ibid.*

⁵⁰⁷ La responsabilité fonctionnelle de la sécurité et du renseignement était effectivement dispersée au sein de plusieurs départements (par ex. : le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), le Renseignement militaire (J2), la GRC) en vertu de divers mandats opérationnels. Voir à ce sujet Martin Rudner, « Challenge and Responses: Canada's Intelligence Community and the War on Terrorism » (2004) 11:2 *Canadian Foreign Policy* 17 à la p. 18

plus rationnelle des nombreuses menaces qui pesaient sur la sécurité⁵⁰⁸. La politique de sécurité nationale de 2004 tente donc de répondre à ces critiques en adoptant un système intégré de sécurité. Dans la mesure où nous critiquons plus loin ce nouveau système, notamment en ce qui a trait au rôle grandissant octroyé aux « experts de la sécurité » provenant de l'extérieur du gouvernement dans la définition et l'analyse des menaces sécuritaires (voir art.3.3.2), nous nous devons ici d'aborder rapidement les différentes réformes administratives apportées au système de sécurité et du renseignement canadien par la politique canadienne de 2004. De prime abord, la politique canadienne de sécurité nationale énonce la création du Centre intégré d'évaluation des menaces (CIEM), nouvelle composante fonctionnelle du SCRS depuis le 15 octobre 2004, chargée de produire une évaluation exhaustive et globale des menaces⁵⁰⁹.

La création d'un Conseil consultatif sur la sécurité nationale, qui est composé d'experts en matière de sécurité provenant de l'extérieur du gouvernement pour fournir à la vice-première ministre et au Comité du Cabinet sur la sécurité, la santé publique et la protection civile des conseils sur des questions liées à la sécurité nationale, est également annoncée en 2004⁵¹⁰. On assiste par ailleurs à la centralisation des décisions exécutives en matière de sécurité nationale avec la création d'un nouveau ministère en décembre 2003, le ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada (SPPCC), ainsi que d'un comité du Cabinet sur la sécurité, la santé publique et la protection civile établis tous deux sous la présidence de la vice-première ministre et ministre de la Sécurité publique et Protection civile à l'époque, Anne McLellan⁵¹¹.

En définitive, la sécurité canadienne revêt désormais une tout autre dimension. À la prise en compte de nouveaux défis correspond une redéfinition de la notion de sécurité plus large qui recouvre une dimension continentale et qui implique de nouveaux acteurs. Toutefois, cette approche intégrant la menace du terrorisme à d'autres menaces à

⁵⁰⁸ Roach, *September 11 Consequences for Canada*, supra note 54 aux pp. 168, 174.

⁵⁰⁹ Voir Centre intégré d'évaluation des menaces, «Rôle du CIEM» (29 avril 2008), en ligne : CIEM <<http://www.itac-ciem.gc.ca/bt/rf-fra.asp>> (« le CIEM constitue un élément clé des efforts que déploie le gouvernement du Canada pour mettre sur pied un système intégré de sécurité nationale. Ses évaluations exhaustives de la menace fournissent aux décideurs et aux premiers intervenants l'information dont ils ont besoin pour prendre les décisions et les mesures nécessaires afin d'assurer la sécurité des Canadiens»).

⁵¹⁰ Sécurité publique, *Protéger une société ouverte*, supra note 153 à la p. viii.

⁵¹¹ *Ibid.* à la p. 11 (le ministère de la SPPCC est ainsi « l'organe responsable de la mise à l'essai et de la vérification des responsabilités et activités clés des ministères fédéraux en matière de sécurité ». Le Comité est quant à lui chargé de coordonner les réactions à toutes les situations d'urgence à l'échelle de la fonction publique et gérer les questions concernant la sécurité nationale et le renseignement). Pour une analyse plus poussée des activités du SCPP voir notamment Julie Auger et Stéphane Rousscl, « Le ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile :Un *Department of Homeland Security* canadien ?» (2004) 69 *Le Maintien de la Paix* 1, en ligne : CEPES <<http://www.cr.uqam.ca/nobel/cepes/>>.

la sécurité ne garantit pas une mise en œuvre effective d'une telle politique de sécurité nationale⁵¹². Il en est ainsi d'autant plus que la définition du concept de « sécurité nationale » centrée sur la notion de menace adoptée par le gouvernement reste encore très générale. Notamment, cette politique reste imprécise sur ce qui différencie une menace pour la sécurité physique des Canadiens et des Canadiennes considérée comme un objectif légitime de sécurité nationale, d'une même menace qui serait plutôt considérée comme une problématique de politique standard⁵¹³. Une incertitude qui a des incidences importantes lorsque la sécurité nationale est invoquée pour justifier l'octroi de pouvoirs spéciaux à l'État.

3.3 Analyse interdisciplinaire de ces définitions en RI

3.3.1 Objet référent de la sécurité au Canada : la sécurité de l'État ou de l'individu ?

En dernier lieu, nous avons procédé à une analyse interdisciplinaire critique de ces définitions juridiques et politiques de « sécurité nationale » au Canada. Tel que mentionné ci-haut, une meilleure définition des concepts en jeu permettrait effectivement d'éviter les « dérives » potentielles de cette notion, inhérente au contre-terrorisme, d'équilibre entre « sécurité nationale » et droits et libertés individuels vers une rhétorique gouvernementale possiblement abusive. Nous avons donc tenté dans la présente section, à travers les « études critiques de sécurité » en RI, de remettre en question les interprétations judiciaires explicitées ci-haut (voir sect. 2.3) des dispositions problématiques de la *LAT* et autres mesures antiterroristes analogues ayant trait à cet argumentaire de la sécurité. Nous croyons effectivement que l'atteinte aux droits individuels au nom de la sécurité nationale n'est pas nécessairement juste selon une conception critique de la sécurité en tant que concept hautement subjectif dont l'objet référent (ce qui doit être défendu, protégé) serait l'individu. Il semble effectivement plus ardu de justifier l'atteinte aux droits et libertés de l'individu au nom de la sécurité nationale si l'objet de référent de la sécurité est l'individu que l'on chercherait prioritairement à protéger contre toutes menaces.

⁵¹² Un récent rapport du Sénat soulève d'ailleurs le fait que le Canada ne serait pas adéquatement préparé pour faire face à une situation d'urgence nationale. Voir Canada, Comité sénatorial permanent de la Sécurité nationale et de la défense, *Les urgences nationales : Le Canada, fragile en première ligne : Stratégie de renforcement*, troisième rapport, vol. 1 (mars 2004), en ligne : Sénat <<http://www.parl.gc.ca/37/3/parlbus/commbus/senate/Com-f/defe-f/rep-f/rep03mar04vol1-f.pdf>>.

⁵¹³ Comme le reconnaît la politique de 2004, la plupart des infractions pénales menacent la sécurité physique des Canadiens, mais ne menacent généralement pas la « sécurité de l'État ou de la société », voir Sécurité publique, *Protéger une société ouverte*, supra note 153 (« alors que toutes les menaces ont finalement une incidence sur les particuliers, les menaces à la sécurité nationale sont susceptibles de compromettre gravement la sécurité d'un État » à la p. 4). Voir aussi, Forcese, *National Security Law*, supra note 43 à la p. 5.

Dans un premier temps, nous avons voulu déterminer l'objet référent auquel s'adressent les définitions juridiques et politiques canadiennes de la sécurité que nous venons d'explicitier. Plus précisément, lorsque les tribunaux et le gouvernement parlent de cet équilibre entre « sécurité nationale » et certains droits individuels en matière de contre-terrorisme, il parle de la sécurité de qui ou de quoi : des institutions, de l'État en tant qu'entité ou des individus? Nous avons donc répondu à cette question en utilisant ici la « théorie critique de la sécurité » de Ken Booth, ce dernier remettant en question l'objet référent auquel s'adressent les approches existantes sur la sécurité (art. 1.3.3). Le choix de l'objet référent dépend effectivement de la définition de la sécurité qui est adoptée. Il peut s'agir de l'État, comme c'est le cas au sein du concept traditionnel de « sécurité nationale ». Cependant, l'individu plutôt que l'État constitue pour Booth l'ultime objet référent, les individus devant être traités comme des fins et non des moyens (art. 1.3.3). Booth oppose donc à la conception traditionnelle de la « sécurité nationale », mettant l'accent sur la protection du territoire et les valeurs fondamentales des États, une conception critique de la sécurité liée à l'émancipation et centrée sur l'individu⁵¹⁴. L'émancipation, libérant les individus individuellement et collectivement de l'oppression tant structurelle que contingente, devrait logiquement être prioritaire selon Booth dans notre réflexion sur la sécurité plutôt que les thèmes traditionnels de pouvoir et d'ordre⁵¹⁵.

Une telle définition de la sécurité cherchant prioritairement à protéger et préserver l'individu, ses droits et ses libertés dans le but de le libérer de l'oppression s'opposerait à l'idée préconçue que l'État puisse brimer les droits et libertés de ses citoyens pour assurer sa sécurité ou celle de la « société ». Cette conception de la sécurité fait cependant l'objet de certaines critiques (voir sect. 1.4), notamment par rapport à son caractère abstrait, ethnocentrique et individualiste et son manque de cohérence⁵¹⁶. Booth répond en partie à ces critiques en redéfinissant la notion d'émancipation et de liberté comme étant un processus collectif et non ethnocentrique. Il distingue ainsi la fausse émancipation de la vraie émancipation et prône une conception égalitariste de la

⁵¹⁴ Booth, « Introduction to Part 1: Security », *supra* note 109 à la p. 23 (« security in world politics is an instrumental value that enables people(s) some opportunity to choose how to live »).

⁵¹⁵ Booth, « Security and Emancipation », *supra* note 90 à la p. 319 (« the trouble with privileging power and order is that they are at somebody else's expense and are therefore potentially unstable »).

⁵¹⁶ Outre les critiques explicitées à la section 1.4 ci-dessus, Mohammed Ayoob, *The Third World Security Predicament: State Making, Regional Conflict, and the International system*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1995 à la p. 11 et s, a répondu à l'appel de Booth d'adopter une approche orientée vers l'émancipation en faisant observer qu'une telle pratique reviendrait à imposer un modèle en provenance de l'Occident au contexte du Tiers-Monde. Voir aussi Booth, « Security and Self », *supra* note 105 à la p. 110 (« a frequent criticism addressed toward those who would broaden the concept of security from its Cold war state/military/status quo focus is that the broadening of the notion of security extends it so that it becomes meaningless; security will encompass everything »).

liberté⁵¹⁷. Ce dernier reconnaît aussi le fait que la notion de sécurité risque de devenir moins cohérente si elle est élargie à de nouveaux référents et types de menaces. Toutefois, un tel risque doit être pris selon Booth:

«To maintain the traditionalist (intellectually coherent) concept of security simply perpetuates statist, militarized, and masculinised definitions of what should have priority in security terms, and to do that leaves the agenda in the hands of the traditional strategic/security's specialists. Why should certain issues- human rights, economic justice and so on be kept off the security agenda?»⁵¹⁸»

Face à cette conception critique de la sécurité, les deux définitions minimalistes apportées ci-haut par la Cour suprême et la Cour fédérale, ainsi que celle adoptée par le gouvernement à travers sa politique de 2004, se rapprochent à première vue d'une conceptualisation traditionnelle de la sécurité dont l'objet principal est la sécurité nationale de l'État. Le terme « sécurité nationale » (voir art. 1.3.1) est effectivement associé aux approches traditionnelles qui adhèrent à une vision réaliste étato-centrique de la politique. En effet, la Cour suprême, la Cour fédérale et le gouvernement (voir sect. 3.1 et 3.2) désignent les institutions, le territoire et la population du Canada comme étant les éléments à protéger en priorité⁵¹⁹.

La politique de 2004 différencie à cet égard la sécurité nationale de la sécurité personnelle et de la sécurité internationale auxquelles ce concept est autrement étroitement lié, s'intéressant essentiellement au premier terme⁵²⁰. L'accent est donc mis sur la protection de l'État, de ses institutions et de sa population, celui-ci constituant alors l'objet référent principal de la sécurité au Canada. L'individu est donc relayé au second plan, la politique de sécurité nationale de 2004 ne faisant, par ailleurs, guère référence à la protection des droits de la personne. Selon Wesley Wark de la Commission Canadienne des droits de la personne (CCDP), « une analyse soutenue de la façon dont il serait possible de faire progresser la société ouverte que les Canadiens chérissent tout en conciliant les objectifs de sécurité et la protection des droits de la personne fait défaut à la

⁵¹⁷ Booth, *Theory of World Security*, *supra* note 97 à la p. 113 (« false emancipation [...] is any conception that understands emancipation as timeless or static [...]; undertakes emancipatory politics at the expense of others (making the emancipatory goals of others impossible); or uses emancipation as a cloak for the power of the "West" [...]. Emancipation implies an egalitarian concept of liberty »).

⁵¹⁸ Booth, « Security and Self », *supra* note 105 à la p. 111.

⁵¹⁹ Notamment, selon la Cour suprême dans *Suresh*, *supra* note 150 au para. 90 « une personne constitue un "danger pour la sécurité du Canada" si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada ». Selon la Cour fédérale dans *Commission Arar*, CF, *supra* note 152 au para. 68 « la « sécurité nationale » s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada ». Enfin, au sein de Sécurité Publique *Protéger une société ouverte*, *supra* note 153 à la p. 3 le gouvernement définit la « sécurité nationale » comme ayant « pour but de conjurer les menaces qui risquent de miner la sécurité de l'État ou de la société ».

⁵²⁰ Sécurité Publique *Protéger une société ouverte*, *ibid.* à la p. 4 (« alors que le gouvernement a un rôle à jouer dans les trois secteurs de sécurité, la présente politique est axée sur les menaces à la sécurité nationale [menaces qui sont susceptibles de compromettre gravement la sécurité d'un État] »).

politique de sécurité nationale »⁵²¹. Tel que nous le verrons plus en détail ici bas (voir sect. 3.4), il est intéressant à cet effet de contraster la politique du Canada en matière de sécurité nationale de 2004 avec sa politique étrangère, qui depuis les années 1990 intègre la protection des droits de l'homme comme objectif sécuritaire à travers le concept de « sécurité humaine »⁵²². Ce concept fut effectivement défini par le ministre canadien des Affaires étrangères à l'époque, Lloyd Axworthy, comme « l'absence de menace constante à l'encontre des droits et de la sécurité des personnes, voire de leur vie »⁵²³.

Ainsi, contrairement à l'approche adoptée au sein de la politique étrangère, les définitions apportées par les tribunaux et le gouvernement canadiens à la « sécurité nationale », en insistant sur la protection de la « société » ou de l'État en tant qu'entité générale, risquent de tomber dans l'utilitarisme.

«Securing national security is, by definition, a majoritarian project: it serves the interest of the greatest number, enabling a state's inhabitant to continue their affairs in safety. Serving the interests of the majority may easily become conflated with serving the greater good. In extreme instances, maximizing the good for the greatest number may justify injustices done to a minority. That minority may be large- Japanese interned in World War II- or relatively small- suspected terrorists tortured for intelligence. Nevertheless, the result is the same: the rights of the few are sacrificed in the name of securing the rights of the many⁵²⁴».

Cette problématique est particulièrement visible en matière de contre-terrorisme lorsqu'il est question de profilage racial ou de la métaphore du « ticking-time bomb » pour justifier certaines pratiques interrogatoires dans le contexte du « post-11 septembre »⁵²⁵. D'ailleurs, selon Paul Hoffman, « one of the features of the "war on terrorism" so far is that minority groups have paid most of the cost for antiterrorism efforts, presumably undertaken for the benefit of society as a whole »⁵²⁶. Le gouvernement du Canada a toutefois cherché à répondre à cette problématique en annonçant en 2004 la mise place d'une table ronde transculturelle sur la sécurité, composée de membres des diverses collectivités ethnoculturelles et religieuses du Canada

⁵²¹ CCDP, *Les préoccupations relatives à la sécurité nationale*, supra note 55 à la p. 10.

⁵²² Pour une étude synthétique de la politique étrangère canadienne en la matière, voir Myriam Gervais et Stéphane Roussel, « De la sécurité de l'État à celle de l'individu. L'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) » (1998) XXIX : 1 *Études internationales* 25.

⁵²³ Voir Lloyd Axworthy, « La sécurité humains : la sécurité des individus dans un monde en mutation », Déclarations et discours, Ottawa, Ministère des Affaires étrangères, 1999.

⁵²⁴ Forcese, *National Security Law*, supra note 43 à la p. 48. Voir aussi Macfarlane, supra note 96 à la p. 349 (« focusing on the security of the state may damage the security of individuals within it »).

⁵²⁵ Le dilemme posé par le scénario de la « ticking time bomb » est assez absolu : les agents de l'État doivent-ils se livrer à la « torture interrogatoire » - torture strictement employée pour extraire les informations critiques de terroristes et destinée à sauver des millions de vies innocentes? Voir notamment Henry Shue, « Torture » dans Sanford Levinson, dir., *Torture : A Collection*, Toronto, Oxford University Press, 2004 à la p. 53.

⁵²⁶ Paul Hoffman, « Human rights and terrorism » (2004) 26 *Human Rights Quarterly* 932 à la p. 946.

afin d'« aider les collectivités canadiennes qui ont peut-être la sensation d'être aux premières lignes de la lutte contre le terrorisme »⁵²⁷.

Booth, à travers sa « théorie critique de la sécurité », se propose alors (voir art. 1.3.3) d'approfondir le concept de sécurité en exposant les lacunes d'une telle définition classique de la « sécurité nationale » liée au réalisme politique, dans la mesure où le « réalisme politique fait partie du problème plutôt que d'être là pour régler les problèmes [notre traduction] »⁵²⁸. Un malaise croissant avec la notion traditionnelle de la sécurité, qui privilégie l'État et met l'accent sur la puissance militaire, a ainsi marqué la dernière décennie. Tel que le soulève Booth, les menaces quotidiennes à la vie et au bien-être des individus et aux intérêts de la nation ne proviennent plus principalement de la sphère militaire, c'est-à-dire de l'armée d'un État ennemi, mais plutôt d'autres domaines tels que l'économie, l'oppression politique, la pauvreté, les rivalités ethniques, l'environnement, la criminalité et la maladie⁵²⁹.

À cet égard, la définition de la « sécurité nationale » telle qu'elle ressort de l'énoncé politique de 2004 est à différencier des approches traditionnelles de la sécurité, dans la mesure où la politique canadienne de sécurité nationale ne se limite pas uniquement à ce type de menaces militaires mettant plutôt sur pied une approche innovatrice « tous dangers » (*all-risks*)⁵³⁰. La politique canadienne de sécurité nationale identifie effectivement diverses menaces tant militaires que non militaires (ex. : le terrorisme, les catastrophes naturelles, les pandémies), alors que les menaces à la « sécurité du Canada » avaient jusqu'alors été limitées aux aspects plutôt physiques et militaires (ex. : l'espionnage, l'ingérence étrangère clandestine) tel qu'en témoignent les Commissions Mackenzie et McDonald (voir sect. 3.2). Il est donc possible ici de situer la politique canadienne de 2004 comme appartenant plutôt au 2^e courant des approches de la sécurité vues ci-haut (voir sect. 1.3) qui plaide en faveur d'un élargissement du concept de « sécurité nationale » pour prendre en compte de nouvelles menaces qui ont émergé

⁵²⁷ Sécurité Publique *Protéger une société ouverte*, *supra* note 153 à la p. 2 (« cette table ronde engagera un dialogue à long terme pour mieux comprendre comment gérer les intérêts en matière de sécurité dans une société caractérisée par la diversité [...]. Elle collaborera avec le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et avec le ministre de la Justice »)

⁵²⁸ Booth, «Critical Explorations», *supra* note 89 à la p. 2 (« political realism is part of the problem in world politics rather than being the problem-solver »).

⁵²⁹ Booth, «Security and Emancipation», *supra* note 90 à la p. 318.

⁵³⁰ Voir à ce sujet, Julie Breton, Dany Deschênes et Richard Garon, «La politique canadienne de sécurité nationale, une conséquence de la transformation des institutions publiques de sécurité depuis la fin de la Guerre froide ? » dans *Sécurité et Défense: Enjeux Nationaux et Internationaux. Actes du colloque, CDAI-CDFAI, Kingston, 29-30 octobre 2004*, en ligne : CDAI-CDFAI < <http://www.cda.cdai.ca/symposia/2004/Breton,%20Julie%20&%20Garon,%20Richard%20-%20Paper.pdf> >.

dans divers secteurs de la vie sociale depuis la fin des années 1980. La fin de la bipolarité a effectivement mis à l'avant-scène de nouveaux types de conflictualité interne et transnationale, l'onde de choc la plus importante étant perçue comme les attaques du 11 septembre 2001⁵³¹.

La politique canadienne de sécurité nationale se différencie d'ailleurs à ce sujet de la politique américaine « post-11 septembre », le *American Homeland Security*, qui met l'accent sur l'usage préventif de la force militaire en réponse à la menace terroriste⁵³². Tout en reconnaissant le danger que le terrorisme transnational constitue pour le Canada, la politique de 2004 n'octroie pas à cette menace plus d'importance qu'aux autres menaces contrairement à son homologue américain. De l'avis de Kent Roach, ce type de politique « tout-risque » adoptée par le Canada en 2004 aurait plusieurs avantages sur la politique américaine, favorisant une répartition plus rationnelle des ressources et combattant la tendance à focaliser l'attention sur des actes dramatiques de terrorisme sans égard à leur probabilité d'occurrence ou à l'ampleur des dommages qu'ils causent⁵³³. Paradoxalement, Wesley Clark soulève le fait que cette formulation « tous dangers » aurait tout de même pour effet de détourner l'attention des préoccupations relatives aux droits de la personne⁵³⁴.

La politique canadienne de sécurité nationale semble donc être née des conséquences des attentats du 11 septembre 2001, mais aussi plus globalement de la transformation du cadre de la sécurité depuis la fin de la Guerre froide. La sécurité est effectivement devenue transnationale et même indivisible dépassant le cloisonnement analytique interne/externe, l'interdépendance croissante entre la sphère de la sécurité nationale et internationale étant d'ailleurs explicitée au sein de la politique canadienne de 2004⁵³⁵. Deuxièmement, la vision réductrice de la sécurité durant le XXe siècle, basée sur les seules dimensions militaires et physiques, s'est élargie à d'autres dimensions politiques, économiques et environnementales à l'image de la conception de la sécurité

⁵³¹ Certains auteurs parlent de guerres postmodernes ou de conflits de quatrième génération pour désigner des situations où ce ne sont plus deux armées classiques qui s'affrontent pendant une période et sur un territoire délimités. Voir notamment François-Bernard Huyghe, *Quatrième Guerre mondiale. Faire mourir et faire croire*, Monaco, Éditions du Rocher, 2004.

⁵³² Voir Roach, « Must we Trade Rights for Security? », *supra* note 43 à la p. 2165 (« Canada's all risk approach can be contrasted with the American homeland security strategy single-minded purpose which is to "mobilize and organise our nation to secure US homeland from terrorists attacks" »). Voir É.-U., Office for Homeland Security, *National Strategy for Homeland Security* (juillet 2002), en ligne: DHS <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/nat_strat_hls.pdf>.

⁵³³ Roach, « Must we Trade Rights for Security? », *ibid.*

⁵³⁴ CCDP, *Les préoccupations relatives à la sécurité nationale*, *supra* note 55 à la p. 10.

⁵³⁵ Sécurité Publique *Protéger une société ouverte*, *supra* note 153 à la p. 3 (« en raison du caractère international de la plupart des menaces qui pèsent sur les Canadiens, la sécurité nationale est liée à la sécurité internationale »).

certes plus étendue, mais toujours conservatrice de l'École de Copenhague vue ci-haut (voir art. 1.3.2). À cet effet, la politique canadienne de sécurité nationale reconnaît cette vision plus étendue de la sécurité, tout en limitant le champ d'application de la stratégie de sécurité nationale. En effet, malgré cette vision plus globale de la sécurité, l'État reste l'objet de référent principal de la politique canadienne de sécurité nationale, le but premier de l'État étant d'assurer collectivement la sécurité des individus. La définition de la « sécurité nationale » au Canada, malgré certains aspects innovateurs, conserve ainsi une approche étatiste liée au réalisme politique⁵³⁶.

3.3.2 La nature construite de la sécurité et de l'insécurité au Canada

Dans ce contexte, le Canada a mis sur pied de nouvelles institutions publiques de sécurité tout en en modifiant d'autres déjà existantes dans le cadre de son énoncé global de sécurité nationale : «in order to face the enlarged concept of security and new threats, the State and particularly its Public Safety institutions have to modify and adapt »⁵³⁷. La création du « super ministère » de la SPPC chargé de coordonner une grande partie des activités en matière de sécurité et de renseignements, ainsi que la création du CIEM chargé d'intégrer les renseignements recueillis et de produire une évaluation exhaustive et globale des menaces sont d'ailleurs symptomatiques d'un changement important des rôles traditionnels des institutions publiques de sécurité. En effet, la frontière entre le rôle de l'armée, des services de renseignement et des forces de l'ordre serait actuellement en pleine mutation⁵³⁸.

Reprenant ici les travaux de Didier Bigo de l'École de Paris, nous croyons qu'il est primordial de mettre en lumière le rôle de ces institutions publiques en pleine mutation, ainsi que des nouvelles institutions créées en 2004, notamment le Conseil consultatif sur la sécurité nationale, dans le processus de politisation et de sécurisation (*who it is that determines the boundaries of both threat and their legitimate answers?*). Deux questions sont ainsi indissociables de toute réflexion sur la sécurité : « Quel est

⁵³⁶ Voir notamment Joel J. Sokolsky, «Realism Canadian Style: National Security Policy and the Chrétien Legacy» (2004) 5:2 Institute for Research on Public Policy Matters 1 aux pp. 17, 36 (« realism — a careful weighing of costs and benefits even in humanitarian causes — was never abandoned in Ottawa[...]. The approach Martin is taking [like in the recently released statement, *Securing an Open Society: Canada's National Security Policy* (NSP) that places a high priority on policy and budgeting for domestic and, by extension, North American security roles] the signals he is sending and the decisions he is making are not new. They build upon a legacy of realism in Canada's approach to relations with the United States »).

⁵³⁷ Breton, Deschênes et Garon, *supra* note 530 à la p. 1.

⁵³⁸ *Ibid.* à la p. 4.

l'objet référent de la sécurité?» et « Qu'est-ce que la sécurité? ». En plus de demander à l'instar de Ken Booth ce qui doit être sécurisé, nous cherchons donc, dans un deuxième temps, à mieux comprendre la nature construite de l'insécurité au Canada, notamment en ce qui a trait à la « nouvelle menace du terrorisme transnational ».

Bigo, contrairement aux approches traditionnelles qui présentent les menaces à la sécurité nationale et leurs réponses comme naturelles et essentiellement déterminées par des conditions matérielles objectives (voir art. 1.3.1), est d'avis que la nature de la sécurité repose sur une dimension subjective appréciée en fonction du sentiment de sécurité ou d'insécurité de la population. Comme le souligne Charles-Philippe David, « là réside tout le problème de la sécurité : au-delà des composantes matérielles et physiques, la menace est surtout appréhendée et la sécurité obtenue lorsque disparaît la peur »⁵³⁹. À cet égard, la politique canadienne de sécurité nationale semble se cantonner dans la dimension essentiellement objective des menaces, bien que l'adoption de cette politique réponde justement à ces deux dimensions. La valeur subjective de la politique de sécurité nationale serait plus particulièrement de démontrer aux citoyens canadiens et aux politiciens américains que des mesures sont prises pour garantir la sécurité du pays⁵⁴⁰.

Dans cette veine, Didier Bigo nous amène à questionner les définitions canadiennes de la « sécurité nationale », plus particulièrement l'aspect subjectif de la politique de 2004 à travers le rôle prépondérant des « professionnels » canadiens de la sécurité (policiers, services secrets, militaires, agences de renseignements, etc.) dans leur capacité institutionnelle à formuler la sécurité. Bigo considère effectivement le champ de la sécurité traversant le clivage interne/externe comme un nouvel espace de lutte ou de compétition entre « experts » pour imposer leur vision de ce *qui fait peur*, c'est-à-dire leur prétention à dire le « vrai » de la menace⁵⁴¹. Bigo s'intéresse conséquemment à la formation de réseaux des « professionnels de l'(in)sécurité » qui dépassent maintenant les frontières nationales ainsi qu'aux rapports de force entre le champ des professionnels de l'(in)sécurité et les autres champs sociaux, notamment face aux autorités gouvernementales. La question centrale pour définir la sécurité selon Bigo est donc de savoir qui est autorisé ou à qui a-t-on délégué le pouvoir symbolique de dire ce que sont

⁵³⁹ David, *La guerre et la paix*, *supra* note 107 à la p. 47.

⁵⁴⁰ Breton, Deschênes et Garon, *supra* note 530 à la p. 7.

⁵⁴¹ Bigo, «La mondialisation de l' (in)sécurité», *supra* note 127 aux para. 28-29 (ce que Bigo nomme le «champ des professionnels de l'(in)sécurité» dépend de la capacité des agents du champ de monopoliser la définition des menaces légitimement reconnues, en excluant les visions alternatives et en luttant entre eux pour imposer leur autorité sur la définition de qui fait peur).

les menaces? À cet égard, « il est impossible d'en rester aux énoncés eux-mêmes, il faut s'intéresser aux "énonciateurs" et à leurs positions d'autorité, à leurs intérêts au sein du champ »⁵⁴².

À ce propos, Bigo est d'avis que la transnationalisation actuelle des réseaux des « professionnels » de la sécurité déstabilise les effets d'obéissance à l'égard des leaders politiques nationaux qui n'ont plus forcément le dernier mot sur ce qu'est la sécurité (même nationale), surtout lorsque celle-ci est dite dépendante d'un contexte global⁵⁴³. D'ailleurs, depuis le 11 septembre 2001, on assisterait à une mondialisation de l'(in)sécurité, le monde politique occidental et celui des « experts » de sécurité étant pris « d'une frénésie explicative sur les relations entre défense et sécurité intérieure dans un contexte mondialisé d'insécurité qui n'est plus ni discuté ni discutable »⁵⁴⁴. Cette mondialisation de l'insécurité rendrait effectivement obsolètes les frontières nationales et obligerait la collaboration internationale en même temps qu'elle remettrait en cause la distinction classique entre d'un côté la guerre, la défense, l'ordre international, et de l'autre le crime, la sécurité intérieure, l'ordre public⁵⁴⁵.

De tels discours sur la mondialisation nécessaire de la sécurité appellent donc, selon Bigo, à un réagencement complet des appareils nationaux de sécurité ainsi qu'à une nouvelle manière de penser afin de faire face au « terrorisme global », à la fusion du crime et de la « guerre ». Le Canada semble d'ailleurs faire écho à ces discours en procédant depuis 2003 à une importante restructuration de son système de sécurité, la politique canadienne de 2004 mettant notamment l'accent sur la nécessité d'une approche sécuritaire intégrée et coordonnée « à celle de nos principaux partenaires » pour réagir aux diverses menaces de plus en plus complexes et dangereuses dans le contexte « post-11 septembre ». Le fait de s'assurer que le Canada n'est pas une source pour des menaces visant ses alliés et de contribuer à la sécurité internationale représentent plus particulièrement deux des trois intérêts fondamentaux en matière de sécurité sur lesquels la politique de sécurité nationale est axée⁵⁴⁶.

⁵⁴² *Ibid.* au para. 55.

⁵⁴³ *Ibid.* au para. 21 (« la notion d'État, au sens classique des relations internationales, comme acteur unitaire dégageant un intérêt national, ne résiste pas à ces tensions créées par l'existence de liens bureaucratiques transnationaux entre polices, services de renseignement, ou armées »).

⁵⁴⁴ *Ibid.* au para. 1.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ Sécurité Publique *Protéger une société ouverte*, *supra* note 153 à la p. 5.

Bigo nous met cependant en garde contre ces discours d'(in)sécurisation générés par la concurrence au sein du champ des « professionnels de l'(in)sécurité » qui insistent sur la nouveauté du 11 septembre et sur l'invasion de la guerre au sein du pacte social. Ce « sécuritarisme sans frontière » et « illimité » de l'infiltration de la guerre dans le social et du caractère aléatoire mais infiniment long de la situation de violence irait effectivement au-delà des mécanismes habituels de dérogation et d'exception en matière de droits humains et risquerait ainsi de mener à une « nord-irlandisation du monde »⁵⁴⁷. L'exemple nord-irlandais d'une démocratie enfermée dans une culture de l'exceptionnalisme et de la suspension « temporaire depuis quatre-vingts ans » des droits est présenté par Bigo comme métaphore pour comprendre la relation entre discours d'exception et pratiques militaires de surveillance et de contrôle qui importent à l'intérieur même du pays un climat de guerre.

Quand des soupçons d'ordre général sont suffisants pour détenir un individu, quand les perceptions de l'autre sont conduites par les règles du danger, de la menace permanente et reconduites suivant des logiques de discrimination, quand autant de dispositions juridiques dérogatoires sont mises en place depuis plusieurs décennies et rendues parfaitement adéquates pour une gestion policière des populations par des militaires, l'Irlande du Nord ne devient-elle pas métaphore de ce monde en guerre contre le « terrorisme », et ne permet-elle pas de lire l'engagement du gouvernement américain et de ses alliés en Irak ?⁵⁴⁸

Bigo considère ainsi les restrictions grandissantes en matière de droits humains dans « l'après-11 septembre » comme étant le résultat du fonctionnement d'un important réseau transnational de « professionnels » du domaine de la sécurité, à la fois public et privé brouillant les notions de « crime » et de « guerre »⁵⁴⁹. Nous n'échapperions d'ailleurs pas au Canada à ce brouillage entre « crime » et « guerre » tel que le témoigne l'introduction au sein du *Code criminel* de dispositions « extraordinaires » de détention préventive et d'audience d'investigation (articles 83.3 et 83.28 du *Code criminel*) qui, avant le 11 septembre 2001, n'auraient probablement pas résisté à un examen sous la

⁵⁴⁷ Didier Bigo et Emmanuel-Pierre Guittet, « Vers une nord-irlandisation du monde ? » (2004) 56 *Cultures & Conflits* au para. 16, en ligne : *Cultures & Conflits* <<http://www.conflits.org/index1653.html>>[Bigo et Guittet, « Vers une nord-irlandisation du monde ? »].

⁵⁴⁸ *Ibid.* au para. 1.

⁵⁴⁹ Voir Bigo et Tsoukala, *supra* note 133 à la p. 4 et s.

*Charte*⁵⁵⁰. Ainsi, « this territory between crime and war became a reality for North American society in the early hours of September 11, 2001 »⁵⁵¹.

À cet égard, de tels raisonnements sur le « scénario du pire » véhiculés par les « experts » de la sécurité déstabiliseraient la relation entre sécurité et liberté en faveur de la sécurité. Bigo est ainsi d'avis que l'équilibre du triptyque liberté/sécurité/danger a été modifié après les événements du 11 septembre 2001. En effet, la réévaluation du danger après ces événements entraînerait une connotation plus positive de la sécurité : « au lieu de voir dans la sécurité un processus, on en oublie les conséquences et l'on en vient à penser que " *plus de sécurité est obligatoirement une bonne chose* " »⁵⁵². Le fait central est que la sécurité, sans doute l'aspect le plus contesté du politique, en est venue à saturer tout discours politique. Pourtant selon Bigo, la sécurité n'est pas une méta-valeur primant sur les libertés. Ces notions ne sont pas équivalentes: « security must be a goal only in order to achieve freedom and democracy, even in time of danger »⁵⁵³. La protection à l'égard du danger et la protection des droits et libertés des individus doivent s'équilibrer au sens où la sécurisation d'un des pôles produit l'insécurisation de l'autre. Selon Bigo, « suspendre certaines libertés publiques et règles pénales, modifier trop radicalement l'équilibre du triptyque danger / sécurité / liberté, en faveur d'une sécurisation maximale, n'est-ce pas, involontairement, participer à l'œuvre de déstabilisation que l'on prête aux acteurs clandestins? »⁵⁵⁴.

Dans la lignée des travaux liés aux programmes de recherche ELISE et CHALLENGE chapeautés par Bigo (voir art. 1.3.3), il apparaît enfin possible de lire autrement les événements du 11 septembre 2001 qui auraient créé en Amérique et en Europe un quasi « état d'urgence permanent » engendrant une multiplication de pratiques

⁵⁵⁰ Voir à ce sujet Mendes, *supra* note 71 à la p. 83 (« so what has changed since September 11, 2001? Justice is not static. Neither the constitution nor the judiciary exists in a vacuum. The new pressing and substantial objective of the provisions in section 83.3 and 83.23 of Bill C-36, according to the federal government, is to protect the lives of innocent people from the inconspicuous terrorists who may have no criminal record, and have given no public indication of their intent to commit mass murder. They have plotted in secret and their intentions are only known to security agencies that have put them under various forms of physical and electronic surveillance »).

⁵⁵¹ *Ibid.* (« the difference between the analysis of criminal lawyers and security and intelligence experts may well indicate the parameters of the new uncharted territory between crime and war. It will be in this territory where the courts will have to adjudicate between the legitimate interests of a free and democratic society in security for its citizens, and that the fundamental rights of individuals and certain groups who may be the target of security agencies » à la p. 87). Voir aussi Roach, « Canada's response to terrorism », *supra* note 183 à la p. 532 (« the ATA, as well as a new emphasis on intelligence based policing, puts pressure on the traditional distinction between policing and intelligence by criminalizing a wide variety of associations and support for terrorism »).

⁵⁵² Bigo et Guittet, « Vers une nord-irlandisation du monde ? », *supra* note 547 au para. 15.

⁵⁵³ Bigo et Guild, *supra* note 80 à la p. 100.

⁵⁵⁴ Didier Bigo, « Éditorial : La voie militaire de la "guerre au terrorisme" et ses enjeux » (2001) 44 *Cultures & Conflits* 5 à la p. 11 [Bigo, « Éditorial : La voie militaire »].

« illibérales » au sein même des régimes libéraux⁵⁵⁵. Il n'y aurait donc pas de radicalité nouvelle de la violence dite « terroriste », mais plutôt la mise en place d'un régime particulier de contre-terreur⁵⁵⁶. Notamment, la « guerre contre le terrorisme » est une formule incantatoire, rituelle, plus qu'une stratégie : « on ne gagnera pas cette « guerre », et en tout cas, certainement pas rapidement »⁵⁵⁷. Dès lors, il risque de se produire à chaque crise une augmentation des mesures restrictives de liberté au nom de la sécurité, avec ce que les économistes appellent « un effet de cliquet » où l'on ne revient jamais à la situation antérieure⁵⁵⁸. Dans cette optique, une analyse critique de l'idée apparemment retenue par le sens commun de la nécessité d'atteindre un juste équilibre entre sécurité et liberté a été élaborée dans le cadre du projet ELISE. Cette métaphore d'un équilibre parfait entre liberté et sécurité comme chacune posée sur le plateau d'une balance « montre un récit extrêmement trompeur des forces sociales, des pratiques institutionnelles et des principes juridiques à l'œuvre dans les sociétés démocratiques contemporaines »⁵⁵⁹.

Le groupe ELISE a donc travaillé à partir de données techniques sur les politiques de l'exception en Europe, remettant en cause l'hypothèse jugée simpliste d'un besoin d'équilibre entre les libertés publiques et la sécurité. Ces analyses ont mis à nu les limites et les racines intellectuelles des analyses de sécurité fondées sur les traditions du réalisme politique qui prennent en considération une sécurité purement nationale définie en relation à une sphère extérieure ou internationale⁵⁶⁰. Ainsi, beaucoup de recherches menées dans le cadre d'ELISE suggèrent que les libertés et les droits fondamentaux de l'homme ont été compromis par l'omniprésence de tels discours sécuritaires : « d'un côté, l'exception envahit le normal et change ce qu'on considère comme normal; de l'autre on crée une nouvelle tolérance pour d'autres exceptions »⁵⁶¹. Le groupe ELISE est donc d'avis qu'une telle métaphore de l'équilibre entre sécurité et liberté doit, dans la situation actuelle des choses, rendre sceptique. Ainsi, « le défi auquel nous faisons face ne revient pas à identifier un équilibre acceptable entre les appels à la sécurité et les appels à la liberté, mais à effectuer un examen bien plus rigoureux des conditions sous lesquelles les appels

⁵⁵⁵ Bigo, «La mondialisation de l' (in)sécurité», *supra* note 127 au para. 15.

⁵⁵⁶ ELISE, « Liberté et Sécurité en Europe », *supra* note 134 aux para. 23-24.

⁵⁵⁷ Bigo, « Éditorial : La voie militaire », *supra* note 554 à la p. 12.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ ELISE, « Liberté et Sécurité en Europe », *supra* note 134 au para. 6 (selon ce groupe de chercheurs, si des décisions difficiles doivent être prises, on ne doit pas se baser sur des métaphores d'équilibre, confuses et dépolitisantes, mais sur des questions de fond).

⁵⁶⁰ *Ibid.* au para. 7.

⁵⁶¹ *Ibid.* au para. 78 (« un climat de peur, voire un état d'urgence permanent a été créé, de sorte que le comportement des individus est façonné par la conviction que nous vivons une période de guerre »).

à la sécurité garantissent la suspension des libertés »⁵⁶². En effet, cette métaphore « réconfortante » de l'équilibre suggère que n'importe qui peut se trouver en position de pouvoir juger, à partir du moment où un équilibre convenable est atteint, empêchant ainsi de comprendre comment la relation entre ces notions concurrentes est structurellement inégale⁵⁶³. Selon le groupe ELISE, la politique est alors réduite à une affaire de choix simples, comme si l'on pouvait choisir entre liberté et sécurité, l'utilisation de l'image « confortable » de la balance dans ce contexte œuvrant précisément à dévier l'attention de ce qui est en jeu dans l'idée de l'exception, dans les revendications pour suspendre les normes établies et les libertés, au nom de la sécurité dans un état d'exception⁵⁶⁴.

À cet égard, certaines voix auraient une légitimité plus grande que d'autres pour se faire entendre. Notamment selon le groupe ELISE, cette métaphore de l'équilibre fait courir le risque de penser que tout jugement sur le moment précis où cet équilibre est atteint est du ressort des agents étroitement liés aux agences de sécurité⁵⁶⁵. Il faut donc garantir que les exceptions aux attentes normales de liberté, d'égalité et de démocratie dans le cadre de l'État de droit ne soient faites que dans le cadre d'une évaluation soutenue et pluridimensionnelle. En effet, ce sujet ne peut être laissé aux mains des « professionnels » de la sécurité, ni même à celles des « professionnels » de la politique, « mais il y a de fortes raisons de croire qu'on a laissé beaucoup trop de terrain aux agences et aux institutions qui ont pris l'habitude de parler au nom de la sécurité et uniquement de la sécurité »⁵⁶⁶.

Dans nos efforts pour répondre aux suspensions ou aux limitations des droits de l'homme, il est donc important de veiller à ce que les « risques » pour la sécurité nationale ne deviennent pas le seul ensemble de critères qui éclairent la prise de décisions judiciaires. Bigo a d'ailleurs plaidé en faveur d'une conception commune des « risques » ou menaces à la sécurité en se fondant notamment sur la norme alternative de la personne raisonnable en droit qui peut agir comme un important « *reality check* » contre des décisions judiciaires exceptionnelles. De l'avis de Bigo et Guild, « the general discussion of risk and security must be moved away from a fixation on worst-case scenarios

⁵⁶² *Ibid.* au para. 89.

⁵⁶³ *Ibid.* au para. 87.

⁵⁶⁴ *Ibid.* (« finalement, cette métaphore dévie toutes les questions essentielles sur la responsabilité, le jugement, le traitement des suspects comme des humains ou pas, sur qui en vient à décider qu'un acte de violence garantit une action militaire ou juridique »).

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ *Ibid.* au para. 93.

typically favoured by government and the security industry to a discourse based on reasonable grounds for a reasonable person »⁵⁶⁷. Le rôle des juges est alors central afin d'évaluer les pratiques en matière de contre-terrorisme des États et de déterminer si elles sont compatibles avec les droits de l'homme.

Toutefois, au Canada, tel que nous avons pu le constater précédemment (voir art. 3.1.2), la définition de ce que constitue une menace à la sécurité nationale est plutôt laissée à l'exécutif, les cours de justice faisant preuve d'une déférence considérable à ce sujet. En outre, le gouvernement est appelé, selon la politique de 2004, à se fier de plus en plus à des « experts » de la sécurité provenant de l'extérieur du gouvernement, notamment à travers la mise en place du Conseil consultatif sur la sécurité nationale (voir sect. 3.2). Pourtant, en laissant à l'exécutif et aux « experts » de la sécurité le monopole de définir ce que constitue la « sécurité nationale », on ouvre la porte à de possibles abus de pouvoir (voir sect. 3.1). Bigo nous met d'ailleurs en garde contre les effets possibles de cette nouvelle forme de « gouvernementalité par l'inquiétude » utilisée par les « professionnels » de la sécurité et les « professionnels » de la politique depuis le 11 septembre 2001, où, pour rassurer les populations et les amener à obéir, on exacerbe leur peur par un discours du risque⁵⁶⁸. Les conclusions de la Commission Arar démontrent plus particulièrement la nécessité de contrôler les nouvelles politiques et mesures sécuritaires entreprises par le Canada, notamment le travail des services de renseignement parallèlement à l'augmentation de leurs pouvoirs depuis 2001⁵⁶⁹. En ce sens, la politique de 2004 en matière de sécurité nationale annonce la création « d'un mécanisme autonome d'examen pour les activités de la GRC »⁵⁷⁰.

En droit international, les États ne jouissent d'ailleurs pas d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, échappant au contrôle des organes judiciaires compétents concernant les limitations et dérogations en matière de droits de l'homme⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Bigo et Guild, *supra* note 80 à la p. 117 (« by shifting the language of risk in this way we are better able to protect the rule of law and to ensure that many, rather than a few voices are heard in the security and human rights debate »).

⁵⁶⁸ Bigo et Guittet, « Vers une nord-irlandisation du monde ? », *supra* note 547 au para. 16.

⁵⁶⁹ Voir notamment Commission Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen*, *supra* note 150 à la p. 485. Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) a d'ailleurs publié récemment un rapport plutôt accablant sur les agissements du SCRS notamment lors des interrogatoires d'Omar Khadr, en 2003. L'enquête du CSARS conclut effectivement que les agents n'ont pas respecté les droits fondamentaux d'Omar Khadr et n'ont pas tenu compte des mauvais traitements qu'il a subis aux mains des autorités américaines. Voir Canada, Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr (étude du CSARS no 2008-05)* (8 juillet 2009), en ligne : CSARS <<http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/2008-05-fra.pdf>>.

⁵⁷⁰ Sécurité Publique *Protéger une société ouverte*, *supra* note 153 à la p. 17.

⁵⁷¹ Voir Eric David, « Les Nations Unies et la lutte contre le terrorisme international », dans Jean-Pierre Cot, Mathias Forteau et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies : Commentaires article par article*, 3e éd., CEDIN, Paris, Économica, 163 à la p. 198. Voir aussi Burchill, *supra* note 273 à la p. 101 (« any reliance upon derogation provisions

L'importance du contrôle judiciaire des revendications exécutives de suspension ou de limitation des droits et libertés individuels au nom de la sécurité nationale a été reconnue notamment par la CIDH et le CCPR⁵⁷². Ainsi, les instances judiciaires compétentes doivent être autorisées et habilitées à juger au cas par cas de la conformité de l'invocation de mesures restrictives ou dérogatoires selon le droit applicable⁵⁷³. Il en est ainsi, d'autant plus, que le terme « sécurité nationale » n'est guère défini au sein des principaux instruments internationaux de protection des droits de l'homme⁵⁷⁴. Les *Principes de Syracuse* en 1984 et les *Principes de Johannesburg sur la sécurité nationale, la liberté d'expression et l'accès à l'information* en 1995 tentent à cet égard d'apporter un certain éclairage face à ce qui doit être entendu par ce terme⁵⁷⁵.

Il a d'ailleurs été soulevé à Johannesburg que le fait de répondre aux menaces à la sécurité nationale augmente le risque d'abus en matière de restrictions des libertés individuelles⁵⁷⁶. En effet, « certaines des violations les plus graves des droits humains sont justifiées par les gouvernements comme étant nécessaires pour protéger la sécurité nationale »⁵⁷⁷. Ainsi, ces groupes d'experts ont tenté de réduire la portée du concept de « sécurité nationale » en précisant qu'il ne peut être invoqué pour justifier des mesures restreignant certains droits que lorsqu'il s'agit de mesures dont le véritable but et l'effet démontrable sont de protéger un pays, son intégrité territoriale ou son indépendance

must be reported to the body responsible for monitoring the treaty. This latter aspect is crucial for it allows monitoring bodies to have a role at a time when human rights obligations are most likely to be disregarded »).

⁵⁷² Voir Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Colombie 05/05/97*, Doc. off. CCPR NU, 1997, Doc. NU CCPR/C/79/Add.76 au para. 38 (« le Comité réaffirme de nouveau l'idée que les autorités ne devraient pas déclarer d'état d'exception à moins que les conditions prévues à l'article 4 du Pacte ne soient réunies [...]. Des dispositions constitutionnelles et légales devraient reconnaître aux tribunaux le pouvoir de contrôler que l'article 4 du Pacte est bel et bien respecté »). Voir aussi CIDH, *Report on Terrorism and Human Rights*, supra note 2 au para. 53 (« restriction provisions are, like derogation provisions, governed by specific requirements that are the subject of strict and rigorous review by the supervisory bodies of the inter-American system »).

⁵⁷³ *Habeas corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights* (1987), Avis consultatif OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no 8 au para. 30 (la Cour reconnaît l'importance « of the active involvement of an independent and impartial judicial body having the power to pass on the lawfulness of measures adopted in a state of emergency »); *Judicial guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and 8 American Convention on Human Rights* (1987), Avis consultatif OC-9/87 Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no 9 au para. 21 (« from Article 27(1), moreover, comes the general requirement that in any state of emergency there be appropriate means to control the measures taken »).

⁵⁷⁴ Coliver, supra note 423 à la p. 17 (« none of the international bodies charged with interpreting and applying these treaties has provided a definition of national security, and few have even offered meaningful guidance in limiting its scope »).

⁵⁷⁵ Voir *Principes de Syracuse*, supra note 271 aux paras. 29-32 et *Principes de Johannesburg*, supra note 276, principe 2.

⁵⁷⁶ Coliver, supra note 423 à la p. 13 (« a government's claim of security threat can deal a knock-out blow to the main institutional safeguards against government abuse: independence of the courts, due process of law, freedom of the press, and open government. It is this profound tension between expression and national security that led Article 19, the International Center Against Censorship, to convene a group of independent experts to draft a set of principles that would adequately safeguard both the right to freedom of expression and information as well as the prerogative of governments to limit the right when necessary to protect a legitimate national security interest. The result was the Johannesburg principles »).

⁵⁷⁷ *Principes de Johannesburg*, supra note 276, al. 5 préambule.

politique contre l'emploi ou la menace de la force⁵⁷⁸. Les menaces à la sécurité du pays ne peuvent donc pas être de caractère local ou relativement isolées⁵⁷⁹.

En définitive, cette réflexion interdisciplinaire nous a permis de constater les nombreux changements dans la conceptualisation de la sécurité survenus depuis la fin de la Guerre froide et dont les événements du 11 septembre 2001 ont servi de catalyseur, changements qui ont grandement influencé les définitions tant politiques que juridiques du concept de la « sécurité nationale » au Canada. Notamment, « d'une dimension à l'origine militaire et imperméable entre ses éléments interne et externe, la sécurité peut désormais être évoquée en terme de continuum englobant à la fois l'interne et l'externe »⁵⁸⁰. Dans un contexte historique, le concept de « sécurité nationale » n'est donc pas statique, mais en perpétuelle évolution. Il est donc important de se questionner comme nous l'avons fait ici sur ce que signifie le concept de « sécurité nationale », terme hautement subjectif, mais également hautement significatif, surtout lorsqu'il est « mis en balance » face à certains droits et libertés fondamentaux dans le cadre de l'application de mesures antiterroristes telles que la *LAT*. En effet, une fois l'étiquette de « sécurité » accordée à une question, celle-ci devient une priorité pour la société : « this is why it is important to challenge the discipline's pre-defined conception of security, which in turn leads to a conservative pre-defined agenda »⁵⁸¹. Le 11 septembre 2001 appelle, par ailleurs, selon Charles-Philippe David, à une réaffirmation du concept de « sécurité nationale »⁵⁸².

Nous partageons à cet effet les propos de Lorne Sossin, professeur de droit à l'Université de Toronto, au fait que le problème avec le concept de « sécurité nationale » réside dans le fait que sa signification puisse changer selon le courant politique « du jour ». Selon cette dernière, « statutory terms which authorize state action that may jeopardize the life, liberty and the security of the person must have some inherent content

⁵⁷⁸ *Principes de Syracuse*, *supra* note 271 au para. 29 (« la sécurité nationale ne peut être invoquée comme un motif pour introduire des restrictions lorsqu'il s'agit de prévenir des menaces de caractère local ou relativement isolées contre la loi et l'ordre au para. 30); *Principes de Johannesburg*, *supra* note 276, principe 2 b) (« en particulier, une restriction qu'un gouvernement tenterait de justifier par des raisons de sécurité nationale n'est pas légitime si son véritable but et son effet démontrable est de protéger des intérêts ne concernant pas la sécurité nationale, par exemple de protéger un gouvernement de l'embarras ou de la découverte de ses fautes, ou pour dissimuler des informations sur le fonctionnement des institutions publiques, ou pour imposer une certaine idéologie, ou pour réprimer des troubles sociaux »).

⁵⁷⁹ Voir Kiss, *supra* note 283 aux pp. 296-97 (« restrictions on human rights can be adopted under this concept [national security] only if the interest of the whole nation is at stake. This excludes restriction in the sole interest of a government, regime or power group »).

⁵⁸⁰ Breton, Deschênes et Garon, *supra* note 530 à la p. 30.

⁵⁸¹ Booth, *Theory of World Security*, *supra* note 97 à la p. 109.

⁵⁸² David, *La guerre et la paix*, *supra* note 107 à la p. 38.

beyond the particular predilections of particular ministers at particular historical conjunctures »⁵⁸³. Tel que nous le rappellent les approches critiques étudiées ici, la «sécurité nationale » n'est donc pas qu'une simple question technique liée à des objectifs militaires et stratégiques suivant la définition réaliste de ce concept, mais doit plutôt être démasquée en tant que terme subjectif lié à une certaine vision de la politique : « there is no politics-free definition of security in world politics »⁵⁸⁴.

La sécurité étant dérivée de la politique, il faut alors révéler la théorie politique au sein de laquelle les conceptions de la sécurité au Canada sont ancrées, et conséquemment les priorités qui détermineront l'ordre du jour des politiques sécuritaires. D'ailleurs, pour Booth, la principale tâche des « études critiques de sécurité » (voir art. 1.3.3) est de remettre en question, d'un point de vue critique, l'orthodoxie réaliste que l'on retrouve dans la conception traditionnelle de la « sécurité nationale »: « political realism [...] has created a prison of categories and assumptions of classical social, cultural and political sciences that have worked to create a world that does not work for most of its inhabitants »⁵⁸⁵. Les événements du 11 septembre 2001 ont d'ailleurs confirmé pour certains auteurs l'image réaliste de la politique comme étant un incontournable domaine du conflit dans laquelle la seule façon de faire face à la violence est d'utiliser la force⁵⁸⁶.

Le défi ne réside donc pas en tant que tel dans la simple définition du concept de « sécurité nationale », mais plutôt dans le fait de déterminer « la politique de son sens » (*politics of its meaning*). Il faut alors pousser notre réflexion plus loin que le simple élargissement de l'agenda de la sécurité à de nouvelles menaces tel que le conçoit la politique du gouvernement canadien de 2004. Selon Booth, « even when state representatives adopt the language of a broadened conception of security, one should not expect any fundamental changes in their outlook »⁵⁸⁷. En effet, l'inscription à l'ordre du jour des questions de sécurité autres que les menaces militaires n'est pas suffisante, si l'élargissement de la sécurité est dérivé d'une théorie politique conservatrice. Un programme de sécurité réaliste aussi élargi soit-il sera toujours limité aux intérêts du

⁵⁸³ Lorne Sossin, « Developments in Administrative Law : the 2001-2002 Term » (2002) 18 Sup. Ct. L. Rev. 39 à la p. 53.

⁵⁸⁴ Booth, *Theory of World Security*, *supra* note 97 à la p. 109.

⁵⁸⁵ Booth, «Critical Explorations», *supra* note 89 aux pp. 3-4 (« realism [for someone and for some purpose] has been a theory of the powerful, by the powerful, for the powerful »).

⁵⁸⁶ Voir notamment Colin Gray « World Politics as Usual after September 11: Realism Vindicated » dans Ken Booth et Tim Dunne, dir., *World in Collision: Terror and the Future of Global Order*, New York, Palgrave MacMillan, 2002, 226 à la p. 227 et s.; Kenneth N. Waltz « The Continuity of International Politics » dans Booth et Dunne, *ibid.*, 348 à la p. 350 et s.

⁵⁸⁷ Booth, *Theory of World Security*, *supra* note 97 à la p. 171.

gouvernement⁵⁸⁸. Rappelons ici que la politique canadienne de 2004 demeure centrée sur l'État adoptant une vision plutôt réaliste de la sécurité nationale⁵⁸⁹.

Les « études critiques de sécurité » nous permettent donc de remettre en question cette conceptualisation de la sécurité découlant d'une telle vision réaliste du monde qui place l'État au centre des préoccupations (l'individu étant relayé au second plan) en démasquant les hypothèses politiques et philosophiques qui sous-tendent les pratiques de la sécurité, en reliant en d'autres mots la sécurité avec la théorie politique, dans ce cas-ci, le réalisme. Une dimension importante de cet approfondissement du concept de sécurité est ainsi d'aller au-delà de l'État et d'explorer de nouveaux objets référents tels que l'individu. Conséquemment, le rôle de l'État en matière de sécurité doit également être remis en question dans la mesure où les approches critiques cherchent à « dénaturiser » ce référent politique : « human institutions like the state are historical phenomena, not biological necessities »⁵⁹⁰. L'État ne devrait donc pas constituer l'unique gardien de la sécurité des individus⁵⁹¹.

3.4 Sécurité humaine : débat international face au concept de «sécurité nationale»

De tels débats entourant la conception traditionnelle de la sécurité centrée exclusivement sur l'État se répercutent d'ailleurs au niveau international, notamment au sein des NU, depuis les deux dernières décennies avec l'essor de concepts tels que la «sécurité humaine» et son corollaire la « responsabilité de protéger »⁵⁹². Il est donc possible d'inscrire l'analyse interdisciplinaire critique du concept de « sécurité nationale» au Canada que nous venons d'effectuer au sein d'un débat international plus large concernant la redéfinition d'un tel concept centré exclusivement sur la protection et la préservation de l'État souverain. En effet, il est devenu de plus en plus apparent à la

⁵⁸⁸ *Ibid.*

⁵⁸⁹ Voir Sokolsky, *supra* note 536.

⁵⁹⁰ Booth, « Beyond Critical Security Studies », *supra* note 103 à la p. 267 (« the temporality of all institutions should lead us to focus on the individual as the ultimate referent for security »).

⁵⁹¹ L'on peut toutefois se questionner sur la faisabilité d'un tel programme critique puisque le système international tant de sécurité collective que de protection des droits humains repose sur la volonté des États à respecter ou non leurs engagements. Un dépassement total de l'État ne semble donc pas être possible à l'heure actuelle, la sécurité des individus restant liée à celle de l'État. Voir à ce sujet Christopher C. Joyner: «The United Nations and Terrorism: Rethinking Legal Tensions Between National Security, Human Rights and Civil Liberties» (2004) 5 *International Studies Perspectives* 240 à la p. 255 (« it is the national governments of members states that remain the final arbiter for enforcing international legal rules and for ensuring that their antiterrorist laws comport with the values of international human rights »).

⁵⁹² Voir généralement PNUD, *Rapport mondial*, *supra* note 137; Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des états, *La Responsabilité de Protéger*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 2001[CIISE, *La Responsabilité de Protéger*]; Commission sur la Sécurité humaine, *La sécurité humaine maintenant*, Tokyo, CHS, 2003, en ligne: <http://www.humansecuritychs.org/finalreport/outline_french.html>.

lumière de certains événements, par exemple le génocide rwandais en 1994, que pour des millions de personnes les actions de leur propre gouvernement représentent la principale menace à leur sécurité⁵⁹³. Le concept de « sécurité humaine » cherche donc à remplacer la conception traditionnelle de la sécurité internationale centrée sur la souveraineté militaire des États et la minimisation de la violence interétatique par une conception axée sur le bien-être des citoyens à l'intérieur même de ces États (voir art. 1.3.3). Comme le PNUD l'indique dans le *Rapport mondial sur le développement humain* de 1994, la sécurité humaine consiste plus spécifiquement à contrer sept types d'insécurité humaine : la non-vérification de la croissance démographique, la dégradation de l'environnement et la pollution, le trafic de la drogue, le terrorisme international, l'instabilité financière, l'instabilité commerciale et l'inégalité dans le monde⁵⁹⁴.

L'agenda sécuritaire est également élargi par un tel concept afin d'y inclure des nouvelles préoccupations telles que le développement économique et le développement humain. En effet, un plan d'action pour lutter contre l'insécurité humaine doit agir sur différentes sphères de la sécurité et assurer la sécurité économique, financière, alimentaire, sanitaire, environnementale, personnelle et communautaire⁵⁹⁵. Les intérêts de l'État en matière de sécurité sont alors dissociables des intérêts de la population civile. Une telle conception de la sécurité remet ainsi en question le monopole exclusif de l'État sur l'individu et sa sécurité, la communauté internationale ayant la « responsabilité de protéger » les populations notamment contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité⁵⁹⁶. La souveraineté étatique impliquerait à cet égard une responsabilité externe de respect de la souveraineté des autres États, mais aussi, de façon croissante, une responsabilité interne de respect de la dignité et des droits fondamentaux des populations vivant sur le territoire de l'État. Un

⁵⁹³ Voir Macfarlane, *supra* note 96 à la p. 351 (« during the twentieth century, more civilians were killed directly or indirectly by their own governments than were killed in wars during the same period. In short, there has been ample evidence that the state, far from being a solution to the security demands of its citizens, may wilfully be a major threat to their security »).

⁵⁹⁴ PNUD, *Rapport mondial*, *supra* note 137 à la p. 48.

⁵⁹⁵ Voir notamment D'Aoust, Grondin et Macleod, *supra* note 83 à la p. 363 (« les cibles principales de la sécurité humaine sont avant tout les 'populations vulnérables' des pays en voie de développement, telles que les minorités ethniques et religieuses et les enfants »).

⁵⁹⁶ Voir *Projet de document final de la Réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale de septembre 2005*, Rés. AG 59/314, Doc. off. Ag NU, 59^e sess., Doc. NU A/RES/59/314 (2005) 1 aux para. 138-40 (« il incombe également à la communauté internationale [...] de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux Chapitres VI et VIII de la Charte, afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité » au para. 139).

État qui faillirait à son devoir de protection envers sa population civile « activerait » une responsabilité « subsidiaire » de la communauté internationale⁵⁹⁷.

Ainsi, cette « responsabilité de protéger » demeure soumise au principe de subsidiarité, la notion d'intervention devant par ailleurs être entendue au sens large, et être cohérente avec la logique de la *Charte des Nations Unies*, à savoir graduelle⁵⁹⁸. Certains auteurs tels que Ken Booth ont d'ailleurs critiqué ce nouveau principe d'intervention ainsi que le concept de « sécurité humaine » comme demeurant largement conçus en termes étatiques: «the concept of human security [...] which originally encouraged the idea of a different and more important referent than the sovereign state has been co-opted and incorporated into statist discourses, reviving old ideas about high and low politics»⁵⁹⁹. Il en est ainsi, d'autant plus que le champ d'application et la définition de tels concepts restent flous, ne faisant pas l'objet d'un consensus à l'heure actuelle au sein de la communauté internationale (voir art. 1.3.3).

Il demeure toutefois intéressant à cet effet de contraster la politique du Canada en matière de sécurité nationale de 2004 liée à une vision plutôt réaliste de la politique avec sa politique étrangère qui, depuis les années 1990, intègre le concept de « sécurité humaine », bien qu'on y retrouve toujours les éléments privilégiés au sein d'une conception traditionnelle de la sécurité (ex : souveraineté, intégrité territoriale)⁶⁰⁰. Ainsi, «in the 1990's human security became the official lexicon of the Canadian government, though its rhetorical commitment did not shift security priorities from the state to the human level »⁶⁰¹. L'approche canadienne en matière de « sécurité humaine » s'est toutefois orientée davantage sur la protection des individus lors de conflits, divergeant ainsi de la conception onusienne du terme⁶⁰².

⁵⁹⁷ CIISE, *La Responsabilité de Protéger*, supra note 592 à la p. 11 et s.

⁵⁹⁸ *Ibid.* à la p. 33 et s.

⁵⁹⁹ Booth, « Beyond Critical Security Studies », supra note 103 à la p. 266.

⁶⁰⁰ Voir Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international, *Le Canada dans le monde Le cadre stratégique de la politique étrangère du Canada : 1995*, en ligne : MAECI <http://www.dfait.maeci.gc.ca/foreign_policy/cnd-world/mnu-fr.asp> (dans ce document on présente déjà la sécurité humaine comme partie intégrante des changements de dynamique dans le domaine de la sécurité). Voir aussi Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international, *Vivre à l'abri de la peur : la politique étrangère du Canada en matière de sécurité humaine* (2000), en ligne : MAECI <<http://pubx.dfait.maeci.gc.ca/>>.

⁶⁰¹ Booth, *Theory of World Security*, supra note 97 à la p. 325. Voir aussi à ce sujet Mark Neufeld, « Pitfalls of Emancipation and Discourses of Security: Reflections on Canada's "Security with a Human Face" » (2004) 18:1 *International Relations*, 109.

⁶⁰² Voir Richard Garon, Pascale Labbé et Dorothée Roy, « La sécurité humaine et les interventions canadiennes en Haïti », 2005 16 *Sécurité mondiale* 1 à la p. 2.

Le concept de sécurité demeure à cet effet un concept « essentiellement contesté » tant au niveau national qu'international. Différentes conceptualisations de la « sécurité internationale », telles que la « sécurité humaine », mais aussi le concept de la « sécurité globale » ont effectivement vu le jour vers la fin des années 1980⁶⁰³. L'ambiguïté du concept de sécurité et les dangers que ce terme ne soit utilisé à des fins abusives ne se limitent donc pas aux seules politiques nationales des États, mais aussi aux politiques de la communauté internationale. Notamment, les nouvelles conceptualisations de la sécurité ont influencé une définition de plus en plus large par le CSNU de ce que constitue une « menace à la paix et à la sécurité internationales » dans le cadre de l'application du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*⁶⁰⁴. De là toute l'importance des initiatives telles que les *Principes de Syracuse* et les *Principes de Johannesburg* afin de restreindre la portée du concept de sécurité, notamment dans le cadre de restrictions ou de suspensions des droits de l'homme par les États.

3.5 Conclusion : retour sur la notion d'équilibre entre sécurité et droits humains

À cet égard, dans la mesure où en matière de contre-terrorisme de tels concepts de sécurité et de sécurité nationale « essentiellement contestés » sont mis en équilibre devant certains droits et libertés, comme c'est le cas au Canada, cette notion d'équilibre doit être clarifiée comme nous l'avons fait à travers les « études critiques de sécurité ». En effet, différentes conceptualisations de la sécurité comportent différents résultats de cette fameuse « balance ». Sans nécessairement importer de nouvelles conceptualisations de la sécurité directement en droit, nous avons donc ici ouvert un important débat tant au niveau épistémologique que normatif concernant le concept de sécurité, plus particulièrement de « sécurité nationale » et son apparente neutralité telle que véhiculée par les approches traditionnelles de la sécurité.

⁶⁰³ Bernard, *supra* note 165 à la p. 426 (« l'accélération de la mondialisation, la montée en importance d'acteurs transnationaux et la fin de la Guerre froide viennent remettre sérieusement en question le modèle de compréhension de la sécurité, modèle centré sur l'État qui a longtemps dominé ce domaine d'étude. Chez plusieurs théoriciens, un changement conceptuel s'effectue au cours de cette période et l'on commence alors à réfléchir plus en fonction de 'politique globale' que de 'relations internationales' »).

⁶⁰⁴ Voir notamment Macfarlane, *supra* note 96 aux pp. 353-54 (« during the Cold War the Council generally took a very narrow view of the meaning of threat. Council actions focused heavily on interstate threats to peace and security [...]. The end of the Cold War period brought significant change in the Council's definition of threat to international peace and security and its practice vis-à-vis sub-state conflict [...]. The Council came to see the targeting, abuse or neglect of civilians as constituting a threat to international peace and security »).

Plusieurs juristes ont d'ailleurs remis en question l'image même de cet « équilibre », dans la mesure où l'un des termes, le concept de « sécurité nationale », est ambigu et défini essentiellement par l'exécutif et les « experts de la sécurité ». Notamment, Wesley Clark de la CCDP critique cette image très puissante qui s'est imposée au Canada dans le discours public et politique depuis le 11 septembre, qui dans sa forme la plus élémentaire, suggère un jeu à somme nulle : l'augmentation des droits entraîne la diminution de la sécurité et inversement. Selon ce dernier, « dans notre recherche bien compréhensible d'une conception nouvelle de la « sécurité nationale » et des droits dans le monde de l'après-11 septembre, nous avons peut-être été induits en erreur par l'image commode et rassurante de “la balance de la justice” »⁶⁰⁵. Jeremy Waldron, professeur de droit à la Columbia University et Lucia Zedner, professeur de droit à l'Université d'Oxford, sont également de cet avis et soulignent le fait que les arguments en faveur de « l'équilibre » non seulement manquent de spécificité et militent contre toute considération structurée de la valeur des droits humains, mais se prêtent également de façon naturelle à la rhétorique politique d'une plus grande sécurité et d'une réduction des droits et libertés⁶⁰⁶. Il est donc primordial d'aborder cette image de l'équilibre omniprésente depuis le 11 septembre 2001 en matière de contre-terrorisme avec un certain scepticisme, voire un regard critique.

⁶⁰⁵ CCDP, *Les préoccupations relatives à la sécurité nationale*, *supra* note 55 à la p. 3.

⁶⁰⁶ Waldron, *supra* note 162 aux pp. 194-95, 208-10 (« we must insist that those who talk the balancing-talk step up to the plate with some actual predictions about effectiveness. We should not give up our liberties, or anyone else's liberties, for the sake of purely symbolic gains in the war against terrorism » à la p. 210); Lucia Zedner, «Securing Liberty in the Face of Terror: Reflections from Criminal Justice» (2005) 32:4 J.L. & Soc'y 507 à la p. 509 ct s. (« the experience of criminal justice is that balancing is a politically dangerous metaphor unless careful regard is given to what is at stake » à la p. 511).

CONCLUSION

Un tel regard critique à l'égard de l'un des plus importants dilemmes du contre-terrorisme a ainsi été posé au sein de cette analyse. La recherche d'un équilibre conciliant les impératifs de la sécurité et les droits de l'homme, dans un contexte « post-11 septembre » de « lutte globale contre le terrorisme », a provoqué à cet effet un réengagement envers plusieurs questions au cœur de l'ordre démocratique. Notamment, ce dilemme remet en question l'équilibre entre l'individuel et le collectif, entre le politique et le juridique et entre la souveraineté et la primauté du droit. Nous avons alors voulu comprendre comment ici, au Canada, le gouvernement et les cours de justice ont fait face à de tels questionnements. L'un des objectifs principaux de ce travail fut donc de situer le Canada face à ce dilemme de l'« équilibre » entre sécurité et droits humains devant la menace terroriste.

En étudiant plus particulièrement la *LAT*, adoptée par le Canada en réponse aux événements du 11 septembre 2001, nous avons pu constater que cette métaphore de l'équilibre était omniprésente, notamment dans l'interprétation judiciaire de certaines des dispositions les plus problématiques de cette loi en matière de droits humains. Cette situation n'est toutefois pas sans précédent, puisque le Canada a déjà dû, par le passé, faire face à ce dilemme en réponse à certains actes « terroristes », notamment durant la Crise d'octobre 1970 et lors de l'explosion du vol 182 d'Air India en 1985. Cependant, la principale différence entre les discours politiques de l'époque et ceux véhiculés à l'heure actuelle réside dans le fait que le gouvernement canadien aurait maintenant la possibilité de générer de plus grandes préoccupations en matière de sécurité, appelant à un « rééquilibrage » de l'équation en faveur de la sécurité.

En effet, depuis les événements du 11 septembre 2001, le sentiment d'insécurité et la tendance au réalignment politique envers des préoccupations sécuritaires se seraient grandement accrus. La recherche de la sécurité est devenue, depuis 2001, un objectif social primordial au sein de la plupart des États. À cet égard, notre deuxième objectif de recherche fut de remettre en question l'utilisation de cette métaphore de l'équilibre au

Canada dans le cadre de l'application de la *LAT* et d'autres mesures terroristes analogues en matière d'immigration. L'énoncé d'un nouveau paradigme de la sécurité, suite aux événements du 11 septembre 2001, a effectivement mis de l'avant l'importance de remettre en question les définitions données au Canada de ce terme « essentiellement contesté », notamment lorsque « mis en balance » face aux droits et libertés de l'individu.

Nous croyons à cet effet que les pouvoirs de l'exécutif, lorsqu'ils affectent les droits et libertés de l'individu, doivent être tenus en échec, de tels pouvoirs exercés dans le secret surtout sous le couvert de la sécurité nationale étant doublement dangereux. Il en est ainsi, d'autant plus que depuis le 11 septembre 2001, les revendications en matière de sécurité semblent être utilisées par les gouvernements et les politiciens de plus en plus comme des dispositifs rhétoriques pour l'expansion des pouvoirs de l'État. Cette notion d'équilibre entre sécurité, « sécurité nationale » et droits et libertés individuels a donc été clarifiée au sein de notre réflexion par une analyse critique des concepts en jeu, plus particulièrement des définitions tant juridiques que politiques données au concept de « sécurité nationale » au Canada à l'aide des « études critiques de sécurité ».

Une compréhension critique des discours sécuritaires de l'État était effectivement nécessaire, les revendications en matière de sécurité nationale de l'exécutif faisant l'objet d'un contrôle plutôt souple selon l'approche généralement déférentielle des cours de justice. Nous avons donc pu constater que le gouvernement canadien adoptait une définition plutôt traditionnelle de la « sécurité nationale », basée sur une vision réaliste de la politique centrée sur l'État. De là réside toute l'importance des « études critiques de sécurité » qui, d'un point de vue épistémologique et normatif, remettent en question l'apparente neutralité du concept de « sécurité nationale » et l'orthodoxie réaliste qui sous-tend un tel concept.

À cet égard, selon les catégorisations théoriques établies par Robert Cox (*problem solving VS critical theory*), la principale caractéristique de l'ensemble des approches critiques, tant en RI qu'en droit international, réside dans la remise en question des institutions sociales et des relations de pouvoir orientées vers le statu quo reproduisant certaines formes de domination (ex : domination Nord VS Sud) au sein de la société actuelle⁶⁰⁷. Il est d'ailleurs intéressant de faire le pont entre les « études critiques

⁶⁰⁷ Voir Robert W. Cox, «Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory» (1981) 10 Millennium J. Int'L Stud. 126 à la p. 129 («Critical theory, unlike problem-solving theory, does not take institutions and

de sécurité » et les approches critiques en droit international, notamment les *Critical Legal Studies* (CLS) et leur vision du droit en tant que langage dont la nature est essentiellement indéterminée et sujette à l'influence du politique⁶⁰⁸. En effet, en croyant faire des choix juridiques, en raison de cette indétermination et de la nature circulaire de la structure argumentative juridique, on ferait en réalité des choix totalement politiques.

La principale lacune reliée à cette notion d'équilibre entre sécurité nationale et droits humains réside à cet effet dans la nature indéterminée et hautement subjective du concept de « sécurité nationale », sujet aux aléas du politique. Pour tenter de remédier à cette lacune, nous avons cherché en dernier lieu à analyser de façon critique ce concept tel que défini au Canada à l'aide des « études critiques de sécurité », afin de redéfinir cette notion d'équilibre en matière de contre-terrorisme entre « sécurité nationale » et droits humains. Il pourra à cet égard nous être reproché de ne pas chercher à quantifier cet équilibre, ni de trancher sur sa nécessité et ainsi tenter d'apporter une solution concrète à ce dilemme. Nous répondrons à ces critiques en arguant que l'objectif et l'apport normatif, à la lumière de la définition de Robert Cox des « théories critiques », résident ailleurs, c'est-à-dire dans le processus de déconstruction des structures idéologiques et des institutions à la base de la société qui sous-tendent certaines relations de domination⁶⁰⁹.

Il nous faut donc croire au caractère constructif de la critique dans son processus de déconstruction. De telles thèses « déconstructrices » permettent entre autres aux internationalistes contemporains d'apprécier leur rôle dans une lutte pour un ordre international plus « juste » (selon leur propre notion subjective de la justice) en dépassant de telles structures et institutions sociales⁶¹⁰. C'est sur ce point que réside selon nous toute l'importance normative de la critique, notamment en matière de sécurité: « in an age

social power relations for granted but calls them into question by concerning itself with their origins and how and whether they might be in the process of changing»).

⁶⁰⁸ Voir notamment Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p. 588 et s. (la thèse principale de Koskeniemi soutenue dans ce texte est que le droit international n'étant qu'une langue permettant aux sujets juridiques de défendre n'importe quel point de vue, la réhabilitation de la politique en droit est la seule voie réaliste qui demeure pour ceux désirant échapper aux dérives utopiques ou apologetiques du droit international. S'inspirant des travaux de David Kennedy sur la question et reprenant les termes déjà formulés par Duncan Kennedy, tenant des CLS, Koskeniemi présente effectivement le droit international comme un discours oscillant toujours entre l'apologie («réalisme») et l'utopie («naturalisme»)).

⁶⁰⁹ Voir Cox, *supra* note 607 à la p. 130 (« Critical theory allows for a normative choice in favour of a social and political order different from the prevailing order [...]. In this way critical theory can be a guide to strategic action for bringing about alternative order »).

⁶¹⁰ Anthony Carty, «Critical International Law: Recent Trends in Theory of International Law» (1991) 2 Eur. J. Int'l L. 66 à la p. 67 (« the role of the international lawyer in such an acutely relativised, self-reflective culture is now, more than ever, crucial. It is his function to resist phony, reified would-be universalist legal discourse in favour of the recognition of the inevitably restrictive and exclusive nature of individual State discourses »).

in which security is so important, and some of the practices of security so troubling to those committed to liberty and justice- to the ethos of democracy- security study demands and ethos of critique, even with the recognition that it does not provide a destination we can finally reach »⁶¹¹. Nous tenons toutefois à offrir certaines pistes de réflexion provenant de différents auteurs, qui pourraient s'avérer extrêmement intéressantes afin de limiter les aspects les plus négatifs de cette notion d'équilibre.

Entre autres, Craig Forcese propose de mieux définir législativement le terme de « sécurité nationale ». En effet, une certaine déférence à l'exécutif dans l'examen judiciaire de l'exercice des pouvoirs du gouvernement en matière de sécurité nationale peut à son avis être inévitable, mais cette déférence de pair avec l'ambiguïté législative de ce concept n'est nullement nécessaire. Selon ce dernier, « there is no reason why the definition of national security in Canada's law could not be standardized »⁶¹². Forcese propose alors de lier l'utilisation du terme de « sécurité nationale » à la définition de « menaces à la sécurité du Canada », contenue dans la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*⁶¹³. Forcese suggère également d'accorder une plus grande attention à l'expertise croissante des juges « désignés » de la Cour fédérale en matière de sécurité nationale dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle d'une décision discrétionnaire⁶¹⁴.

À l'instar de Forcese, Didier Bigo et Elspeth Guild argumentent en faveur d'un plus grand rôle du judiciaire dans la détermination des « menaces à la sécurité nationale » en proposant une conception commune de ces menaces, basée sur la « norme de la personne raisonnable » en droit. Une telle conception des menaces permettrait de contrebalancer l'approche généralement déférentielle des tribunaux en matière de sécurité nationale⁶¹⁵. À cet égard, David Dyzenhaus propose une voie mitoyenne entre le « légalisme » à outrance (ou idéalisme du juridique) et la souveraineté politique (le pragmatisme) eu égard aux principes de déférence judiciaire. Ce dernier argumente effectivement en faveur d'une « culture de la justification », dans laquelle serait fondée

⁶¹¹ Mutimer, *supra* note 106 à la p. 72.

⁶¹² Forcese, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 à la p. 999.

⁶¹³ *Supra* note 471.

⁶¹⁴ Forcese, « Through a Glass Darkly », *supra* note 414 à la p. 1000 (à ce propos, ce dernier soulève le fait que certains fonctionnaires Canadiens, notamment dans le cadre de l'affaire Arar, auraient adopté une conceptualisation de la sécurité nationale « dont la fin justifierait les moyens » qui met potentiellement en danger les libertés individuelles et la primauté du droit).

⁶¹⁵ Bigo et Guild, *supra* note 80 à la p. 117 (« by shifting the language of risk in this way we are better able to protect the rule of law and to ensure that many, rather than a few voices are heard in the security and human rights debate »).

une conception de la déférence judiciaire synonyme de respect à distinguer d'une conception de la déférence en tant que soumission⁶¹⁶. Cette approche repose alors sur la reconnaissance de la nécessité du dialogue entre les acteurs constitutionnels représentant le politique et le juridique, respectivement. Le fardeau de la « justification » incomberait selon Dyzenhaus tant au législateur, à l'exécutif, qu'au judiciaire.

Ces pistes de solution soulèvent ainsi différentes façons de concevoir la séparation des pouvoirs, notamment les rôles de la branche judiciaire et législative du gouvernement dans l'évaluation des revendications de l'exécutif en matière de sécurité et, par le fait même, dans l'évaluation des différents types de mesures antiterroristes adoptées. En matière de droit criminel, les tribunaux ont effectivement l'obligation de réviser les lois antiterroristes afin de garantir leur légalité, mais l'ampleur de ce rôle dépendra de la façon dont le Parlement s'acquitte de son propre rôle. Selon Maureen Webb, « legislators should not pass on to courts their own responsibility for ensuring that measures are warranted and appropriate. Only legislators can view the *Anti-terrorism Act* in its entirety and thus fully assess its dangers »⁶¹⁷.

Le législateur et le juge ont donc tous deux un rôle essentiel et complémentaire à jouer dans le développement et l'examen d'une loi antiterroriste effective. Kent Roach argumente à cet effet pour un meilleur dialogue entre ces deux branches⁶¹⁸. Il est toutefois possible de critiquer à cet égard l'approche essentiellement législative prise par le Canada à travers l'adoption de la *LAT*, Roach étant d'avis que le Canada aurait plutôt dû prioriser l'adoption de diverses mesures administratives, qui auraient contribué à sécuriser les sites et les substances qui peuvent être utilisés pour commettre des actes de terrorisme⁶¹⁹. Le terrorisme ne serait donc pas seulement une question d'application de la loi ou une question militaire, mais aussi le reflet de plus grands enjeux. Les stratégies politiques adoptées devraient donc également s'attaquer aux causes profondes de la menace terroriste.

À cet égard, nous désirons conclure ce travail de recherche en abordant le rôle des internationalistes (académiciens — étudiants, professeurs — juristes, avocats,

⁶¹⁶ David Dyzenhaus, « Deference, Security and Human Rights » dans Goold et Lazarus, *supra* note 5, 125 à la p. 138 (« all officials acts, all exercises of state power are legal only on conditions that they are justified by law understood in an expansive sense including fundamental commitments such as those entailed by the principles of legality and respect for human rights »).

⁶¹⁷ Webb, *supra* note 204 à la p. 101.

⁶¹⁸ Roach, « The Role and Capacities of Courts », *supra* note 55 à la p. 51.

⁶¹⁹ Roach, « Canada's response to terrorism », *supra* note 183 à la p. 528.

politologues, etc.) dans l'évaluation des mesures antiterroristes prises par les États pour assurer la sécurité nationale. Le rôle des intellectuels, terme pris au sens large, est effectivement primordial au sein de l'ensemble des approches et théories critiques afin de remettre en question l'orthodoxie des approches dominantes et la reproduction par celle-ci des structures de domination. Nous croyons à cet effet que tout intellectuel doit faire preuve d'un esprit critique et résister aux marginalisations des droits et libertés de l'individu dès lors que les nécessités de la sécurité sont invoquées.

Si l'on reprend le concept de « guerre de positions », cher à l'approche néogramscienne, le juriste, comme l'intellectuel, doit choisir son emplacement au sein d'une lutte culturelle combattant la naturalisation des valeurs et visions véhiculées par la classe dominante, afin de changer le « sens commun » établi par cette dernière⁶²⁰. Le processus de production intellectuelle n'est donc jamais une activité neutre, mais plutôt le résultat de pratiques sociales qui participent elles-mêmes au renforcement ou à la critique des relations de pouvoir⁶²¹. Ainsi, en tant qu'intellectuel, il faut aller au-delà des discours sécuritaires des États qui, depuis 2001, semblent dramatiser les préjudices que le terrorisme peut nous causer, afin de prendre en compte ce qu'une telle dramatisation peut nous amener à faire à nos propres institutions juridiques et politiques.

⁶²⁰ Voir notamment Stephen Gill et David Law, « Global hegemony and the structural power of capital » dans Stephen Gill, dir., *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, 93 à la p. 105.

⁶²¹ Frédéric Guillaume Dufour, « Approches néomarxistes : la théorie néogramscienne et le marxisme politique » dans Macleod et O'Meara, *supra* note 83, 207 à la p. 214.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION: NATIONALE

Projets de loi

- P.L. C-3, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, 2^e sess., 39^e Parl., 2007.
- P.L.C-36, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada, Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, et édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme*, 1^{ere} sess., 37^e Parl., 2001.
- P.L. S-3, *Loi modifiant le Code criminel (investigation et engagement assorti de conditions)*, 2^e sess., 39^e lég., 2007-2008.

Lois

- Code criminel*, L.R.C. 1985, c.C-46.
- Loi antiterroriste*, L.C. 2001, c. 41.
- Loi de 2002 sur la sécurité publique*, L. C. 2004 c. 15.
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1.
- Loi sur l'Immigration*, L.R.C. 1985, c. I-2,
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c.27
- Loi sur la Cour fédérale* S.R.C., 1970 (2^e suppl.), c. 10.
- Loi sur la preuve*, L.R.C. 1985, c. C-5.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21.
- Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c.5.
- Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c.17.
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.C.1985, c.C-23.
- Loi sur les mesures d'urgence*, S.R.C. 1985 (4^e suppl.), c. 22.

Lois constitutionnelles

- 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, c.11.
- Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

LÉGISLATION: ÉTRANGÈRE

- Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c.24.
- Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001*, Pub. L. No.107-56, 115 Stat. 272 (2001).

JURISPRUDENCE :NATIONALE

- Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 2, [2002] 1 R.C.S. 72

- Ahani v. Canada (Attorney General)* (2002), 58 O.R. (3d) 107 (C.A.)
- Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 355, 262 F.T.R. 7.
- Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 174 D.L.R. (4^e) 193.
- Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26.
- Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, [2007] F.C.J. No. 1081.
- Canada (Procureur général) c. Khawaja (C.F.)*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547.
- Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 463, 219 C.C.C (3d) 289.
- Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388, 289 D.L.R. (4th) 260.
- Canada (Procureur général) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1982] 1 R.C.S. 215.
- Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33.
- Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637.
- Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 701.
- Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.
- De Guzman c. Canada (Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655.
- Demande fondée sur l'art.83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248.
- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.
- États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283.
- La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
- Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 156, 45 Imm. L.R. (3d) 135.
- Operation Dismantle Inc. c. Canada*, [1985] 1 R.C.S. 441.
- Ottawa Citizen Group c. Canada (Procureur Général)*, 2004 CF 1052, 255 F.T.R. 173.
- Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.
- R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R. S C. 606.
- R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 57
- Re Charkaoui*, 2005 CF 1670, [2006] 3 C.F. 325.
- Re Charkaoui*, 2007 CAF 80, 280 D.L.R. (4^e) 736.
- Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.
- Ruby c. Canada*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3.
- R.v. Khawaja* (2006), 214 C.C.C (3^e) 399, 42 C.R. (6^e), [2006] O.J. No. 4245 (Ont. S.C.J.).
- R.v. Khawaja*, [2008] O.J. No. 4244 (Ont. S.C.J.).
- R. v. Lindsay* [2004] O.J. No. 845.
- R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350, [2005] B.C.J. No 521.
- Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.
- Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada (C.F.)*, 2007 CF 128, 308 F.T.R. 196.
- Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332.

JURISPRUDENCE: ÉTRANGÈRE

Secretary of State for the Home Department c. Rehman, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.).
Terminiello c. Chicago, 337 U.S. 1 (1949).

JURISPRUDENCE : INTERNATIONALE

CCPR, *Communication No. 1051/2002 : Canada*. 14/06/2004, Doc.off. CCPR NU, 80^e sess., Doc. NU CCPR/C/80/D/1051/2002. (Jurisprudence).
Conséquences juridiques de l'édification d'un dans le territoire palestinien occupé, Avis Consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136.
Habeas corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights) (1987), Avis consultatif OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no 8.
Judicial guarantees in States of Emergency (Arts. 27(2), 25 and 8 American Convention on Human Rights) (1987), Avis consultatif OC-9/87 Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. A) no9.
Manickavasagam Suresh c. Canada (2002), Inter-Am. Comm.H.R., No 7/02 (Admissibility, Petition 11.661), *Annual Report of the Inter-American Commission and Human Rights: 2002*, OEA/Ser.L/V/II.117 Doc. 1 rev. 1.
Prosecutor v. Anto Furundzija (1998), Affaire no IT-95-17/1-T (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de 1ere instance).
White and Potter c. États-Unis d'Amérique (1981), Inter-Am. Comm. H.R., No.23/81(cas n° 2141) par. 16 *Annual Report of the Inter-American Commission and Human Rights: 1980-1981*, OEA/Ser. L/V/II.54/ doc. 9 rev.1.

DOCTRINE : MONOGRAPHIES

Arbour, Jean-Maurice. *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvons Blais, 2002.

Ayoob, Mohammed. *The Third World Security Predicament: State Making, Regional Conflict, and the International system*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1995.

Booth, Ken. *Theory of World Security*, New York, Cambridge University Press, 2007.

Buzan, Barry. *People, State and Fear: The National Security Problem in International Relations*, Brighton, Harvester, 1983.

Buzan, Barry, Ole Waever et Jaap de Wilde. *Security : A New Framework for Analysis*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 1998.

Clapham, Andrew. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

Cohen, Stanley A. *Privacy, Crime and Terror*, Markham, LexisNexis Canada Inc., 2005.

Comtois, Suzanne. *Vers la primauté de l'approche pragmatique et fonctionnelle: Précis du contrôle judiciaire des décisions de fond rendues par les organismes administratifs*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2003.

David, Charles-Philippe. *La guerre et la paix : Approches contemporaines de la sécurité et de la stratégie*, 2^e éd., Paris, Presse de Sciences Po, 2006.

- _____. *Le 11 septembre 2001 : Cinq ans plus tard*, Sillery (Qc), Les éditions du Septentrion, 2006.
- _____. *Repenser la sécurité : nouvelles menaces, nouvelles politiques*, Saint-Laurent, Qc, Édition Fides, 2002
- Drieger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983.
- Forcese, Craig. *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*, Toronto, Irwin Law, 2008.
- Grawitz, Madeleine. *Méthodes des sciences sociales*, 8^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 1999.
- Grzegorzczuk, Christophe, François Michaud et Michel Troper. *Le positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992.
- Hobbes, Thomas. *The Leviathan*, Oxford, B. Blackwell, 1957.
- Huyghe, François-Bernard. *Quatrième Guerre mondiale. Faire mourir et faire croire*, Monaco, Éditions du Rocher, 2004.
- Ignatieff, Michael. *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Toronto, Penguin Group, 2004.
- Koskeniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Neack, Laura. *Elusive Security: State First, People Last*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers Inc, 2007.
- Ost, François et Michel van de Kerchove. *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987
- Paye, Jean-Claude. *La fin de l'État de droit*, Paris, La Dispute, 2004.
- Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada par le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir*, Ottawa, C.R.S.H., 1983.
- Roach, Kent. *September 11 Consequences for Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003.
- Rochette, Stéphane. *La norme de contrôle judiciaire : Synthèse et recueil d'arrêts*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2007.

DOCTRINE : ARTICLES PUBLIÉS DANS DES OUVRAGES COLLECTIFS

- Andreas, Peter. « Contrôles frontaliers en Amérique du Nord à la suite du 11 septembre 2001 » dans Michel Fortmann, Alex Macleod et Stéphane Roussel, dir., *Vers des périmètres de sécurité ? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Outremont, Athéna éditions, 2003, 43.

- Ashworth, Andrew. « Security, Terrorism and the Value of Human Rights » dans Benjamin J Goold et Liora Lazarus, dir., *Security and Human Rights*, Portland, Hart Publishing, 2007, 203.
- Bernard, Jonathan. « Sécurité globale », dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2008, 426.
- Bigo, Didier et Anastassia Tsoukala. « Understanding (in)security » dans Didier Bigo et Anastassia Tsoukala, dir., *Terror, Insecurity and Liberty: Illebaral practices of liberal regimes after 9/11*, New York, Routledge, 2008, 1.
- _____ et Elspeth Guild. « The Worst-case Scenario and the Man on the Clapham Omnibus » dans Benjamin J Goold et Liora Lazarus, dir., *Security and Human Rights*, Portland, Hart Publishing, 2007, 99.
- Blaise Dumais-Lévesque, Louis et Anne-Marie Durocher. « A Model of the Canadian Response to the Events of September 11 » dans Alexander Netherton *et al.*, dir., *In/Security: Canada in the Post-9/11 World*, Burnaby, Centre for Canadians Studies Simon Fraser University, 2005, 451.
- Booth, Ken. « Beyond Critical Security Studies » dans Ken Booth, dir., *Critical Security Studies and World Politics*, Boulder (É.-U.) Lynne Rienner Publishers, 2005, 259.
- _____. « Critical Explorations » dans Ken Booth, dir., *Critical Security Studies and World Politics*, Boulder (É.-U.) Lynne Rienner Publishers, 2005, 1.
- _____. « Introduction to Part I: Security », dans Ken Booth, dir., *Critical Security Studies and World Politics*, Boulder (É.-U.) Lynne Rienner Publishers, 2005, 21.
- _____. « Security and Self: Reflection of a Fallen Realist » dans Keith Krause et Michael C. Williams, dir., *Critical Security Studies*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1997, 83.
- Cellard, André. « L'analyse documentaire » dans Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives, *La recherche qualitative : Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin éditeur, 1997, 251.
- Chevallier, Jacques. « Science politique et science juridique » dans Éric Darras et Olivier Philippe, dir., *La science politique une et multiple*, Paris, L'Harmattan, 2004, 41.
- Choudhry, Sujit. « Protecting Equality in the Face of Terror: Ethnic and Racial Profiling and s. 15 of the Charter » dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 367.
- Coliver, Sandra. « Commentary on the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information » dans Sandra Coliver *et al.*, dir., *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 11.

- Cortright, David *et al.* «Global Cooperation Against Terrorism Evaluating the United Nations Counter-terrorism Committee», dans David Cortright et Georges A. Lopez, dir., *Uniting Against Terror: Cooperative Nonmilitary Responses to the Global Terrorist Threat*, Cambridge, The MIT Press, 2007, 23.
- Courchesne, Catherine et Nicolas Adam. «Sécurisation» dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2008, 402.
- D'Aoust, Anne-Marie, David Grondin et Alex Macleod. «Les Études de sécurité» dans Alex Macleod et Dan O'Meara, dir., *Théories des Relations internationales : Contestations et résistances*, Athéna, Outremont, 2007, 351.
- David, Éric. «Les Nations Unies et la lutte contre le terrorisme international», dans Jean-Pierre Cot, Mathias Forteau et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies : Commentaires article par article*, 3e éd., CEDIN, Paris, Économica, 163.
- Dufault, Évelyne. « Relations Internationales » dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2002, 160.
- Dufour, Frédéric Guillaume. «Approches néomarxistes: la théorie néogramscienne et le marxisme politique» dans dans Alex Macleod et Dan O'Meara, dir., *Théories des Relations internationales : Contestations et résistances*, Athéna, Outremont, 2007, 207.
- _____ et Mélanie Roy. « École de Copenhague » dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2008, 113.
- Dyzenhaus, David. «Baker: The Unity of Public Law?» dans David Dyzenhaus, dir., *The Unity of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 1.
- _____. « Deference, Security and Human Rights » dans Benjamin J Goold et Liora Lazarus, dir., *Security and Human Rights*, Portland, Hart Publishing, 2007, 125.
- _____. «The Permanence of the Temporal : Can Emergency Powers be Normalized», dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 21
- Fortmann, Michel. « Le renforcement des espaces de sécurité continentaux face aux menaces terroristes » dans Michel Fortmann, Alex Macleod et Stéphane Roussel, dir., *Vers des périmètres de sécurité ? La gestion des espaces continentaux en Amérique du Nord et en Europe*, Outremont, Athéna éditions, 2003, 1.
- Gill, Stephen et David Law. «Global hegemony and the structural power of capital» dans Stephen Gill, dir., *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, 93.
- Gray, Colin. « World Politics as Usual after September 11: Realism Vindicated » dans Ken Booth et Tim Dunne, dir., *World in Collision: Terror and the Future of Global Order*, New York, Palgrave MacMillan, 2002, 226.

- Gross, Oren. «Cutting Down Trees: Law-Making Under the Shadow of Great Calamities», dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 39.
- Gross Stein, Janice. « Network Wars » dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 73.
- Hassan-Yari, Houchang, Rémi Landry et Albert Legault. « Introduction » dans *Le Canada et la nouvelle géopolitique internationale. Acte de colloque numéro 8, juin 2003*, Montréal, Les Cahiers Raoul-Dandurand, 2003, 3.
- Huguessen, James K. « Watching the Watchers: Democratic Oversight » dans David Daubney *et al.*, dir., *Terrorism, Law & Democracy: How is Canada changing following September 11?*, Montréal: Les Éditions Thémis, 2002, 381.
- Koufa, Kalliopi. «The UN, Human Rights and Counter-terrorism» dans Giuseppe Nesi, dir., *International Cooperation in Counter-terrorism: The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism*, Aldershot (R.-U.), Ashgate, 2006, 45.
- Kiss, AC. « Permissible Limitations on Rights » dans Louis Henkin, dir., *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981 290.
- Lazarus, Liora et Benjamin J. Goold. «Introduction: Security and Human Rights: The Search for a Language of Reconciliation» dans Benjamin J Goold et Liora Lazarus, dir., *Security and Human Rights*, Portland, Hart Publishing, 2007, 1.
- Lemieux, Denis. « La nature et la portée du contrôle judiciaire » dans Christian Brunelle *et al.*, dir., *Droit public et administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 18.
- Lévesque, Jean-François. «Sécurité humaine» dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2008, 429.
- Masson, Isabelle. « Études de sécurité » dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2008, 420.
- _____. «Sécurité» dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations Internationales : Théories et concepts*, Outremont, Athéna éditions, 2008, 405.
- Mullan, David J. «Deference from *Baker* to *Suresh* and Beyond- Interpreting the Conflicting Signals » dans David Dyzenhaus, dir., *The Unity of Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 23.
- _____. «The Role of the Judiciary in the review of Administrative Policy Decisions: Issues of Legality» dans Mary Jane Mossman et Ghislain Otis, dir., *The Judiciary as Third Branch of Government: Manifestations and Challenges to Legitimacy*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, 313.

- Mutimer, David. «Critical Security Studies: A Schismatic History» dans Alan Collins, dir., *Contemporary Security Studies*, New York, Oxford University Press, 2007.
- Mosley, Richard G. «Preventing Terrorism Bill C-36: The *Anti-terrorism Act 2001*» dans David Daubney *et al.*, dir., *Terrorism, Law & Democracy: How is Canada changing following September 11?*, Montréal: Les Éditions Thémis, 2002, 147.
- Noreau, Pierre. « Voyage épistémologique et conceptuel dans l'étude interdisciplinaire du droit », dans Pierre Noreau, dir., *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007, 165.
- Roach, Kent. « Canada's response to terrorism» dans Victor V. Ramraj, Michael Hor et Kent Roach, dir., *Global Anti-terrorism Law and Policy*, New York, Cambridge University Press, 2005, 23.
- _____. «The Dangers of a Charter-Proof and Crime-Based Response to Terrorism» dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 131.
- _____. «The New Terrorism Offences and Criminal Law» dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 151.
- Rosand , Eric.«Resolution 1373 and the CTC: The Security Council's Capacity-building» dans Giuseppe Nesi, dir., *International Cooperation in Counter-terrorism: The United Nations and Regional Organizations in the Fight Against Terrorism* Aldershot (R.-U.), Ashgate, 2006, 81.
- Schaffer, Martha. « Effectiveness of Anti-Terrorism Legislation: Does Bill C-36 give us what we need? » dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001,195.
- Henry Shue, Henry. « Torture » dans Sanford Levinson, dir., *Torture : A Collection*, Toronto, Oxford University Press, 2004, 53.
- Smith, Patrick J. «Antiterrorism and Rights in Canada: Policy Discourse on the «Delicate Balance»», dans Alexander Netherton *et al.*, dir. *In/Security: Canada in the Post-9/11 World*, Burnaby, Centre for Canadians Studies Simon Fraser University, 2005, 169.
- Smith, Steve. «The Contested Concept of Security» dans Booth dans Ken Booth, dir., *Critical Security Studies and World Politics*, Boulder (É.-U.) Lynne Rienner Publishers, 2005, 27.
- Villaggi, Jean-Pierre. «La justice administrative» dans Christian Brunelle *et al.*, dir., *Droit public et administratif* , Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 127.

- Villary, Michel. «Les actes unilatéraux des organisations internationales» dans Mohammed Bedjaoui, dir., *Le droit international. Bilan et perspectives*, Paris, Pedone/UNESCO, 1991, tome 1.
- Waltz, Kenneth N. « The Continuity of International Politics» dans Ken Booth et Tim Dunne, dir., *World in Collision: Terror and the Future of Global Order*, New York, Palgrave MacMillan, 2002, 348.
- Wark, Wesley K. « Intelligence Requirements and Anti-Terrorism Legislation » dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, dir., *The Security of Freedom : Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 287.

DOCTRINE : ARTICLES DE PÉRIODIQUES

- Abbott, Kenneth W. «International Relations Theory, International Law, and the Regime Governing Atrocities in Internal Conflicts» (1999) 93 *Am. J. Int'l L.* 361.
- Auger, Julie et Stéphane Roussel. « Le ministère de la Sécurité publique et de la Protection civile : Un *Department of Homeland Security* canadien ? » (2004) 69 *Le Maintien de la Paix* 1, en ligne : CEPES < <http://www.er.uqam.ca/nobel/cepess/>.
- Bahdi, Reem. «No Exit: Racial Profiling and Canada's War against Terrorism» (2003) 41 *Osgoode Hall L.J.* 312 (HeinOnline).
- Bhabha, Faisal A. «Tracking Terrorists' or Solidifying Tereotypes - Canada's Anti-Terrorism Act in Light of the Charter's Equality Guarantee» (2003) 16 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 95 (HeinOnline).
- Bigo, Didier. « Éditorial : La voie militaire de la "guerre au terrorisme" et ses enjeux » (2001) 44 *Cultures & Conflits* 5.
- _____. «Grands débats dans un petit monde : Les débats en relations internationales et leur lien avec le monde de la sécurité» (1995) 19-20 *Cultures & Conflits* 7.
- _____. «La mondialisation de l'(in)sécurité? Réflexions sur le champ des professionnels de la gestion des inquiétudes et analytique de la transnationalisation des processus d'(in)sécurisation » (2005) 58 *Cultures & Conflits* 53.
- _____. «Sécurité et immigration: vers une gouvernementalité par l'inquiétude?» (1998) 31-32 *Cultures & Conflits* 13.
- _____. « Vers une nord-irlandisation du monde ? » (2004) 56 *Cultures & Conflits*, en ligne : *Cultures & Conflits* <<http://www.conflits.org/index1653.html>>.
- _____ et Emmanuel Pierre Guittet. «Éditorial : Antiterrorisme et société» (2006) 61 *Cultures & Conflits* 5.
- _____, R.B.J. Walker et l'ensemble des chercheurs ELISE, «Liberté et Sécurité en Europe: enjeux contemporains» (2006) 61 *Cultures & Conflits* 103.

- Booth, Ken. «Security and Emancipation» (1991) 17:4 *Review of International Studies* 313.
- Burchill, Richard. «When Does an Emergency Threaten the Life of the Nation? Derogation from Human Rights Obligations and the War on International Terrorism» (2005) 8 *Y.B. N.Z. Juris.* 99.
- Carty, Anthony. «Critical International Law: Recent Trends in Theory of International Law» (1991) 2 *Eur. J. Int'l L.* 66.
- Cellard, André. «L'analyse documentaire» dans Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives, *La recherche qualitative : Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, Montréal, Gaëtan Morin éditeur, 1997, 251.
- Cotler, Irwin. «Terrorism, Security & Rights in the Post-September 11th Universe» (2002) 21 *Windsor Y.B. Access to Just.* 519.
- _____. «Terrorism, Security and Rights: The Dilemma of Democracies » (2002) 14 *N.J.C.L.* 13.
- Coutu, Michel et Marie-Hélène Giroux. «L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada : situation exceptionnelle et légitimité» (mars 2003) Numéro spécial *R. du B.* 237.
- Cox, Robert W. «Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory» (1981) 10 *Millennium J. Int'L Stud.* 126.
- Dhanapala, Jayantha. «The United Nations' Response to 9/11» (2005) 17 No 1-2, *Terrorism and Political Violence*. 17 (IngentaConnect).
- Falconer, Julien N. et Sunil S. Mathai. «The Anti-Terrorism Act and the Arar Findings: Democracy Protected or Democracy Eroded?» (2006) 21 *N.J.C.L.* 49.
- Forcese, Craig. « Through a Glass Darkly: The Role and Review of "National Security" Concepts in Canadian Law » (2005-2006) 43 *Alta. L. Rev* 963.
- Foot, Rosemary. «The United Nations, Counter terrorism, and Human Rights : Institutional Adaptation and Embedded Ideas» (2007) 29 *Human Rights Quarterly* 489 (IngentaConnect).
- Garon, Richard, Pascale Labbé et Dorothee Roy. « La sécurité humaine et les interventions canadiennes en Haïti », 2005 16 *Sécurité mondiale*.
- Gervais, Myriam et Stéphane Roussel. « De la sécurité de l'État à celle de l'individu. L'évolution du concept de sécurité au Canada (1990-1996) » (1998) *XXIX : 1 Études internationales* 25.
- Grant, Kathy. «The Unjust Impact of Canada's Anti-terrorism Act on an Accused's Right to Full Answer and Defence» (2003) 16: *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 137.

- Gross, Emanuel. «Struggle of a Democracy against Terrorism - Protection of Human Rights: The Right to Privacy versus the National Interest - the Proper Balance» (2004) 37 *Cornell Int'l L.J.* 29 (HeinOnline).
- Heymann, Philip B. «Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11» (2002) 25 *Harv. J.L.& Pub. Pol'y* 441 (HeinOnline).
- Hoffman, Paul. «Human rights and terrorism» (2004) 26 *Human Rights Quarterly* 932 (IngentaConnect).
- Joyner, Christopher C. «The United Nations and Terrorism: Rethinking Legal Tensions Between National Security, Human Rights and Civil Liberties» (2004) 5 *International Studies Perspectives* 240.
- Krause, Keith. «Critical Theory and Security Studies: The Research Programme of Critical Studies» (1998) 33:3 *Cooperation and Conflict: Nordic Journal of International Studies* 298.
- Lagos, Enrique et Timothy D. Rudy. «Preventing, Punishing, and Eliminating Terrorism in the Western Hemisphere: A Post-9/11 Inter-American Treaty» (2002-2003) 26 *Fordham Int'l L.J.* 1619.
- Macleod, Alex. «Les approches critiques de la sécurité» (2004) 54 *Cultures & Conflits* 9.
- Macnamara, W.D. et Ann Fitz-Gerald. «A National Security Framework for Canada » (2002) 3: 10 *Institute for Research on Public Policy Matters* 1.
- Mendes, Errol P. «Between Crime and War: Terrorism, Democracy and the Constitution» (2002) 14 *N.J.C. L.* 71.
- Neufeld, Mark. «Pitfalls of Emancipation and Discourses of Security: Reflections on Canada's "Security with a Human Face"» (2004) 18:1 *International Relations*, 109.
- Paciocco, David M. «Constitutional Casualties of September 11: Limiting the Legacy of the *Anti-Terrorism Act*» (2002) 16 *Sup. Ct. L. Rev.* (2éd) 185.
- _____. «When Open Courts Meet Closed Government» (2005) 29 *Sup. Ct. L. Rev.* 383.
- Paris, Roland. «Human Security: Paradigm Shift or Hot Air» (2001) 26 :2 *International Security* 87.
- Patrick-Justice, Jeremy. «Section 38 and the Open Court Principle» (2005) 54 *U.N.B.L.J* 219.
- Roach, Kent. «A Charter Reality Check: How Relevant is the Charter to the Justness of Our Criminal Justice System» (2008) 40 *Sup. Ct. L. Rev.* (2éd) 717.
- _____. «Better Late than Never? The Canadian Parliamentary Review of the *Anti-terrorism Act*» (2007) 13: 5 *Institute for Research on Public Policy Choices* 1.

- _____. «Must we Trade Rights for Security ?The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain» (2005-2006) 27 *Cardozo L. Rev.* 2151 (HeinOnline).
- _____. «Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law» (2005) 51 *Crim. L.Q.* 102.
- _____. «Terrorism Offences and the Charter: A Comment on *R. v. Khawaja*» (2007) 11 *Crim.L. Rev.* 271.
- _____. «The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Law» (2008) 24 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 5.
- _____. « The Three Year Review of Canada's Anti-Terrorism Act: The Need for Greater Restraint and Fairness, Non Discrimination and Special Advocates» (2005) 54 *U.N.B.L.J* 308.
- _____ et Sujit Choudhry. «Racial and Ethnic Profiling: Statutory Discretion, Constitutional Remedies, and Democratic Accountability» (2003) 41: 1 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Rudner, Martin. « Challenge and Responses: Canada's Intelligence Community and the War on Terrorism» (2004) 11:2 *Canadian Foreign Policy* 17.
- Sassoli, Marco. «La «guerre contre le terrorisme», le droit international humanitaire et le statut de prisonnier de guerre» (2001) 39 *Ca. Y.B. Int'l Law*.
- Slaughter Burley, Anne-Marie. « International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda» (1993) 87 *Am. J. Int'l L.* 205.
- Sossin, Lorne. « Developments in Administrative Law : the 2001-2002 Term» (2002) 18 *Sup. Ct. L. Rev.* 39.
- Ullman, Richard H. «Redefining Security» (1983) 8 :1 *International Security* 129.
- Sokolsky, Joel J. «Realism Canadian Style: National Security Policy and the Chrétien Legacy» (2004) 5:2 *Institute for Research on Public Policy Matters* 1.
- Waldron, Jeremy. « Security and Liberty : The image of balance» (2003) 11(2) *The Journal of Political philosophy* 191.
- Webb, Maureen. «Essential Liberty or a Little Temporary Safety? The Review of the Canadian *Anti-terrorism Act*» (2005) 51 *Crim. L. Q.* 53.
- Zedner, Lucia. «Securing Liberty in the Face of Terror: Reflections from Criminal Justice» (2005) 32:4 *J.L.& Soc'y* 507.

DOCTRINE : ARTICLES DE JOURNAUX

MacCarthy, Shawn. « The War on Terror Anne McLellans's New Ideals » *Globe and mail* (22 octobre 2001) A7.

Shephard, Michelle. « Very private aspects of the Arar public inquiry; Commission counsel frustrated with government secrecy », *Toronto Star* (29 janvier 2005) F1.

DOCTRINE : NOTES DE RECHERCHE

Gagnon, Rémy. *Les Théories de l'émancipation et l'étude de la sécurité internationales : entre le rationalisme et le réflexivisme*, Note de recherche no 6, Montréal, Groupe d'Étude et de recherche sur la sécurité internationale, Université de Montréal, 1999.

Viau, Hélène. *La théorie critique et le concept de sécurité en relations internationales*, Notes de recherches no 8, Montréal, CÉPÉS, UQAM, 1998.

DOCTRINE : ACTES DE COLLOQUE

Breton, Julie, Dany Deschênes et Richard Garon. «La politique canadienne de sécurité nationale, une conséquence de la transformation des institutions publiques de sécurité depuis la fin de la Guerre froide ? » dans *Sécurité et Défense: Enjeux Nationaux et Internationaux. Actes du colloque, CDAI-CDFAI, Kingston, 29-30 octobre 2004* , en ligne : CDAI-CDFAI < <http://www.cdaicdai.ca/symposia/2004/Breton,%20Julie%20&%20Garon,%20Richard%20-%20Paper.pdf>>.

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX : NATIONAUX

Axworthy, Lloyd. « La sécurité humaine : La sécurité des individus dans un monde en mutation », Déclarations et discours, Ottawa, Ministère des Affaires étrangères, 1999.

Cabinet de la ministre McLellan, Communiqué «Le gouvernement du Canada dépose un projet de loi antiterroriste» (15 octobre 2001), en ligne Site officiel du ministère de la Justice Canada <http://www.jutisce.gc.ca/f/news/nr/2001/doc_27785.htm>.

Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la sécurité publique et nationale : Sous-comité sur la revue de la *Loi antiterroriste*, «Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes» (mars 2007), en ligne : CMTE <<http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=10804&SourceId=199086&SwitchLanguage=>>>.

Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la sécurité publique et nationale : Sous-comité sur la revue de la *Loi antiterroriste*, «Examen de la *Loi antiterroriste* audiences d'investigation et engagements assortis de conditions» (octobre 2006) aux pp.5-7, en ligne CMTE <<http://www2.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/391/SECU/Reports/RP2422668/securep03/securep03-f.pdf>>.

- Canada, Chambre des communes, «Réponse du gouvernement du Canada au rapport final du Comité permanent de la sécurité publique et nationale : Sous-comité de la revue de la *Loi antiterroriste*» (juillet 2007), en ligne CMTE
<<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3066235&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1>>.
- Canada, Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, *Le rôle du SCRS dans l'affaire Omar Khadr (étude du CSARS no 2008-05)* (8 juillet 2009), en ligne : CSARS <<http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/2008-05-fra.pdf>>
- Canada, Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India, *Les familles se souviennent*, rapport phase 1, Ottawa Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008.
- Canada, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, deuxième rapport, vol. 1, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981 (président : D.C. McDonald).
- Canada, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Sécurité et Information*, premier rapport, Hull, Approvisionnement et Services Canada, 1980 (président : D.C. McDonald).
- Canada, Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, deuxième rapport, Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 2006 (président : Dennis O'Connor).
- Canada, Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : analyse et recommandations*, premier rapport, vol. III, Ottawa, Centre d'édition du Gouvernement du Canada, 2006 (président : Dennis O'Connor).
- Canada, *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008 (commissaire : Frank Iacobucci).
- Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international, *Le Canada dans le monde Le cadre stratégique de la politique étrangère du Canada : 1995*, en ligne : MAECI <http://www.dfait maeci.gc.ca/foreign_policy/cnd-world/mnu-fr.asp>.
- Canada, Ministère des affaires étrangères et du commerce international, *Vivre à l'abri de la peur : la politique étrangère du Canada en matière de sécurité humaine* (2000), en ligne : MAECI <<http://pubx.dfait maeci.gc.ca/>>.
- Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 (président : M.W. MacKenzie).

Canada, Sénat, Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste*, «Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste» (février 2007), en ligne : Sénat
<<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/com-f/anti-f/rep-f/rep02feb07-f.htm>>.

Canada, Sénat, Comité spécial sénatorial sur la Teneur du Projet de loi C-36, «Premier rapport» (1^{er} novembre 2001), en ligne : Sénat
<<http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-f/sm36-f/rep-f/rep01oct01-f.htm>>.

Canada, Sénat, *Délibération du Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36*, (22 octobre 2001) 1 à la p. 25 (Anne McLellan).

Centre intégré d'évaluation des menaces, «Rôle du CIEM» (29 avril 2008) , en ligne : CIEM <<http://www.itac-ciem.gc.ca/bt/rl-fra.asp>>.

Commission Canadienne des droits de la personne, *Les préoccupations relatives à la sécurité nationale et aux droits de la personne au Canada : étude de huit questions cruciales dans le contexte de l'après-11 septembre* par Wesley K. Wark, (octobre 2006) à la p. 6 , en ligne: CCDP <http://www.chrc-ccdp.ca/pdf/ns_sn_fr.pdf>.

Délibérations du comité sénatorial permanent de la Défense et de la sécurité, no 6- Témoignages (29 octobre 2001) (Douglas Bland), en ligne : Sénat
<http://www.parl.gc.ca/37/1/parlbus/commbus/senate/com-e/defe-e/06eve.htm?Language=E&Parl=37&Ses=1&comm_id=76>.

Justice Canada, «Examen parlementaire de la Loi antiterroriste» (19 mai 2008), en ligne : Ministère de la Justice <<http://www.justice.gc.ca/fra/antiter/>>.

Justice Canada, «La *Loi antiterroriste* : contexte et raison d'être» (19 mai 2008) en ligne : Ministère de la Justice < <http://www.justice.gc.ca/fra/antiter/loi-act/context.html>>.

Sécurité publique Canada, «Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale» (19 mai 2008), en ligne : Ministère de la Sécurité publique
<<http://www.publiCSNUafaty.gc.ca/pol/ns/secpol04-fra.aspx>>.

Service canadien du renseignement de sécurité, *Rapport public 2003*, (28 octobre 2004), en ligne : SCRS <<http://www.csis-scrs.gc.ca/pblctns/nnlrprt/2003/rprt2003-fra.asp>>.

Transport Canada, Communiqué N° GC004/02 , « Le gouvernement du Canada présente la nouvelle Loi de 2002 sur la sécurité publique » (31 octobre 2002), en ligne : Transport Canada
<http://www.tc.gc.ca/medias/communiqués/nat/2002/02_gc004f.htm>

DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX : ÉTRANGERS

É.-U., National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, *The 9-11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, Executive Summary*, Washington, D.C., United States Government Printing Office, 2004.

É.-U., Office for Homeland Security, *National Strategy for Homeland Security* (juillet 2002), en ligne: DHS <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/nat_strat_hls.pdf>.

R.-U., H.C.Constitutional Affairs Committee, *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, session 2004-05, 7e rapport, vol. 1, London , Stationery Office, 2005.

DOCUMENTATION INTERNATIONALE : TRAITÉS

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T. Can 1945 no7.

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123, OÉA., sér. n° 36.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85, R.T. Can. 1987 no 36

Convention Interaméricaine contre le terrorisme, OÉA, Assemblée générale, 32^e sess, AG/RES. 1840 (XXXII-O/02), Doc. off. OEA/Ser.P/AG/Doc. 4143/02, (2003).

Convention Internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195.

Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 9 décembre 1999, 2178 R.T.N.U. 229.

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, R.T. Can. 1980 no 37.

Convention relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, 189 R.T.N.U 137 , R.T. Can. 1969 no 6.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171.

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171.

DOCUMENTATION INTERNATIONALE : DOCUMENTS DES NU

Comité contre la torture, *Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada. 07/07/2005*, Doc. off CAT, 31^e sess., Doc. NU CAT/C/CR/34/CAN (2005), en ligne NU:

<http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CAT%2FC%2FCR%2F34%2FCAN+&Submit=Recherche&Lang=F>.

Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Canada*, Doc.off. CCPR NU, 85^e sess., Doc. NU CCPR/C/CAN/CO/5 (20 avril 2006), en ligne NU

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/c80c2092096be2b9c12571640046c95d/\\$FILE/G0641363.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/c80c2092096be2b9c12571640046c95d/$FILE/G0641363.pdf)>.

Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme : Colombia 05/05/97*, Doc.off. CCPR NU, 1997, Doc. NU CCPR/C/79/Add.76.

Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 29 : États d'urgence (art. 4)*, Doc.off. CCPR NU, 1950^e sess., Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), en ligne :NU

<[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/075b5a2eb16cd20fc1256ae20052d171/\\$FILE/G0144471.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/075b5a2eb16cd20fc1256ae20052d171/$FILE/G0144471.pdf)>.

- Comité des droits de l'homme, *Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme*, Doc. off. CCPR, 2001, Doc. NU CCPR/C/3/Rev.6, 24 avril 2001, en ligne : NU <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=CCPR%2FC%2F3%2FRev.6&Submit>.
- Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, *Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale : Canada*, Doc. off CERD, 70^e sess., Doc. NU ; CERD/C/CAN/CO/18 (5 mai 2007), en ligne : NU <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/421/70/PDF/G0742170.pdf?OpenElement>>.
- Commission des droits de l'homme, *Rapport sur la situation des personnes détenues à Guantánamo Bay*, Doc.off.CES NU, 62^e sess., Doc. NU E/CN.4/2006/120 (2006), en ligne : HCDH <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/112/77/PDF/G0611277.pdf?OpenElement>>.
- Commission des droits de l'homme, *Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions où des dérogations*, Doc.off.CES NU , 41^e sess., Doc NU E/CN.4/1985/4 (1984), en ligne : HCDH <<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22538,465554002,48abd56bd,0.html>>.
- Commission du droit international, *Rapport de la Commission du droit international 53^e session: Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires relatifs*, Doc. off. AG NU, 56^e sess., supp. no 10, Doc. NU A/56/10 (2001).
- Déclaration commune des participants à la dixième réunion annuelle*, Doc.off. CES NU, 60^e sess., Annexe, point 4 et 18, Doc. NU E/CN.4/2004/4 (2003), annexe I, en ligne : CES NU <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/157/84/PDF/G0315784.pdf?OpenElement>>.
- Digest of Jurisprudence of the UN and Regional Organizations on the Protection of Human Rights while Countering Terrorism*, compilé par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Genève, 2003.
- Effets des mesures de lutte contre le terrorisme sur la jouissance des droits de l'homme*, Doc. off. CES NU, 55^e sess, Annexe, point 2, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2003/L.16 en ligne : NU HCDH <<http://www.un.org/french/terrorism/doCSNU/ecn4sub2res200315f.pdf>>.
- La Stratégie antiterroriste mondiale de l'Organisation des Nations Unie*, Rés.AG 60/288, Doc.Off.AG NU, 60^e sess., Doc.NU A/RES/60/288, (2006), en ligne : AG NU <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/504/89/PDF/N0550489.pdf?OpenElement>>.

- Organisation des Nations Unies, Communiqué de presse SG/SM/8624, «Kofi Annan Plaide pour une action internationale contre le terrorisme qui garantisse la primauté du droit» (6 mars 2003), en ligne : NU < <http://www.un.org/News/fr-press/docs/2003/SGSM8624.doc.htm> >.
- Organisation des Nations Unies, Communiqué, « Mary Robinson, High Commissioner for Human Rights, meets the press » (25 septembre 2001) en ligne: UNHCHR <<http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/5CCF314E8FE4EB13C1256AD500463C69?opendocument>>
- Principes de Johannesburg sur la sécurité nationale, la liberté d'expression et l'accès à l'information*, Doc. off. CES NU, 52^e sess., Annexe, point 8, Doc. NU E/CN.4/1996/39 1.
- Programme des Nations Unies pour le développement, *Rapport mondial sur le développement humain*, Paris, Economica, 1994.
- Projet de document final de la Réunion plénière de haut niveau de l'Assemblée générale de septembre 2005*, Rés. AG 59/314, Doc. off. Ag NU, 59^e sess., Doc. NU A/RES/59/314 (2005) 1.
- Rapport de l'expert indépendant sur la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste*, M. Robert K. Goldman, Doc off CES NU, 61^e sess., Annexe, point 17, Doc. NU E/CN.4/2005/103, en ligne : NU <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/106/95/PDF/G0510695.pdf?OpenElement>>.
- Rapport du Groupe de réflexion sur les implications du terrorisme pour les politiques de l'ONU*, Doc. off. AG NU, 57^e sess., Annexe, point 162, Doc NU A/57/273 (2002), en ligne : NU <http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A%2F57%2F273+&Lang=F>.
- Résolution 1373 (2001)*, Rés. CSNU. 1373, Doc.off. CSNU NU, 4385^e séance, Doc. NU S/RES/1373 (2001) en ligne : CSNU NU <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/44/PDF/N0155744.pdf?OpenElement>>.
- Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Terrorisme et droits de l'homme :Deuxième rapport intérimaire établi par Mme Kalliopi K. Koufa*, Doc.Off.CES NU, 54^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2002/35 17 juillet 2002, par.59 en ligne : CES NU <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/142/83/PDF/G0214283.pdf?OpenElement>>.
- Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Terrorisme et droits de l'homme : Rapport final de la Rapporteuse spéciale, Kalliopi K. Koufa*, Doc.off.CES NU, 56^e sess., Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2004/40 25 juin 2004, au para. 3 en ligne : CES NU < <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/146/74/PDF/G0414674.pdf?OpenElement> >.

Specific Groups and Individuals Migrant Workers : Report of the Special Rapporteur, Ms. Gabriela Rodriguez Pizarro, Doc. off. CES NU, 59^e sess., Annexe, point 14(a), Doc. E/CN.4/2003/85/Add.1, en ligne : NU
<<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/108/30/PDF/G0310830.pdf?OpenElement>>.

Vieira de Mello, Sergio. Ancien Haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Allocution devant le Comité contre le terrorisme, New York, 21 octobre 2002, en ligne NU CCT
<<http://www.un.org/DoCSNU/sc/committees/1373/HC.htm>>.

DOCUMENTATION INTERNATIONALE : DOCUMENTS DE L'OÉA
OÉA, Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Report on the Situation of Human rights of Asylum Seekers Within the Canadian Refugee Determination System*, Doc. off. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40 rev. (2000)

OÉA, Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Report on Terrorism and Human Rights*, Doc off. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc.5 rev. 1 corr. (2002).

OÉA, *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, Rés. XXX adoptée lors de la Neuvième Conférence Internationale Américaine (1948), reproduite dans Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, Doc. off OEA/Ser.L.V/II.82/ Doc.6, rev.1 (1992).

AUTRES DOCUMENTS

Almeida, Iris et Marc Porret. «La démocratie canadienne à la croisée des chemins : cohérence et obligation de rendre des comptes en matière de politiques antiterroristes» (octobre 2004), en ligne : Droits et Démocratie <http://www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/promoDroits/antiterrorismeDem2004.pdf>.

Amnesty International, «Security through Human Rights : Amnesty International Canada's Submission to the Special Senate Committee on the Anti-Terrorism Act and House of Commons Sub-Committee on Public Safety and National Security as part of the Review of Canada's Anti-Terrorism Act», 16 mai 2005, en ligne: AI:
<http://www.amnesty.ca/canada/C36_submission.doc>.

Association du Barreau Canadien, «Mémoire à propos du projet de loi C-36 Loi antiterroriste», No 01-37 (octobre 2001), en ligne : ABC <<http://www.cba.org/abc/pdf/submissionF.pdf>>.

Association canadienne des professeures et professeurs d'Université, «Mémoire présenté au sous-comité de la sécurité publique et nationale concernant l'examen de la *Loi antiterroriste*» (février 2005), en ligne: ACPPU <http://www.caut.ca/uploads/2005antiterrorism.pdf>>.

Canadian Civil Liberties Association, «Brief Prepared for the Special Senate Committee on the Anti-terrorism Act» (mai 2005), en ligne : CCLA
<<http://www.ccla.org/pos/briefs/C36%20Brief%20As%20Submitted.pdf>>.

- Coalition Justice for Adil Charkaoui, «Update and Call for Solidarity» (25 février 2009), en ligne: CJAC <<http://www.adilinfo.org/en>>.
- Coalition of Muslim Organizations, «Brief to Standing Committee on Justice and Human Rights on Bill C-36» (8 November 2001), en ligne: Muslim Lawyers Association <<http://www.muslimlaw.org/MLA.c36.pdf>>.
- Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, «Mémoire présenté à la Chambre des communes dans le cadre de l'examen de la Loi antiterroriste» (avril 2005), en ligne CSILC : <http://www.interpares.ca/fr/publications/pdf/ICLMG_C-36_Brief.pdf>.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, «Notes pour la présentation de la Commission devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes» (30 octobre 2001), en ligne CDPDJ <<http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/antiterroriste.pdf>>.
- Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des états, *La Responsabilité de Protéger*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 2001.
- Commission sur la Sécurité humaine, *La sécurité humaine maintenant*, Tokyo, CHS, 2003, en ligne CHS : <http://www.humansecurity-chs.org/finalreport/outline_french.html>.
- Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme, «L'anti-terrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme : les clés de la compatibilité», Rapport d'analyse no 429 (24 octobre 2005), en ligne: FIDH <<http://www.fidh.org/IMG/pdf/onu429f.pdf>>.
- Human Rights Watch, «Opportunism in the Face of Tragedy» (2002) en ligne: HRW <<http://www.hrw.org/campaigns/september11/opportunismwatch.htm>>.
- Human Rights Watch, «In the name of Counter-Terrorism: Human Rights Abuses Worldwide», Human Rights Watch Briefing Paper for the 59th Session of the United Nations Commission on Human Rights (25 mars 2003), en ligne: HRW <<http://www.hrw.org/un/chr59/counter-terrorism-bck.pdf>>.
- Ligue des droits et libertés, «La Loi antiterroriste de 2001 : une loi trompeuse, inutile et... dangereuse» (9 mai 2005), en ligne: Ligue des droits et libertés <http://www.liguedesdroits.ca/documents/surveillance/c36/ldl_c36.pdf>.
- Lemonde, Lucie. «L'impact des mesures anti-terroristes sur les droits et libertés» (11 septembre 2002), en ligne : GRIC <<http://www.unites.uqam.ca/gric/11sept/LLemonde.pdf>>.