

**Commission d'enquête
sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar**

Examen de la Politique

[TRADUCTION]

La sécurité nationale et les droits et libertés

**Document de référence
rattaché au Document de consultation
de la Commission**

10 décembre 2004

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	2
II.	Les sources de la protection des droits et libertés au Canada	3
1.	La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	4
2.	La <i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i>	5
3.	Le droit international.....	6
4.	La vie privée	7
5.	L'accès à l'information	9
III.	Les défis qui se posent dans le contexte de la sécurité nationale.....	10
1.	Les pouvoirs extraordinaires et les infractions de terrorisme	13
2.	L'exercice des pouvoirs discrétionnaires.....	15
3.	La coopération internationale	18
4.	Le profilage racial, ethnique et religieux	21
5.	Les enquêtes de l'État sur les convictions religieuses et politiques.....	23
6.	L'expression et l'association.....	24
7.	La vie privée	27
IV.	CONCLUSION.....	29

I. INTRODUCTION

Les activités liées à la sécurité nationale ayant pour but d'assurer la sécurité de notre pays peuvent avoir des répercussions sur les droits et les libertés auxquels les Canadiens sont attachés et qui sont garantis par la Constitution. Les démocraties libérales comme le Canada ont la difficile tâche de préserver les droits et les libertés essentiels à la démocratie tout en protégeant le pays contre les ennemis de l'intérieur comme de l'extérieur et les personnes qui se trouvent au Canada contre les menaces terroristes¹. La Cour suprême du Canada a dit ceci :

D'un côté, il y a le fléau manifeste du terrorisme et le meurtre gratuit et arbitraire de personnes innocentes, situations qui nourrissent l'engrenage de la destruction et de la peur. [...] les gouvernements ont besoin des outils juridiques propres à leur permettre de relever efficacement ce défi.

De l'autre côté, il y a la nécessité de veiller à ce que ces outils juridiques ne sapent pas les valeurs jugées fondamentales par notre société démocratique – liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale – et qui sont au cœur de l'ordre constitutionnel canadien et des instruments internationaux dont le Canada est signataire. En effet, ce serait une victoire à la Pyrrhus que de vaincre le terrorisme au prix de notre adhésion à ces valeurs².

Aux États-Unis, ce défi a poussé la commission chargée d'enquêter sur les événements du 11 septembre 2001 à recommander la création d'un organisme de surveillance de la protection des libertés civiles dans le cadre des activités liées à la sécurité nationale. La commission a fait le commentaire suivant à ce sujet :

[TRADUCTION] Le choix entre sécurité et liberté est illusoire car rien n'est plus susceptible de compromettre les libertés américaines qu'une attaque terroriste réussie survenant aux États-Unis. Notre passé nous démontre que l'insécurité menace la liberté. Nous perdons cependant les

¹ Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, (1981) Deuxième rapport, vol. 1, p. 43 [Rapport de la Commission McDonald].

² *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 3 et 4 [Les citations de *Suresh* renvoient aux R.C.S.].

valeurs que nous nous employons à défendre si nos libertés sont circonscrites³.

Le présent document décrira d'abord les différentes sources de la protection des droits et libertés de la personne au Canada. Il traitera ensuite des défis que posent les activités liées à la sécurité nationale à ces droits. Les questions suivantes seront abordées :

1. les pouvoirs extraordinaires et les infractions de terrorisme;
2. l'exercice des pouvoirs discrétionnaires;
3. la coopération internationale;
4. le profilage racial, religieux et ethnique;
5. les enquêtes de l'État sur les convictions religieuses et politiques;
6. l'expression et l'association; et
7. la vie privée.

Le présent document, qui s'inscrit dans le cadre du mandat de la Commission en matière d'examen de la Politique, a pour but de faire ressortir les enjeux qui peuvent devoir être pris en compte dans la conception d'un mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale.

II. Les sources de la protection des droits et libertés au Canada

La protection des droits et libertés a de nombreuses sources. Comme nous le verrons plus loin, ces sources comprennent la Constitution canadienne – en particulier la *Charte canadienne des droits et libertés* –, les codes des droits de la personne, le droit international, et les lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels.

³ *The 9/11 Commission Report: Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, New York, W. W. Norton & Company, p. 395.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés*

La Constitution canadienne, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*, est fondamentale au regard de la protection des droits et libertés⁴. Les activités liées à la sécurité nationale peuvent avoir des incidences sur les droits et libertés garantis par la Charte, notamment aux articles 2 (liberté de religion, d'expression et d'association), 7 (vie, liberté et sécurité de la personne), 8 (fouilles, perquisitions et saisies abusives), 9 (détention et emprisonnement arbitraires) et 15 (droits à l'égalité). Ces activités peuvent avoir des incidences sur le droit international aussi, par exemple le droit de ne pas être torturé. Des exemples particuliers seront examinés dans la partie III du présent document.

Il importe de mentionner que les droits et libertés protégés par la *Charte* ne sont pas absolus. Les atteintes qui leur sont portées et les restrictions dont ils font l'objet doivent cependant être justifiées par le gouvernement conformément à l'article premier de la Charte :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Les tribunaux procéderont à une analyse de proportionnalité afin de déterminer si les restrictions que le gouvernement veut imposer aux droits peuvent se justifier dans le cadre d'une « société libre et démocratique » parce que visant un objectif suffisamment important pour justifier la suppression du droit. Les valeurs et principes essentiels à une société démocratique comprennent : « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »⁵. Les libertés fondamentales, les garanties juridiques et les droits à l'égalité

⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11.

⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136.

peuvent aussi faire l'objet d'une dérogation renouvelable tous les cinq ans en vertu de l'article 33 de la Charte.

2. **La *Loi canadienne sur les droits de la personne***

Les codes des droits de la personne adoptés aux niveaux fédéral, provincial et territorial, qui protègent les particuliers contre la discrimination fondée sur certains motifs, sont une autre source de protection des droits et libertés de la personne. La GRC, par exemple, est assujettie à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, laquelle interdit la discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience⁶. Au cours du débat sur le projet de loi C-36, la *Loi antiterroriste*⁷, le professeur Irwin Cotler, qui est maintenant ministre de la Justice, avait recommandé que celui-ci énonce expressément un principe de non-discrimination afin de prévenir explicitement [TRADUCTION] « la détention, l'emprisonnement ou l'internement de citoyens canadiens ou de résidents permanents » qui seraient fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques⁸. Cette suggestion n'a pas été retenue. Comme nous le verrons plus loin, on s'inquiète qu'à la suite des événements du 11 septembre 2001 les activités liées à la sécurité nationale, les enquêtes par exemple, puissent établir des distinctions fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la religion. En d'autres termes, on s'inquiète de la possibilité que des particuliers ou des groupes soient défavorisés ou visés à cause de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, ou de leur religion.

⁶ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3.

⁷ Projet de loi C-36, *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada, la 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^{ère} session, 37^e législature, 2001 (sanctionné le 18 décembre 2001), L.C. 2001, ch. 41 [*Loi antiterroriste*].

⁸ Professeur Irwin Cotler, « Terrorism, Security & Rights in the Post-September 11th Universe » (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 519 (QL).

3. Le droit international

Le droit international protège également les droits et libertés de la personne au Canada. Il peut s'appliquer de deux façons devant les tribunaux canadiens : par l'intermédiaire des traités, pactes et autres instruments internationaux signés par le Canada et par l'application du droit international coutumier. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948. Depuis lors, le Canada a conclu un certain nombre de traités et de pactes internationaux par lesquels il s'engage à protéger les droits de la personne. En 1976, le Canada a adhéré au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et au Protocole facultatif⁹. Plusieurs dispositions du *Pacte* ont un lien avec les activités liées à la sécurité nationale : l'interdiction visant la torture et les peines cruelles et inusitées (article 7), la liberté, la sécurité et la protection contre les arrestations ou les détentions arbitraires (article 9), la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée d'une personne ou les atteintes illégales à son honneur ou à sa réputation (paragraphe 17(1)), la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18) et l'interdiction visant la discrimination (article 26). Le Canada est également signataire de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*¹⁰. La protection des droits et libertés peut donc être fondée sur les instruments internationaux signés par le Canada.

Contrairement à la Constitution et à la législation interne, les traités et les pactes internationaux ne lient pas légalement les gouvernements du Canada si une loi de mise en œuvre n'est pas adoptée¹¹. On présume cependant que les organismes législatifs entendent se conformer aux obligations internationales du Canada, ce qui signifie qu'une loi ambiguë sera interprétée en conformité avec les instruments internationaux signés par le Canada¹². Par ailleurs, la Cour suprême du Canada n'a pas exclu la possibilité que le

⁹ R.T.N.U. 1976, n° 14668, vol. 999, p. 171.

¹⁰ R.T. Can. 1987, n° 36.

¹¹ Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto, Butterworths, 1994), p. 330.

¹² *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 31; *Capital Cities Communications Inc. c. Le Conseil de la radio-télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, p. 173, le juge en chef Laskin.

droit constitutionnel national n'offre pas, dans tous les cas, la même protection que le droit international et a indiqué que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion du Canada impliquant un risque de torture pourrait être constitutionnelle en vertu de la Charte, même si le droit d'être protégé contre la torture est formulé en termes absolus et ne laissant place à aucune dérogation dans le PIRDCP et dans la CCT¹³. Les instruments internationaux servent également à mieux comprendre la portée des protections constitutionnelles accordées aux droits et libertés au Canada¹⁴.

Le droit international coutumier peut aussi être une source de protection des droits et libertés. Il s'applique au Canada sans qu'une loi de mise en œuvre ne soit nécessaire, dans la mesure où il n'est pas contraire aux règles de droit canadiennes existantes¹⁵. Il permet en outre au Canada de présenter une réclamation en responsabilité contre un autre État relativement au traitement que celui-ci a réservé à des ressortissants canadiens. Ces droits s'ajoutent à ceux conférés au Canada et aux particuliers par des conventions comme la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* et les Protocoles facultatifs¹⁶.

4. La vie privée

La vie privée est un aspect important de la liberté personnelle sur laquelle les activités liées à la sécurité nationale peuvent avoir des incidences. Comme la Commission McDonald l'indiquait dans son Rapport :

Dans une société libérale, qui en principe désire réduire au minimum l'ingérence des organismes secrets de l'État dans la vie privée de ses citoyens et dans les affaires tant de ses groupements politiques que de ses institutions privées, les techniques d'enquête qui empiètent sur la vie privée ne doivent être utilisées que lorsque le justifient la gravité et l'imminence de la menace à la sécurité nationale. Ce principe prend une

¹³ *Suresh, supra*, par. 78.

¹⁴ Voir, par exemple, *Suresh, ibid.*, par. 60.

¹⁵ *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] A.C. 160 (C.J.), p. 167 et 168; *Reference Re Powers of Ottawa (City) and Rockliffe Park (Foreign Legations Reference)*, [1943] R.C.S. 208, p. 213 et 214, le juge en chef Duff.

¹⁶ Protocoles 596 R.T.N.U. 261, *entrés en vigueur* le 19 mars 1967.

importance particulière lorsqu'on envisage de mener des enquêtes de sécurité sur des groupes, bien qu'il n'y ait pas de preuve qu'ils ont commis ou sont sur le point de commettre un acte criminel¹⁷.

Le concept de la vie privée comporte de nombreux aspects, y compris des aspects territoriaux ou spatiaux, la vie privée comme telle, la confidentialité des décisions et la confidentialité des renseignements¹⁸. L'article 7 de la Charte garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Cette disposition générale englobe des éléments de la confidentialité des décisions, de la confidentialité des renseignements et de la vie privée, par exemple les droits relatifs à l'intégrité physique ou psychologique ou le droit à une sphère d'autonomie dans laquelle une personne peut faire ses propres choix fondamentaux. Les articles 8 et 9 de la Charte, qui garantissent respectivement le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, et le droit à la protection contre la détention arbitraire, protègent les aspects territoriaux et spatiaux de la vie privée. Finalement, des instruments internationaux comme le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* protègent expressément les personnes contre l'ingérence arbitraire dans leur vie privée.

La confidentialité des renseignements personnels est protégée par des mesures législatives fédérales et provinciales, notamment par des lois comme la *Loi sur la protection des renseignements personnels*¹⁹. Cette loi fédérale protège la confidentialité des renseignements personnels détenus par des institutions fédérales. Elle confère de plus aux particuliers un droit d'accès aux renseignements personnels les concernant qui relèvent d'une institution fédérale et le droit de demander la correction de ces renseignements s'ils sont erronés ou incomplets²⁰. Elle prévoit cependant un certain nombre d'exceptions qui permettent à une institution fédérale de refuser à une personne la communication de renseignements personnels la concernant, y compris à des fins de

¹⁷ Rapport de la Commission McDonald, *supra*, note 1, p. 539 et 540.

¹⁸ *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 428, le juge La Forest (motifs concordants); voir aussi Daniel J. Solove, « Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy » (2000-2001), 53 *Stanford L. Rev.* 1393, p. 1413 et 1436.

¹⁹ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

correction. Les exceptions les plus pertinentes dans le contexte de la sécurité nationale sont notamment celles qui visent les renseignements personnels obtenus à titre confidentiel de gouvernements étrangers ou de leurs organismes; les affaires internationales ou la défense; l'application de la loi et les enquêtes qui s'y rapportent; et les enquêtes de sécurité²¹.

Il y a aussi des « fichiers inconsultables », c'est-à-dire des fichiers de renseignements qui sont entièrement exemptés de l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il est particulièrement important de savoir, aux fins de l'examen des répercussions des activités liées à la sécurité nationale sur les droits et libertés, que les fichiers de renseignements personnels suivants ont été classés « fichiers inconsultables » par décret : a) les dossiers opérationnels de renseignements sur la criminalité relevant de la GRC²², b) le fichier des dossiers d'enquête du Service canadien du renseignement de sécurité relevant du SCRS²³ et c) les dossiers des enquêtes relatives à la sécurité nationale relevant de la GRC²⁴.

5. L'accès à l'information

La *Loi sur l'accès à l'information*²⁵ fédérale et les lois provinciales équivalentes confèrent un droit d'accès aux renseignements relevant d'institutions fédérales. Ce droit d'accès est fondé en partie sur le principe selon lequel le public devrait avoir accès aux renseignements de l'administration fédérale, sous réserve d'exceptions précises et limitées. L'accès à l'information est un aspect des droits et libertés au Canada. La Cour suprême du Canada a reconnu que la législation en matière d'accès à l'information a pour objet général de favoriser la démocratie²⁶. Ces textes législatifs aident à garantir que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique. Deuxièmement, ils permettent d'assurer que les politiciens et les

²⁰ *Ibid.*, art. 12.

²¹ *Ibid.*, art. 19, 21, 22 et 23.

²² *Décret n° 13 sur les fichiers de renseignements personnels inconsultables (GRC)*, DORS/90-149.

²³ *Décret n° 14 sur les fichiers de renseignements personnels inconsultables (SCRS)*, DORS/92-688.

²⁴ *Décret n° 25 sur les fichiers de renseignements personnels inconsultables (GRC)*, DORS/93-272.

²⁵ *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.

²⁶ *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403.

bureaucrates demeurent responsables envers l'ensemble de la population. Ils jouent donc un rôle important en matière de transparence.

Il y a des exceptions au droit d'accès à l'information. Dans le contexte de la sécurité nationale, les exceptions pertinentes visent les renseignements obtenus à titre confidentiel d'un gouvernement étranger, d'un organisme étranger ou d'une organisation internationale d'États; les affaires internationales et la défense; l'application de la loi et les enquêtes se rapportant à celle-ci; et les renseignements personnels²⁷.

III. Les défis qui se posent dans le contexte de la sécurité nationale

Les activités liées à la sécurité nationale sont toujours susceptibles d'empiéter sur les droits et libertés, notamment parce qu'elles peuvent impliquer les pouvoirs les plus intrusifs de l'État : l'écoute électronique, les perquisitions et les saisies, la collecte et l'échange de renseignements avec des organismes d'application de la loi, de sécurité et de renseignement canadiens et internationaux, voire même la détention de particuliers et le dépôt de poursuites contre eux.

Le risque que les activités en matière de sécurité menacent les droits et libertés est particulièrement préoccupant depuis les événements du 11 septembre 2001, car les citoyens et les gouvernements, y compris les organismes de sécurité et d'application de la loi, redoutent que surviennent des activités terroristes dans toutes les démocraties occidentales. Les méthodes employées par les organismes de sécurité et d'application de la loi ont changé à cause de l'impact du terrorisme : l'échange de renseignements et la coopération se sont accrus au regard des menaces terroristes; de nombreuses nations occidentales ont apporté des modifications majeures à leurs lois afin de créer des pouvoirs extraordinaires en matière d'enquête, de détention et d'interrogatoire dans le contexte du terrorisme; et des ressources additionnelles ont été allouées à la prévention du terrorisme. Il est possible que les activités de prévention et de surveillance ne soient pas contrôlées régulièrement par les tribunaux et que les personnes faisant l'objet d'une

²⁷ *Loi sur l'accès à l'information, supra*, art. 13, 15, 16 et 19.

enquête en matière de sécurité nationale ne sachent jamais qu'elles ont été surveillées. Même si elles l'apprennent, ces personnes peuvent, pour différentes raisons, choisir de ne pas porter plainte devant les tribunaux ou les organismes d'examen.

Certains pourraient prétendre que les enquêtes en matière de sécurité nationale qui visent des activités terroristes sont susceptibles, en particulier dans le contexte de l'après 11 septembre 2001, de menacer davantage les droits et libertés que les enquêtes criminelles traditionnelles²⁸. On fait valoir, par exemple :

1. qu'il pourrait y avoir utilisation trop étendue des pouvoirs intrusifs;
2. qu'il y a échange plus fréquent de renseignements, par exemple avec des gouvernements étrangers, ce qui peut entraîner des conséquences d'une plus grande portée;
3. que les méthodes de collecte de renseignements font moins souvent l'objet d'un examen minutieux externe (par les tribunaux, les médias, la société civile), notamment parce qu'il y a moins de poursuites et parce que dans certains cas on peut avoir recours aux procédures en matière d'immigration;
4. que les techniques d'enquête sont plus subreptices, se rapprochant ainsi de la collecte en matière de renseignement de sécurité;
5. que les enquêtes en matière de sécurité nationale peuvent viser des formes légitimes de dissidence et de réunion, ainsi que d'autres activités non criminelles, et menacer ainsi les libertés d'expression et d'association;

²⁸ Pour un aperçu des préoccupations et des opinions concernant ces questions, voir, par exemple, les essais rassemblés dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001), et *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre? Documents présentés lors d'un colloque organisé par l'Institut canadien d'administration de la justice, tenu à Montréal (Québec), les 25 et 26 mars 2002*, édités par David Daubney et autres (Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2002); en ce qui concerne les États-Unis, voir David Cole et James X. Dempsey, *Terrorism and the*

6. que des individus peuvent faire l'objet d'enquêtes en matière de sécurité nationale, non pas parce qu'ils sont soupçonnés de se livrer à des activités criminelles, mais à cause de leur race, de leur religion ou de leur origine ethnique;
7. que les autorités peuvent fonder leurs actions sur des renseignements fournis par d'autres pays, qui ont peut-être été obtenus par la torture ou d'autres actes prohibés, ou qu'elles peuvent fournir des renseignements à des pays qui commettent de tels actes;
8. que les autorités peuvent fonder leurs actions sur des renseignements fournis par d'autres pays qui ne sont peut-être pas fiables ou dont la fiabilité peut être difficile à déterminer; et
9. que les autorités peuvent, dans le but d'aider d'autres pays, surveiller ou interroger des citoyens et des résidents canadiens ou les soumettre à d'autres actes de même nature.

Toutes ces questions peuvent avoir différentes incidences sur l'exercice des droits et libertés. Le présent document décrit, à titre d'exemple, les problèmes qui peuvent résulter de la création de nouvelles infractions et de pouvoirs extraordinaires concernant les activités terroristes; l'exercice des pouvoirs discrétionnaires; les conséquences éventuelles de la coopération internationale et de l'échange de renseignements entre pays; les méthodes utilisées pour désigner les particuliers et les groupes qui feront l'objet d'enquêtes, notamment le profilage racial, ethnique et religieux; la possibilité que les États fassent enquête sur les convictions religieuses et politiques; les répercussions négatives sur la liberté d'expression et la liberté d'association; et les incidences sur la vie privée.

L'analyse qui suit a pour but de mettre en lumière les types de restrictions aux droits et libertés individuels qui peuvent découler des activités liées à la sécurité nationale. Le

présent document n'a pas pour objet de décrire les activités qui ont été entreprises ou qui se déroulent actuellement, ni de les commenter, mais d'examiner ce qui pourrait survenir en théorie.

1. Les pouvoirs extraordinaires et les infractions de terrorisme

À la suite des événements du 11 septembre 2001, le gouvernement canadien a adopté la *Loi antiterroriste* et d'autres lois créant de nouvelles infractions de terrorisme et conférant de nouveaux pouvoirs extraordinaires pouvant être exercés relativement à ces infractions. Ces infractions et pouvoirs sont examinés plus en détail dans le document de référence sur le Cadre législatif pour les activités de la GRC en matière de sécurité nationale. Les pouvoirs extraordinaires ont trait, par exemple, aux investigations judiciaires, à la détention préventive, aux fouilles, aux perquisitions et à la surveillance. Il y a lieu de mentionner que les pouvoirs en matière de détention préventive n'ont jamais été invoqués et que le pouvoir relatif aux investigations judiciaires n'a été utilisé qu'une fois, de façon rétrospective, dans l'affaire d'Air India.

L'article 83.28 du *Code criminel* prévoit la tenue d'une investigation au cours de laquelle un juge peut enjoindre à une personne ayant des renseignements concernant un acte terroriste qui a été commis ou qui le sera de répondre aux questions des enquêteurs qui lui sont posées par un procureur de la Couronne. L'article 83.3 du Code permet la délivrance de mandats d'arrestation préventive lorsque cela est nécessaire pour prévenir une activité terroriste. Des pouvoirs extraordinaires de fouille, de perquisition et de surveillance peuvent aussi être exercés à l'égard d'activités terroristes. Ces pouvoirs extraordinaires s'ajoutent aux pouvoirs dont disposent habituellement les policiers et qui leur permettent également de prévenir les activités terroristes et d'enquêter sur celles-ci.

Des commentateurs ont soulevé des questions au sujet des répercussions sur les droits et libertés de la création de pouvoirs extraordinaires d'enquête concernant les activités terroristes. Ils ont aussi posé la question de savoir si les mesures de protection existantes

étaient suffisantes²⁹. Au cours du débat public qui a précédé l'adoption du projet de loi C-36, la *Loi antiterroriste*, des représentants gouvernementaux ont affirmé que leurs experts juridiques estimaient que celui-ci était conforme à la Charte. De l'avis d'un commentateur, [TRADUCTION] « la conformité avec la Charte est un minimum » et le fait de « prévoir qu'un projet de loi résistera à un examen minutieux fondé sur la Charte ne permet pas de savoir comment les policiers l'utiliseront ou s'il atteindra les objectifs qu'il vise, et n'indique pas grand chose quant à sa conformité avec les principes plus larges du constitutionnalisme »³⁰. On peut aussi se préoccuper du fait que les juges pourraient avoir de la difficulté à résister à la [TRADUCTION] « tentation de faire preuve de juste un peu plus de déférence envers le gouvernement et de pencher vers l'État au détriment des droits à la suite des événements du 11 septembre 2001 »³¹.

Par contre, d'autres commentateurs ont laissé entendre que les nouveaux pouvoirs extraordinaires respectent suffisamment les droits et libertés et que les réformes juridiques visant le terrorisme [TRADUCTION] « sont fermes et tiennent compte des droits garantis par la Charte »³². Un commentateur laisse entendre, par exemple, que la définition de terrorisme vise des opinions, des croyances et des convictions [TRADUCTION] « seulement dans la mesure où celles-ci ont trait à des activités criminelles manifestes »³³. Les répercussions sur les droits et libertés des nouveaux pouvoirs extraordinaires en matière d'enquête font de toute évidence l'objet d'un débat.

²⁹ Voir, par exemple, Kent Roach, « Did September 11 Change Everything? Struggling to Preserve Canadian Values in the Face of Terrorism » (2002), 47 *McGill L.J.* 893; Martin L. Friedland, « Police Powers in Bill C-36 », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001), p. 269.

³⁰ W. Wesley Pue, « The War on Terror: Constitutional Governance in a State of Permanent Warfare? » (2003), 41 *Osgoode Hall L.J.* 267, p. 287.

³¹ Roach, *supra*, note 29, p. 926.

³² David Jenkins, « In Support of Canada's Anti-Terrorism Act: A Comparison of Canadian, British, and American Anti-Terrorism Law » (2003), 66 *Sask. L. Rev.* 419-454, p. 454; voir aussi Richard G. Mosley, « Preventing Terrorism Bill C-36: The *Anti-terrorism Act 2001* », dans *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre? Documents présentés lors d'un colloque organisé par l'Institut canadien d'administration de la justice, tenu à Montréal (Québec), les 25 et 26 mars 2002*, édités par David Daubney et autres (Montréal, Institut canadien d'administration de la justice, 2002), p. 145.

³³ *Jenkins, ibid.*, par. 17.

Certains des nouveaux pouvoirs extraordinaires ont déjà été examinés par les tribunaux. Ainsi, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur les investigations judiciaires et a conclu que la disposition qui les autorise est constitutionnelle³⁴. La majorité de la Cour a conclu que le rôle du juge qui préside une investigation ne consiste pas seulement à s'assurer que le témoin répond aux questions, mais aussi que la procédure respecte les protections constitutionnelles, notamment la protection des droits et libertés de la personne³⁵. Les tribunaux n'ont pas encore examiné les incidences sur les droits et libertés des autres pouvoirs d'enquête extraordinaires pouvant être exercés dans le contexte de la sécurité nationale.

2. L'exercice des pouvoirs discrétionnaires

Une grande partie des décisions qui sont prises dans le contexte de la sécurité nationale sont le résultat de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire – notamment du « jugement de la police ». Il en est ainsi, par exemple, des décisions suivantes : inscrire des renseignements dans les banques de données sur la sécurité nationale; poser des questions à des particuliers; décider qui sera visé par une enquête; recruter une source humaine et s'en servir; et agir sur la foi de renseignements fournis par un gouvernement étranger. Dans tous ces cas, une personne en autorité a le pouvoir discrétionnaire de prendre une décision qui aura chaque fois des incidences sur les intérêts de particuliers et leur droit à la vie privée, et pourrait en avoir sur d'autres droits, par exemple le droit à la protection contre tout traitement discriminatoire³⁶. Si aucune accusation n'est portée, ces décisions discrétionnaires feront rarement l'objet d'un examen externe.

Il en va tout autrement de plusieurs des nouveaux pouvoirs extraordinaires en matière d'enquête dont il a été question ci-dessus, qui sont soumis à un examen ou à une supervision externes par des dispositions particulières. Reconnaisant la constitutionnalité de l'investigation judiciaire, la Cour suprême a souligné le rôle important en matière

³⁴ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42.

³⁵ *Ibid.*, par. 53.

³⁶ Pour un point de vue critique sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires en vertu de la *Loi antiterroriste*, voir W. Wesley Pue, *supra*, note 31, p. 281 à 285.

d'examen joué par le juge qui la préside. Dans une affaire connexe, la majorité de la Cour a aussi statué qu'il existe une présomption réfutable selon laquelle les investigations judiciaires sont publiques³⁷. La Cour a indiqué que la publicité des procédures judiciaires soutient la confiance du public dans le système judiciaire, tout comme son indépendance et son impartialité³⁸. Une présomption en faveur d'un examen public favorise également la protection d'autres droits et libertés pendant l'audience. En outre, des rapports annuels sur les investigations judiciaires doivent être produits et la disposition a été assujettie à une clause d'extinction renouvelable³⁹.

Il y a cependant peu d'enquêtes en matière de sécurité nationale qui font l'objet de l'examen minutieux applicable aux investigations judiciaires. De nombreux aspects des activités de la GRC en matière de sécurité nationale ne sont pas directement assujettis à la législation ou à la réglementation, mais dépendent plutôt de décisions discrétionnaires sur les activités ou les particuliers qui doivent faire l'objet d'une enquête et la façon d'effectuer celle-ci⁴⁰. Lorsque des politiques ou des directives ministérielles s'appliquent, elles sont parfois rédigées en termes généraux ou elles renferment des expressions non définies, ce qui exige nécessairement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour leur mise en oeuvre. Par exemple, les objectifs d'une police axée sur le renseignement dans le contexte de la sécurité nationale peuvent amener les services de police et les organismes de renseignement du Canada et d'autres pays à recueillir divers types de renseignements, non pas nécessairement dans le but d'intenter des poursuites relatives à un crime, mais en vue d'en prévenir la perpétration. En outre, lorsqu'un crime est commis, on peut décider, dans le contexte de la sécurité nationale, de ne pas porter d'accusations afin de protéger les relations internationales du Canada, la sécurité des sources ou les protocoles sur l'échange de renseignements conclus avec d'autres pays. Si aucune accusation n'est déposée, le choix des cibles d'enquête, les méthodes de collecte et d'échange de

³⁷ *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43.

³⁸ *Ibid.*, par. 25.

³⁹ *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.31 et 83.32.

⁴⁰ On peut dire que ce pouvoir discrétionnaire est protégé contre toute ingérence politique, à tout le moins dans son application spécifique, par le principe de l'« indépendance de la police ». Voir, à ce sujet, le Document de référence sur l'indépendance de la police.

renseignements, et les techniques d'enquête ne feront généralement pas l'objet d'examen par les tribunaux, de l'attention de la part des médias ou de débat public.

Cette situation pose des défis particuliers en ce qui concerne la protection des droits et libertés fondamentaux. Il est évident que les décisions discrétionnaires prises par ceux qui sont chargés d'appliquer les lois doivent être conformes à la Charte⁴¹. Or, en l'absence de mesures législatives précises qui orientent la protection des droits et libertés au cours d'enquêtes liées à la sécurité nationale, ou qui en prévoient l'examen, il est difficile d'assurer le respect des valeurs énoncées dans la Charte.

De plus, les nouveaux pouvoirs extraordinaires prévus par la législation antiterroriste canadienne ont confié de nouveaux pouvoirs aux fonctionnaires exécutifs. À titre d'exemple, le procureur général du Canada possède un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de protéger les « renseignements potentiellement préjudiciables » et les « renseignements sensibles » visés à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁴². Les personnes qui prévoient que de tels renseignements seront divulgués au cours d'une instance doivent en aviser le procureur général, lequel peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant les renseignements. Si la Cour fédérale ou, en appel, la Cour d'appel fédérale ou la Cour suprême du Canada ordonne la divulgation, le procureur général a le pouvoir discrétionnaire de délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation dans le but de protéger des renseignements obtenus d'une entité étrangère ou concernant une telle entité⁴³. Le certificat du procureur général a un caractère exécutoire, même dans le cadre d'une instance criminelle⁴⁴. Il peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁴⁵, mais il est difficile de s'assurer que les motifs pour lesquels le procureur général exerce son pouvoir discrétionnaire sont conformes aux valeurs constitutionnelles. Cet exemple peut illustrer les difficultés qui se posent lorsqu'on tente

⁴¹ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69.

⁴² *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5; 2001, ch. 41.

⁴³ *Ibid.*, art. 38.13.

⁴⁴ *Ibid.*, art. 38.14.

⁴⁵ *Ibid.*, art. 38.131.

de déterminer si l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un ministre dans le contexte de la sécurité nationale respecte les droits et libertés fondamentaux⁴⁶.

Par ailleurs, dans le contexte de la sécurité nationale l'État dispose d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard des non-citoyens du Canada : il peut soit porter des accusations en vertu du droit criminel soit se servir des procédures en matière d'immigration. Le droit de l'immigration, y compris le processus de délivrance des certificats de sécurité, prévoit des motifs de culpabilité plus larges que le droit criminel. Il permet aussi que certaines procédures soient tenues à huis clos et en l'absence de l'intéressé⁴⁷. La Cour suprême du Canada a reconnu que les non-citoyens sont susceptibles de discrimination⁴⁸, et la catégorie des non-citoyens peut se confondre partiellement avec les groupes qui peuvent faire l'objet de profilage racial, ethnique ou religieux, un sujet qui sera abordé plus loin. De plus, le contexte de l'immigration ou la communication de renseignements à des gouvernements étrangers soulève la question des répercussions que peut avoir une enquête de sécurité effectuée par des fonctionnaires canadiens sur la façon dont la personne qui en fait l'objet sera traitée par les autres pays.

Les vastes pouvoirs discrétionnaires exercés par les enquêteurs sur le plan opérationnel et par les ministres et leurs délégués peuvent faire en sorte que la grande majorité des activités liées à la sécurité nationale resteront bien loin de toute forme d'examen externe. L'impact de ces activités sur les droits et libertés devient ainsi difficile à évaluer ou à contester.

3. La coopération internationale

La coopération internationale dans le cadre d'enquêtes liées à la sécurité nationale peut avoir des répercussions importantes sur les droits et libertés. Au fur et à mesure que les

⁴⁶ Lorne Sossin, « The Intersection of Administrative Law with the Anti-Terrorism Bill », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001), p. 419 à 434.

⁴⁷ Audrey Macklin, « Borderline Security », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001).

pays coordonnent leurs activités en matière d'application de la loi et de renseignement de sécurité, les effets de pratiques comme l'échange de renseignements peuvent augmenter de façon exponentielle, à la fois de manière favorable et, potentiellement, défavorable. L'échange avec d'autres pays de renseignements obtenus au cours d'enquêtes menées au Canada peut avoir un « effet d'entraînement » à l'extérieur du Canada et, du même coup, des conséquences qui ne peuvent être contrôlées à partir du Canada. Le pouvoir des tribunaux et des gouvernements canadiens d'exiger le respect des droits et libertés constitutionnels s'exerce à l'intérieur des frontières du Canada. Il devient beaucoup plus difficile, sur le plan juridique, d'assurer que des personnes ou des renseignements qui ne se trouvent plus au Canada sont traités en conformité avec les valeurs et les droits constitutionnels canadiens.

La Cour suprême du Canada a reconnu l'existence de ce problème dans le contexte d'une procédure d'extradition et d'expulsion tenue au Canada, en particulier lorsque la personne concernée est susceptible d'être torturée ou d'être condamnée à mort dans le pays de destination. Elle a statué que l'extradition d'une personne vers un pays où elle risque la peine de mort est contraire à l'article 7 de la Charte⁴⁹ et qu'une expulsion impliquant un risque de torture est inacceptable⁵⁰. Dans les deux cas, la Cour a fait remarquer qu'il peut y avoir des exceptions extraordinaires. Elle a cependant souligné que les décideurs canadiens doivent tenir compte des répercussions que leurs actes pourraient avoir sur les droits et libertés à l'extérieur du Canada. Lorsqu'il existe un lien suffisant entre les actions du gouvernement canadien et une privation de liberté qui survient par la suite à l'extérieur du Canada en violation des principes de justice fondamentale, il peut y avoir une atteinte injustifiée aux droits garantis par l'article 7 de la Charte. Le gouvernement canadien peut ainsi devoir assumer la responsabilité des atteintes à la liberté qui surviennent à l'extérieur de ses frontières à cause de ses actions.

Outre le risque direct de torture ou de mort, la Cour suprême a récemment reconnu la possibilité que le témoignage qu'une personne est contrainte de donner dans le cadre

⁴⁸ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

⁴⁹ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7.

⁵⁰ *Suresh*, *supra*, note 2.

d'une investigation judiciaire soit utilisé contre elle dans une procédure d'extradition ou d'expulsion et soit ensuite communiqué à d'autres gouvernements à des fins de poursuites. La Cour a indiqué qu'une telle situation violerait le droit de ne pas s'incriminer et que les juges présidant les investigations fixeront les conditions qui permettront de prévenir une telle utilisation du témoignage⁵¹. Ceci soulève la question des incidences que pourraient avoir la collecte et l'échange de renseignements avant toute décision finale sur l'extradition ou l'expulsion. Il est clair cependant que l'établissement de paramètres pour les investigations judiciaires ne touche que la partie émergée de l'iceberg des répercussions potentielles sur les droits individuels de la coopération internationale en matière de sécurité nationale.

Un commentateur américain a fait remarquer, par exemple, que [TRADUCTION] « les questions les plus graves en matière de droits de la personne ne se poseront pas ici, mais à l'étranger », si les pays essayent de « récolter les bénéfices » d'activités interdites par les conventions internationales sur les droits de la personne en tentant d'obtenir des renseignements au sujet des projets de terroristes dans des pays qui n'appliquent pas les mêmes normes en matière, par exemple, d'interrogatoires, de détention ou de surveillance⁵².

L'envers de l'échange de renseignements peut aussi avoir des implications au regard des droits et libertés. Les enquêteurs canadiens peuvent s'appuyer sur des renseignements fournis par d'autres pays. L'obtention de ces renseignements peut avoir des conséquences importantes sur des individus au Canada ou sur des personnes de leur connaissance : surveillance, collecte de renseignements personnels additionnels, interrogatoires, etc. Il se peut cependant que les renseignements obtenus d'autres pays n'aient pas été recueillis d'une manière qui respecte les droits et libertés garantis ici. Les renseignements peuvent, par exemple, avoir été obtenus au moyen de la torture ou d'autres techniques d'enquête inacceptables, ou en l'absence de mécanismes visant à en assurer la fiabilité. Sans de

⁵¹ *Demande fondée sur l'art. 83.28, supra*, note 34.

⁵² Philip B. Heymann, « Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11 » (2001-2002), 25 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 441, p. 453 et 454.

telles garanties de fiabilité et de respect des droits et libertés, l'enregistrement de ces renseignements dans les banques de données canadiennes pourrait avoir des conséquences malheureuses qui se multiplient.

Cette préoccupation au sujet du manque potentiel de fiabilité des renseignements est exacerbée par le fait que la personne que ces renseignements concernent n'aura aucun moyen de savoir si ceux-ci sont exacts tant qu'ils ne lui auront pas été divulgués. Les enquêteurs pourraient, en s'appuyant sur des renseignements inexacts et peu fiables, utiliser tout un éventail de techniques intrusives, allant d'entrevues avec des amis, des employeurs et des membres de la famille à la surveillance électronique ou peut-être à la détention à des fins d'enquête. Nous avons déjà parlé des renseignements personnels contenus dans les banques de données de la GRC et du SCRS, auxquels la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas, et des exceptions prévues par cette loi qui permettent aux institutions fédérales de refuser la communication de renseignements personnels ou le droit de corriger ces renseignements pour des motifs liés, par exemple, à l'application de la loi.

4. Le profilage racial, ethnique et religieux

Un certain nombre d'intervenants ont soulevé des questions au regard du profilage racial, ethnique et religieux qui cible les communautés arabe et musulmane à la suite des événements du 11 septembre 2001⁵³. Le profilage peut être défini de manière générale comme l'utilisation de la race, de la religion ou de l'origine ethnique comme seule raison ou comme un facteur justifiant la décision de détenir ou d'arrêter une personne ou de continuer d'enquêter à son sujet⁵⁴. Il peut avoir pour effet de stigmatiser et de mettre en danger certains groupes au sein de la société canadienne. Des intervenants et des

⁵³ *Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*, voir, par exemple, les demandes d'intervention : du Conseil des Canadiens et de l'Institut Polaris, p. 6; du Congrès du travail du Canada, p. 3 et 4; du Muslim Community Council of Ottawa-Gatineau, p. 9; du Canadian Council on American-Islamic Relations, p. 7; de la Fédération canado-arabe, p. 3; du Muslim Canadian Congress, p. 4.

⁵⁴ Sujit Choudhry et Kent Roach, « Statutory Discretion, Constitutional Remedies, and Democratic Accountability » (2003), 41 *Osgoode Hall L.J.* 1, par. 2 (QL).

universitaires ont dit être préoccupés par le fait qu'un tel profilage porte atteinte à la liberté, à la vie privée et à l'égalité de Canadiens innocents. Le profilage pourrait ainsi être jugé discriminatoire en vertu de l'article 15 de la Charte. Il pourrait aussi menacer le droit de la personne visée à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne autrement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, conformément à l'article 7 de la Charte.

Le fait qu'aucune loi n'autorise expressément un choix par la police d'entreprendre le profilage racial, ethnique et religieux est également préoccupant. Dans l'état actuel des choses, le profilage, s'il en est, relève de décisions opérationnelles discrétionnaires qui ne font pas l'objet d'un débat public ou d'un examen législatif⁵⁵. C'est donc dire que le profilage racial, ethnique et religieux ne découle pas d'une orientation législative, mais de pouvoirs discrétionnaires de nature administrative et de pratiques en matière d'enquête. On s'inquiète de la possibilité que ce pouvoir discrétionnaire puisse être exercé par des personnes qui ne connaissent pas bien le milieu culturel et religieux dans lequel elles enquêtent.

En outre, les infractions de terrorisme exigent de la police qu'elle enquête sur les motivations religieuses, politiques et idéologiques des suspects, comme nous le verrons plus loin. Le fait qu'aujourd'hui la plupart des organisations et des réseaux terroristes actifs s'associent eux-mêmes à une croyance religieuse particulière complique les choses. Il faut se demander comment mener une enquête sur un élément requis de l'infraction (l'existence d'un but de nature politique, religieuse ou idéologique) sans se livrer à un profilage discriminatoire. Cette question est étroitement liée à de nombreuses autres, par exemple la formation et les connaissances linguistiques.

Certains sont également préoccupés, à tout le moins dans le contexte actuel, par la possibilité que les membres des communautés arabes et musulmanes, dont les nouveaux immigrants et les non-citoyens, hésitent à porter plainte au sujet de la conduite des

⁵⁵ *Ibid.*, par. 58; Lesley A. Jacobs, « Securer Freedom for Whom: Risk Profiling and the New Anti-terrorism Act », Book Review (2003), 36 *U.B.C.L. Rev.*, p. 375 à 384.

autorités policières ou se sentent obligés de répondre aux questions. Le profilage racial dans d'autres contextes criminels suscite toutefois les mêmes préoccupations. Par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence du profilage racial par la police à l'égard des Canadiens de race noire⁵⁶. Il faut alors notamment se demander si les activités de la GRC en matière de sécurité nationale ont des répercussions différentes sur les droits et libertés par rapport à ses activités policières plus traditionnelles, et quelles seraient les mesures qu'il conviendrait de prendre dans les cas où il y a eu un profilage discriminatoire.

5. Les enquêtes de l'État sur les convictions religieuses et politiques

Les activités liées à la sécurité nationale peuvent aussi constituer une menace aux droits et libertés parce qu'elles peuvent amener l'État à enquêter sur les convictions religieuses et politiques. Les infractions de terrorisme prévues par le *Code criminel* sont différentes des autres parce qu'elles sont fondées sur la motivation. Le *Code* exige en effet que l'acte interdit soit commis « au nom – exclusivement ou non – d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique »⁵⁷, ce qui est différent du principe traditionnel du droit pénal selon lequel la motivation n'est pas un élément essentiel d'un crime, mais un facteur à prendre en considération au moment de la détermination de la peine. Selon un commentateur, [TRADUCTION] « l'interdiction de certaines motivations politiques ou religieuses dans notre droit pénal pourrait avoir des conséquences considérables »⁵⁸. La violence étant exclue de la protection de la Charte, le fait que la motivation constitue maintenant un élément essentiel d'un crime pourrait justifier la tenue d'enquêtes liées à la sécurité nationale qui porteraient sur les convictions religieuses ou politiques d'un particulier ou qui seraient fondées sur des soupçons relatifs aux convictions personnelles d'un particulier.

⁵⁶ *R. v. Brown* (2003), 173 C.C.C. (3d) 23, 64 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 9 et 42 à 46; voir aussi le *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (Toronto, Queen's Printer for Ontario, 1995) (coprésidents : M. Gittens et D. Cole), p. 358.

⁵⁷ *Code criminel*, *supra*, note 42, par. 83.01(1) – définition d'« activité terroriste », div. b)(i)(A).

⁵⁸ Kent Roach, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001) 151, p. 156.

Une commentatrice américaine a écrit qu'à la suite des événements du 11 septembre 2001⁵⁹ :

[TRADUCTION] [L]es agents du FBI sont maintenant autorisés à entrer dans les mosquées et dans les églises sans avoir à s'identifier, et à recueillir des renseignements sur les Américains qui y prient. Au moindre signe de l'existence d'un lien avec une église étrangère ou un gouvernement étranger, le FBI est tenu de communiquer ce renseignement à la CIA, laquelle est libre de l'inclure dans ses banques de données secrètes.

Les mêmes préoccupations peuvent exister au Canada. En fait, la définition d'« activité terroriste » contenue dans le *Code criminel* pourrait inciter les enquêteurs à chercher à en savoir plus sur les convictions religieuses ou politiques d'un particulier. Cette possibilité suscite des questions au regard de la vie privée et de la liberté de religion et d'expression, ainsi qu'en ce qui concerne le profilage. Il est possible qu'au cours d'une enquête un agent puisse envisager d'interroger tous les membres d'une mosquée par exemple, ou de se livrer à une surveillance intrusive des activités d'un chef religieux.

6. L'expression et l'association

Les libertés de pensée, de croyance, d'opinion, d'expression et d'association sont essentielles à la démocratie et elles sont garanties par l'article 2 de la Charte. Il est reconnu depuis longtemps cependant que l'un des problèmes les plus préoccupants concernant les enquêtes liées à la sécurité nationale est l'effet dissuasif qu'elles peuvent avoir au regard de la dissidence légitime. En fait, l'une des principales préoccupations de la Commission McDonald était le ciblage inacceptable de la dissidence légitime⁶⁰. Les activités de ceux qui exercent ces libertés pour contester nos structures sociales, économiques et politiques ne devraient pas être « consignées dans des dossiers secrets

⁵⁹ Kate Martin, « Domestic Intelligence and Civil Liberties » (2004), 24 *SAIS Review* 7, p. 15.

⁶⁰ Rapport de la Commission McDonald, *supra*, note 1, p. 467 à 538.

ensuite utilisés contre eux par l'État »⁶¹. Le climat de « tolérance zéro » actuel est un facteur qui peut avoir une incidence néfaste sur les droits et libertés.

La portée des nouvelles infractions de terrorisme – celles relatives au financement et à la facilitation par exemple – augmente également la possibilité que l'État s'intéresse de près à toute une variété d'activités d'association ou d'expression et qu'il s'immisce dans la vie privée⁶².

Bien que l'appel au renversement de l'État ne soit pas protégé par la liberté d'expression, la décision relative à la question de savoir si une organisation est une organisation terroriste n'est pas toujours claire et elle a des répercussions importantes sur les droits et libertés. Au Royaume-Uni, par exemple, le *Kurdistan Workers Party* et la *People's Mojahedin Organisation of Iran* ont été interdits par le gouvernement en tant qu'organisations terroristes, ce qui signifie que le fait d'appartenir à ces organisations, d'organiser des réunions de celles-ci, de promouvoir leurs activités ou d'y contribuer financièrement constituait une infraction passible d'une peine d'emprisonnement⁶³. Chacune de ces organisations a contesté la décision du gouvernement de la considérer comme une organisation terroriste, faisant valoir, dans un cas, qu'elle était engagée dans un conflit armé légitime et exerçait le droit des peuples à l'autodétermination qui est reconnu par la communauté internationale et, dans l'autre, qu'elle était un mouvement de résistance ayant pour but d'établir un gouvernement démocratique dans un État répressif⁶⁴. Il est évident que le pouvoir de proscrire des « organisations terroristes » peut donner lieu à des abus du pouvoir politique.

⁶¹ *Supra*, p. 46, 47 et 428.

⁶² Voir, par exemple, David Schneiderman et Brenda Cossman, « Political Association and the Anti-Terrorism Bill », dans *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, édités par Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach (Toronto, University of Toronto Press, 2001), p. 173 à 194.

⁶³ L'appartenance à une organisation terroriste et la présence à une réunion d'une telle organisation ne constituent pas des infractions criminelles au Canada. Le fait d'être membre d'une organisation terroriste emporte cependant interdiction de territoire sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34.

⁶⁴ Voir *Kurdistan Workers' Party v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] EWHC 644 (Admin).

Certains commentateurs américains considèrent que la criminalisation du financement d'organisations terroristes et de l'association à celles-ci rétablit la « culpabilité par association » de l'époque McCarthy⁶⁵. Au Canada, les nouvelles dispositions du *Code criminel* sur le financement du terrorisme prévoient que le fait de fournir ou de réunir, directement ou indirectement, des biens dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés en vue d'activités terroristes constitue une infraction⁶⁶. Il en est de même du fait de réunir, de fournir ou de rendre disponibles des biens ou des services financiers en sachant qu'ils seront utilisés pour faciliter les activités d'un groupe terroriste⁶⁷ et du fait d'utiliser sciemment des biens à des fins terroristes ou d'avoir sciemment en sa possession des biens à ces fins⁶⁸. D'autres dispositions du *Code*, placées sous le titre « Participer, faciliter, donner des instructions et héberger », visent de tels actes commis au profit de groupes terroristes. Par exemple, aux termes de l'article 83.18, commet une infraction quiconque, sciemment, participe à une activité d'un groupe terroriste, ou y contribue, directement ou non, y compris en recrutant sciemment des personnes dans le but d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter⁶⁹.

Même lorsqu'une organisation n'est pas interdite en tant qu'organisation terroriste, l'impression qu'elle est surveillée par la GRC ou le SCRS peut avoir un effet dissuasif sur les activités d'association et d'expression des particuliers et des organisations. En 1989, le Sénat américain a décrit comme suit la menace que représente une surveillance

⁶⁵ David Cole et James X. Dempsey, « Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security » (New York, The New Press, 2^e éd., 2002), p. 144; voir aussi Robert M. Chesney, « Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security & Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism », Book Review (2003), 101 *Michigan L. Rev.*, p. 1408.

⁶⁶ *Code criminel*, *supra*, note 42, art. 83.02.

⁶⁷ *Supra*, art. 83.03.

⁶⁸ *Supra*, art. 83.04.

⁶⁹ *Supra*, art. 83.18 à 83.23.

excessive et injustifiée, notamment l'utilisation d'informateurs, pour les valeurs démocratiques⁷⁰ :

[TRADUCTION] Les Américains ont le droit d'être en désaccord avec les politiques de leur gouvernement, d'appuyer des causes politiques impopulaires et de s'associer avec d'autres pour exprimer paisiblement ces opinions, sans craindre de faire l'objet d'une enquête du FBI ou d'un autre organisme gouvernemental. Comme le juge Lewis Powell l'a écrit dans l'arrêt *Keith* : « Le prix de la dissidence publique légitime ne doit pas être la crainte d'être l'objet d'un pouvoir de surveillance incontrôlé ».

Les enquêtes injustifiées sur l'expression et la dissidence politiques peuvent affaiblir notre système politique. Lorsque des particuliers constatent que cela peut arriver, ils hésitent à s'associer à des groupes qui ne sont pas d'accord avec le gouvernement et ils surveillent de plus près ce qu'ils disent et écrivent.

Il peut être difficile, en particulier à l'époque de l'activité policière axée sur le renseignement, de faire clairement la différence entre la collecte de renseignements utiles pour découvrir des activités terroristes et l'imposition de limites à la dissidence politique légitime.

7. La vie privée

Comme nous l'avons énoncé ci-dessus presque toutes les activités liées à la sécurité nationale auront des incidences sur la vie privée. Cela tient à la nature même des enquêtes en matière de sécurité nationale, lesquelles exigent que des renseignements concernant des groupes et des particuliers soit recueillis et analysés. Par exemple, la GRC obtiendra et échangera des renseignements personnels au cours de ses enquêtes. Des personnes seront désignées comme sources potentielles de renseignements ou comme suspects. Elles pourraient faire l'objet d'une surveillance physique ou électronique, et leurs contacts pourraient être retracés. Elles pourraient être interrogées. Des agents d'infiltration pourraient être utilisés; des informateurs pourraient être identifiés et devoir

⁷⁰ Senate Select Committee on Intelligence, The FBI, and CISPES, S. Rep. n° 101-46, p. 102, cité dans Philip B. Heymann, « Civil Liberties and Human Rights in the Aftermath of September 11 » (2001-2002), 25 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 441, p. 444.

fournir des renseignements concernant une personne. Des renseignements personnels pourraient être inscrits dans des banques de données informatiques et communiqués à d'autres services de police et organismes de renseignement, au Canada et à l'étranger. Chaque fois qu'un enquêteur prend l'une de ces mesures, le droit à la vie privée – défini en termes généraux – sera violé. Ces mesures auront des effets intrusifs variables sur la vie privée. Par exemple, l'interception de communications privées en vertu d'un mandat est une atteinte importante, assujettie à l'examen minutieux des tribunaux. Par ailleurs, la décision d'entreprendre une surveillance physique dans le but de cerner le comportement n'exige ni mandat ni approbation judiciaire.

Il est possible qu'une personne ne connaisse jamais la nature et le contenu des renseignements recueillis à son sujet, qu'elle ne sache pas si ceux-ci sont exacts ou qu'elle ignore à qui ils ont été communiqués. Un commentateur a d'ailleurs dit à ce sujet⁷¹ :

[TRADUCTION] Le droit à la vie privée [...] confère à une personne la capacité de faire en sorte que des renseignements personnels si importants ne soient pas recueillis et communiqués sans qu'elle ait son mot à dire au sujet du processus et sans qu'elle sache qui possède quels renseignements, les fins ou les motivations de ces entités ou à quoi les renseignements serviront dans l'avenir. Le droit à la vie privée implique le pouvoir de refuser d'être traité avec indifférence par la bureaucratie lorsqu'on se plaint d'erreurs ou que l'on veut que certaines données soient effacées. Ce n'est pas seulement la collecte de données qui pose problème : c'est notre manque total de contrôle sur l'usage qui en est fait ou qui pourrait en être fait dans l'avenir.

Si des accusations sont déposées et qu'une poursuite est intentée, la personne concernée bénéficiera d'un examen externe, notamment une vérification par les tribunaux de la conformité à la Charte. Dans le cas contraire, la personne pourrait ne jamais savoir dans quelle mesure l'État s'est immiscé dans sa vie privée et quels renseignements peuvent demeurer dans des banques de données informatiques.

⁷¹ Daniel J. Solove, « Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy » (2000-2001), 53 *Stanford L. Rev.* 1393, p. 1426.

IV. CONCLUSION

Dans le présent document, nous avons décrit les sources des droits et libertés dont nous jouissons dans notre société démocratique libérale. Ces sources comprennent la *Charte*, les codes des droits de la personne, le droit international et les lois sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels. Nous avons ensuite cerné les types de restrictions touchant les droits et libertés qui peuvent découler des activités liées à la sécurité nationale, étape nécessaire lorsque l'on veut établir un juste équilibre entre les droits et libertés et les mesures de sécurité nationale requises pour assurer la sécurité de notre pays et de tous les Canadiens. À cet égard, les propos de la Commission McDonald sont toujours aussi pertinents : « Le Canada doit respecter à la fois les exigences de la sécurité et celles de la démocratie : n'oublions pas que l'objectif fondamental de la première est de protéger la seconde⁷². » Le but du présent document est d'appuyer le travail que poursuit la Commission dans le cadre de son mandat en matière d'examen de la Politique afin que tous les enjeux susceptibles d'avoir une incidence sur la création d'un mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale puissent être déterminés.

⁷² Rapport de la Commission McDonald, *supra*, p. 44.