

**MÉMOIRE PRÉSENTÉ AU
SOUS-COMITÉ DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET NATIONALE**

CONCERNANT L'EXAMEN DE LA *LOI ANTITERRORISTE*

PAR :

**L'ASSOCIATION CANADIENNE DES PROFESSEURES
ET PROFESSEURS D'UNIVERSITÉ**

2675, PROMENADE QUEENSVIEW

OTTAWA (ONTARIO) K2B 8K2

(613) 820-2270

LE 28 FÉVRIER 2005

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	v
I. INTRODUCTION.....	1
II. LE CANCER DU SECRET ET DE L'ARBITRAIRE.....	2
1. Les modifications apportées par la partie 3 de la <i>Loi</i> à la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	3
a) Contrôle indu sur l'instance – Articles 38 à 38.12 de la LPC modifiée.....	4
i) La grande portée des interdictions provisoires et le nouveau devoir imposé aux parties – articles 38 à 38.05	4
ii) Contradiction interne – Article 38.06.....	5
iii) Auditions <i>ex parte</i> obligatoires et confidentialité des procédures et des dossiers – articles 38.11, 38.02 et paragraphe 38.12(2).....	6
b) Le pouvoir sans entrave du procureur général d'interdire la divulgation – les certificats interdisant la divulgation en vertu de l'article 38.13 de la LPC modifiée par la <i>Loi antiterroriste</i>	8
2. Les articles 87, 103 et 104 de la <i>Loi antiterroriste</i> suspendant l'application de la LAI, la LPRP et la LPRPDE relativement aux certificats de secret du procureur général ¹⁰	
3. Interdictions de publication.....	11
4. Révocation de l'enregistrement d'organismes de bienfaisance au moyen d'une preuve secrète.....	12
5. Établissement d'une liste de personnes et de groupes à partir d'une preuve secrète	13
III. D'ABORD ILS SONT VENUS CHERCHER LES COMMUNISTES, PUIS ILS SONT VENUS ME CHERCHER	15
1. Le « terrorisme » - un permis de cibler politiquement.....	15
2. « Infractions de terrorisme » et « activité terroriste » en vertu de la <i>Loi antiterroriste</i>	17
a) Un crime fondé sur le mobile.....	18

b)	La sécurité économique et la protection des sociétés commerciales	19
c)	Un acte criminel sans crime	19
3.	Les nouvelles infraction de « participation » et des infractions incomplètes ajoutées à d'autres infractions incomplètes.....	20
a)	Les nouvelles infractions de participation.....	20
b)	Des infractions incomplètes ajoutées à d'autres infractions incomplètes	22
4.	Les nouvelles infractions de financement du terrorisme.....	22
5.	L'« activité terroriste » et la révocation de l'enregistrement des œuvres de bienfaisance en vertu de la LEOBRS.....	24
6.	Profilage ethnique et religieux	24
7.	Puis ils sont venus me chercher.....	25
8.	Le droit pénal antérieur était suffisant.....	26
a)	Plus d'infractions qu'il n'en faut.....	26
b)	Une lacune possible.....	28
c)	Détermination de la peine	29
9.	Le rôle de la GRC en matière de sécurité nationale.....	30
IV.	DES POUVOIRS D'ENQUÊTE EXTRAORDINAIRES – LA PENTE SAVONNEUSE QUI MÈNE À L'ÉTAT POLICIER ET À LA SOCIÉTÉ DE SURVEILLANCE.....	32
1.	Des pouvoirs d'interrogatoire pour la police.....	33
2.	Des pouvoirs d'arrestation préventive pour la police.....	35
3.	Nouveaux pouvoirs et nouvelles capacités de surveillance	36
a)	Des pouvoirs élargis d'écoute électronique pour la police	37
b)	Le devoir imposé à chacun de divulguer des biens et des transactions et à certaines institution de faire des déclarations aux agents de l'État – articles 83.1 et 83.11 du <i>Code criminel</i> et modifications de la <i>Loi sur le recyclage des produits de la criminalité</i>	37
c)	Le pouvoir du CST d'intercepter sans mandat les communications des Canadiens	38

V. L'EXTRAORDINAIRE RENDU NORMAL.....	39
VI. CONCLUSION.....	42
VII. LISTE DES RECOMMANDATIONS.....	44
NOTES.....	46

RÉSUMÉ

L'Association canadienne des professeures et professeurs d'université représente 48 000 universitaires des universités et collèges du Canada. La présente étude de la *Loi antiterroriste* est prioritaire pour nous parce que nous croyons que les valeurs qui sous-tendent une société libre et démocratique sont préalables aux activités essentielles d'enseignement et de recherche qui sont la raison d'être des maisons d'enseignement postsecondaire. Nos membres sont donc tenus de défendre ces préalables, mais aussi nous estimons qu'en tant qu'intellectuels, nous avons le devoir d'aider à définir et informer le débat public sur leur avenir au Canada.

Le présent mémoire met à profit le savoir de nos membres dans les nombreux domaines du droit touchés par la *Loi antiterroriste* pour présenter une analyse juridique détaillée qui, nous l'espérons, sera utile au Comité et au public. Nous espérons aussi que l'ensemble du mémoire aidera les lecteurs à voir la *Loi* dans une perspective historique et critique.

Tout geste violent visant des civils répugne. Les gouvernements devraient s'efforcer de nous en protéger. Cependant, la protection contre ce qu'on appelle couramment le « terrorisme » ne représente pas la totalité de notre sécurité personnelle ou nationale et toute politique de sécurité axée sur la « lutte contre le terrorisme » fait fausse route. Au Canada, le « terrorisme » représente pour notre sécurité collective et individuelle un risque beaucoup moins important que l'érosion de la règle de droit, des freins et contrepoids démocratiques, du pluralisme et des libertés civiles découlant de lois comme la *Loi antiterroriste*. Selon l'expression lapidaire de la plus haute cour du Royaume-Uni dans un jugement récent invalidant certaines parties de la loi antiterroriste britannique : « [traduction] les lois draconiennes sont une plus grande menace pour la démocratie que le terrorisme ».

Les lois draconiennes répandent un cancer de secret et d'arbitraire dans les démocraties, invalidant la règle de droit et plaçant ceux qui gouvernent au-dessus de ceux qui sont gouvernés. Nous en trouvons un exemple dans la *Loi antiterroriste* qui a introduit des régimes globaux et kafkaïens de secret en modifiant la *Loi sur la preuve au Canada*, la *Loi sur l'accès à l'information*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le *Code criminel*.

Les lois draconiennes donnent aux agents de l'État un énorme pouvoir discrétionnaire – la permission de cibler certains groupes de la société. En effet, la *Loi* injecte dans le cadre de référence du droit pénal un terme – le « terrorisme » – impossible à définir avec précision, car il exige un jugement qui dépend nécessairement du point de vue social, religieux, politique et historique des personnes qui formulent ce jugement.

Enfin, les lois draconiennes confèrent des pouvoirs extraordinaires d'enquête et de surveillance aux agents de l'État. Ces pouvoirs abattent les protections juridiques mises au point au cours des siècles dans les sociétés démocratiques pour protéger l'individu contre l'État. Nous en voyons la preuve dans les nouveaux pouvoirs d'interrogatoire,

d'arrestation préventive et d'écoute électronique que la *Loi* ajoute au *Code criminel*, de même que dans la reconnaissance du Centre de la sécurité des télécommunications et de la surveillance des Canadiens par ce centre.

D'aucuns accepteront la mise en place de pouvoirs draconiens parce qu'ils croient qu'ils peuvent faire confiance au gouvernement pour les utiliser seulement à « bon » et non à « mauvais » escient. Mais nous ne pouvons savoir ce que le gouvernement actuel ou les gouvernements futurs feront de ces pouvoirs draconiens et nous n'avons aucune prise là-dessus. On pourrait penser qu'il est possible de tracer une ligne claire entre ceux que la loi est censée viser et ceux qu'elle est censée protéger ou que les mesures draconiennes ne seront utilisées que contre « eux » et non contre « nous ». Mais cette ligne aujourd'hui si claire pourrait facilement se dissoudre demain, de sorte que « nous » serions devenus « eux ».

D'autres estimeront que les lois draconiennes ne seront pas normalisées, qu'elles pourront, d'une manière ou d'une autre, être isolées du contexte normal de notre société. Mais les lois draconiennes, adoptées en temps de crise, prennent facilement une vie propre. Même si elles sont temporaires ou sujettes à révision, comme la *Loi antiterroriste*, elles ont tendance à devenir permanentes. Leurs dispositions s'intensifient. Il y a glissement de fonction. Elles deviennent la nouvelle norme à mesure que les pouvoirs publics et la population s'y habituent, ouvrant la voie à des lois encore plus draconiennes qui s'y ajouteront à la longue en doses croissantes. Aussi, elles introduisent des changements structuraux et institutionnels souvent durables dans les régimes de gouvernement, des changements qui comprennent d'ordinaire le renforcement du pouvoir exécutif aux dépens des autres pouvoirs.

L'histoire offre de nombreux exemples qui viennent étayer ces affirmations.

Même pour ceux qui ont une expérience juridique et politique, il est souvent difficile de démêler l'écheveau des changements que les lois draconiennes introduisent dans la société et d'en suivre les répercussions avec vigilance. Quand l'alarme finira par sonner quant à l'effet des lois draconiennes sur la société, il sera peut-être trop tard pour y apporter un remède efficace.

L'Association canadienne des professeures et professeurs d'université réclame l'abrogation de la *Loi antiterroriste* draconienne du Canada. Nous demandons que les quelques très rares dispositions qui pourraient être nécessaires pour permettre au Canada de s'acquitter de ses obligations en vertu de la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif* et de la *Convention internationale sur la répression du financement du terrorisme* soient adoptées de nouveau d'une manière qui ne dépasse pas les strictes exigences des conventions et les dispositions mettant en œuvre les conventions antiterroristes antérieures en vertu de l'article 7 du *Code criminel*.

I. INTRODUCTION

L'Association canadienne des professeures et professeurs d'université représente 48 000 universitaires des universités et collèges du Canada. Pour nous, les enjeux en matière de libertés civiles dans le monde d'après le 11 septembre sont prioritaires. Nous avons beaucoup travaillé dans ce domaine depuis septembre 2001, entreprenant des recherches et des analyses juridiques poussées, travaillant en étroite collaboration avec d'autres experts au Canada et à l'étranger, présentant des mémoires au gouvernement et prenant un rôle de premier plan dans divers projets avec des coalitions nationales et internationales.

Nous croyons que cette révision de la Loi antiterroriste est moment charnière pour la société canadienne. La Loi antiterroriste n'est qu'un élément d'un tissu de mesures adoptées depuis le 11 septembre 2001, mais elle en est peut-être la clef de voûte, puisqu'elle a un effet si fondamental sur le système juridique et démocratique du Canada.

La règle de droit, la séparation des pouvoirs et les freins et contrepoids imposés à chaque branche du gouvernement, le pluralisme, l'application régulière de la loi, la présomption d'innocence, la protection contre la détention arbitraire, le droit à la vie privée et la protection contre une surveillance déraisonnable de l'État ainsi que les libertés d'expression, de religion et d'association sont les fondements d'une société libre et démocratique – *et ils sont tous battus en brèche par la Loi antiterroriste*. Ce sont aussi les conditions préalables à la liberté intellectuelle. Les membres de l'ACPPU ont un intérêt direct à défendre ces préalables à la liberté académique, mais plus encore, nous estimons qu'en tant qu'intellectuels, nous avons le devoir d'aider à définir et informer le débat sur leur avenir au Canada.

Tout geste violent visant des civils répugne. Les gouvernements devraient s'efforcer de nous en protéger. Cependant, la protection contre ce qu'on appelle couramment le « terrorisme » ne représente pas la totalité de notre sécurité personnelle ou nationale et toute politique de sécurité axée sur la « lutte contre le terrorisme » fait fausse route. Le « terrorisme » représente pour l'humanité un risque bien moins grand que la pauvreté, les guerres illégitimes, les politiques d'immigration injustes, les gouvernements répressifs et la négation des droits humains fondamentaux. Dans les sociétés démocratiques comme le Canada, le « terrorisme » représente pour notre sécurité collective et individuelle un risque beaucoup moins important que l'érosion de la règle de droit, des freins et contrepoids démocratiques, du pluralisme et des libertés civiles. Si l'histoire nous apprend une chose, c'est que ce sont là les remparts qui assurent notre sécurité et notre force. C'est précisément de ces libertés-là que dépend notre survie en tant que nation.

Selon l'expression lapidaire de la plus haute cour du Royaume-Uni dans un jugement récent invalidant certaines parties de la loi antiterroriste britannique : « [traduction] les lois draconiennes sont une plus grande menace pour la démocratie que le terrorisme ».¹

L'Association canadienne des professeures et professeurs d'université réclame l'abrogation de la *Loi antiterroriste*. Les quelques très rares dispositions qu'elle comporte qui pourraient être nécessaires pour permettre au Canada de s'acquitter des ses

obligations en vertu de la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif* et de la *Convention internationale sur la répression du financement du terrorisme* devraient être adoptées de nouveau d'une manière qui ne dépasse pas les strictes exigences des conventions et les dispositions mettant en œuvre les conventions antiterroristes antérieures en vertu de l'article 7 du Code criminel.

II. LE CANCER DU SECRET ET DE L'ARBITRAIRE

[traduction] Nous ne croyons pas qu'aucun groupe d'hommes ait suffisamment de force et de sagesse pour fonctionner à l'abri de tout examen ou de toute critique. Nous savons que le seul moyen d'éviter l'erreur est de la déceler et que le seul moyen de la déceler est d'avoir la liberté de la chercher. Nous savons que sous le manteau du secret, l'erreur non décelée se développera avec ses effets subversifs.

- J. Robert Oppenheimer, ancien directeur du Projet Manhattan

Les lois draconiennes se caractérisent d'une part par le secret et d'autre part par un pouvoir arbitraire – ou non soumis à l'examen – entre les mains de l'exécutif. Ces facteurs jugés nécessaires en temps de crise deviennent facilement une habitude chez ceux qui détiennent le pouvoir et un cancer dans la société démocratique.

Au Canada, depuis le 11 septembre 2001, on a vu une prolifération de mesures censées se justifier par la nécessité du secret et du pouvoir arbitraire. Alors qu'autrefois ces pouvoirs extraordinaires étaient confinés aux tristement célèbres procédures des certificats de sécurité dans le contexte de l'immigration¹ ou assujettis à de prudentes restrictions (voir ce qui est dit plus loin sur le secret et la *Loi sur la preuve au Canada*), ils se retrouvent maintenant partout et sont largement définis dans notre cadre juridique. Et dans de nombreux cas, le gouvernement en a prescrit l'usage à des fins *autres* que la lutte contre le terrorisme.

La *Loi antiterroriste* est responsable d'une bonne partie de cette prolifération et de ce glissement de fonction.

- Les modifications apportées par la partie 3 de la *Loi* aux articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) remplacent la doctrine de common law d'interdiction de publication pour des raisons d'intérêt public codifiée dans la LPC par d'étonnants pouvoirs nouveaux conférés à des fonctionnaires pour contrôler les procédures et interdire la divulgation d'information. Ces pouvoirs s'appliquent non seulement dans des procédures pénales, mais aussi dans des procédures en droit civil ou administratif, des procédures d'interrogatoire préalable et de commissions d'enquête, voire dans les délibérations du Sénat, de la Chambre et des assemblées provinciales (*y compris les travaux du présent comité*);
- Les articles 87, 103 et 104 de la *Loi antiterroriste* soustraient le nouveau pouvoir du Procureur général de délivrer des certificats interdisant la divulgation de renseignements en vertu de la partie 3 de la *Loi* à l'application et à l'emprise de la *Loi sur l'accès à l'information*, de la *Loi sur la protection des renseignements*

personnels et de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques;

- Le paragraphe 16(2) de la *Loi* crée un nouveau pouvoir interdisant de publier ou de diffuser dans les procès pour « terrorisme » l'identité de toute « personne associée au système judiciaire » ce qui comprend les juges, les procureurs, les enquêteurs, les ministres et les fonctionnaires;
- La partie 6 de la *Loi* permet au Solliciteur général (qui deviendra bientôt ministre de la Sécurité publique avec l'adoption du projet de loi C-6) et au ministre du Revenu national de révoquer l'enregistrement d'un organisme de bienfaisance sur la foi de renseignements secrets reçus de gouvernements, institutions et agences de l'étranger;
- Les modifications apportées par l'article 4 de la *Loi* aux articles 83.05 à 83.07 du Code criminel permettent au Solliciteur général (ministre de la Sécurité publique) et au gouverneur en conseil d'établir une liste de personnes et de groupes réputés « terroristes » sur la foi de renseignements secrets.

1. Les modifications apportées par la partie 3 de la Loi à la Loi sur la preuve au Canada

Les modifications apportées par la partie 3 de la *Loi* à la LPC éliminent la doctrine traditionnelle d'interdiction de divulguer pour des raisons d'intérêt public et créent un vaste régime de secret dans toutes les procédures où l'on peut contraindre à la production de renseignements.

En vertu des dispositions antérieures de la LPC, qui codifiaient la doctrine de common law d'interdiction de divulguer pour des raisons d'intérêt public, on pouvait s'opposer à la divulgation d'information dans une procédure pour des raisons d'intérêt public déterminées. Il appartenait toutefois à un tribunal de statuer sur la validité de l'opposition, puisque, selon l'explication que donne Wigmore de la doctrine, le risque d'abus du secret serait trop grand si la détermination était laissée « précisément au fonctionnaire qui peut avoir intérêt à utiliser le secret pour cacher un méfait ». Le critère de divulgation en vertu de l'ancienne LPC et de la doctrine traditionnelle était de savoir si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public déterminées qui militent contre la divulgation.

Les modifications apportées par la *Loi antiterroriste* à la LPC permettent précisément le mal qu'indique Wigmore. En premier lieu, elles donnent aux fonctionnaires un contrôle indu sur les procédures où le gouvernement s'oppose à la divulgation. En second lieu, elles donnent au Procureur général le pouvoir presque sans entrave d'interdire la divulgation d'information, y compris le pouvoir de *renverser* la décision d'un tribunal autorisant la divulgation.

a) Contrôle indu sur l'instance – Articles 38 à 38.12 de la LPC modifiée

i) La grande portée des interdictions provisoires et le nouveau devoir imposé aux parties – articles 38 à 38.05

Dans sa forme antérieure à l'adoption de la *Loi antiterroriste*, l'article 38 de la LPC permettait spécifiquement aux fonctionnaires de s'opposer à la divulgation d'information dans une instance pour « le motif que la divulgation *porterait* préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». Une fois l'opposition présentée, la divulgation était interdite jusqu'à ce que, conformément à la doctrine traditionnelle d'interdiction de divulgation pour des motifs d'intérêt public, un tribunal ait décidé si la divulgation nuirait à ces intérêts et, dans ce cas, si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation.

En vertu des articles 38 à 38.05 modifiés, l'obligation de ne pas divulguer l'information tant d'un tribunal ne s'est pas prononcé sur la question porte non plus sur une information dont « la divulgation *porterait* préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales » comme dans l'ancienne version, mais simplement à des « renseignements potentiellement préjudiciables » et à des « renseignements sensibles ». Les « renseignements potentiellement préjudiciables » sont des renseignements « *susceptibles* de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales » (Art. 38). 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* » (Art. 38).

Les seuils sont très bas pour les deux termes, mais celui des « renseignements sensibles » est si bas que le terme pourrait englober presque tout ce que les fonctionnaires pourraient vouloir lui faire dire – renseignements sur l'affaire Watergate, eau impropre à la consommation, scandale du genre de celui des commandites, renseignements sur les relations délicates avec une province, renseignements montrant la responsabilité du gouvernement ou ses problèmes financiers. La définition n'oblige pas à prouver que la divulgation porterait préjudice à un intérêt *public* et va beaucoup plus loin que la doctrine traditionnelle d'interdiction de divulgation pour des raisons d'intérêt public. En outre, puisque la « sécurité nationale » est définie ailleurs dans la *Loi antiterroriste* comme comprenant la « sécurité économique » (voir la définition d'activité terroriste à l'article 2 de la *Loi* qui ajoute le sous-alinéa 83.01b) B au *Code criminel*) la gamme des renseignements protégés à titre de « renseignements sensibles » est extrêmement vaste.

En vertu des articles 38 à 38.05 de la LPC modifiés par la *Loi antiterroriste*, les participants aux instances sont également soumis à de nouvelles exigences pour *aider le gouvernement à protéger l'information*, ce qui s'écarte également de la doctrine traditionnelle. Aux termes de ces dispositions, tout participant est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada s'il « est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de

faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements » protégés. La définition de « participant » s'appliquerait aux parties, témoins, tierces parties, avocats, députés, voire journalistes – tous ceux qui, « dans le cadre d'une instance », pourraient être amenés à divulguer des renseignements. Dès qu'un avis est donné par un participant ou un fonctionnaire, personne ne peut divulguer l'information sans l'autorisation du procureur général. La sorte de fardeau qu'impose le critère de « croyance » aux participants n'est pas précisée, non plus que les sanctions dont ils sont passibles s'ils ne s'acquittent pas de leur obligation. L'alinéa 38.01(6)a) prévoit une exemption pour la communication entre l'avocat et son client, mais il semble que cette disposition oblige l'avocat à divulguer sa défense avant de la faire au tribunal. Il pourrait en résulter des restrictions pour le contre-interrogatoire et la production de témoins, ce qui pourrait souvent rendre le procès injuste. Il n'y a aucune protection pour les journalistes et leurs sources.

Bref, les nouveaux articles 38 à 38.05 de la LPC étendent considérablement la gamme des renseignements à propos desquels les fonctionnaires peuvent entraver une cause pénale, une enquête publique ou les délibérations d'un comité de la Chambre des communes et impose aux participants un fardeau incertain et onéreux. Ces facteurs, s'ajoutant à ceux dont il sera question plus loin, donnent aux fonctionnaires un contrôle indu sur les instances où ils réclament l'interdiction de divulgation pour des raisons d'intérêt public.

On imagine facilement comment on pourrait abuser de ce pouvoir de supprimer l'information, retarder les procédures et intimider les participants. Nous en avons vu ce qui pourrait être le premier exemple dans l'enquête Arar, censément publique, où le gouvernement empêche la divulgation d'un résumé en dix pages de plusieurs semaines de témoignages (fruit de plus de deux mois de négociations serrées entre la commission d'enquête et le gouvernement) de même que la décision de 55 pages du juge O'Connor sur la divulgation. Les travaux de l'enquête, dont le mandat est critique et soumis à des contraintes de temps, sont maintenant arrêtés en attendant une décision des tribunaux, qui pourrait prendre des mois, voire des années.

ii) Contradiction interne – Article 38.06

Les articles 38 à 38.05 sont en outre en contradiction avec le critère ultime de divulgation énoncé à l'article 38.06 de la LPC. En vertu du paragraphe 38.06(1), l'interdiction provisoire de divulgation ne peut être maintenue que si la divulgation « porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». Si la cour conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice à ces intérêts, elle doit ensuite décider, en vertu du paragraphe 38.06(2), conformément à la doctrine traditionnelle, si « les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation ».

On se demande pourquoi le gouvernement devrait pouvoir arrêter provisoirement une instance à propos de renseignements « sensibles » ou « potentiellement préjudiciables », alors que le critère ultime de non-divulgation appliqué par la cour est la question de savoir si la divulgation « porterait préjudice ».

iii) Auditions *ex parte* obligatoires et confidentialité des procédures et des dossiers – articles 38.11, 38.02 et paragraphe 38.12(2)

En vertu de l'article 38.11 de la LPC modifiée, les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) « sont tenues à huis clos » à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale et le juge saisi de l'affaire « donne » à l'un et à l'autre la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. En vertu de l'article 38.02, il est interdit de divulguer non seulement les renseignements faisant l'objet d'une audition, d'un examen ou d'un appel et les arguments à cet égard, mais aussi le simple *fait* qu'un avis a été donné, qu'une demande a été présentée ou qu'un accord a été conclu. De la même manière, en vertu du paragraphe 38.12(2), les dossiers ayant trait à une audience, un appel ou un examen sont « confidentiels ».

Ces dispositions contribuent au contrôle indu qu'exercent les fonctionnaires sur les instances où ils demandent l'interdiction de divulgation pour des raisons d'intérêt public et on peut facilement imaginer les abus auxquels elles pourraient donner lieu. Leur caractère obligatoire est contraire au principe de la publicité des débats et à la procédure contradictoire du système de common law.

La Cour suprême du Canada « a souligné à de nombreuses reprises que le « principe de la publicité des débats en justice » est une caractéristique d'une société démocratique et s'applique à toutes les procédures judiciaires² ». Comme le dit la Cour dans l'arrêt récent *Vancouver Sun (Re)* [2004] R.C.S 43 où elle s'est penchée sur le niveau de secret applicable aux procédures d'investigation judiciaire en vertu de la *Loi antiterroriste*,

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 » ... La publicité est nécessaire au maintien de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux. Elle fait partie intégrante de la confiance du public dans le système de justice et de sa compréhension de l'administration de la justice. En outre, elle constitue l'élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux³.

Parlant du principe de la publicité des débats en justice dans le contexte du droit constitutionnel du public à recevoir l'information, la Cour conclut :

Par conséquent, le moins qu'on puisse dire est qu'il ne faut pas modifier à la légère le principe de la publicité des débats en justice⁴.

Certes, dans certaines circonstances un juge pourrait décider qu'il convient de tenir une audition à huis ou de permettre à une partie de présenter ses observations en l'absence des autres parties, mais l'emploi *obligatoire* de ces outils à la discrétion d'une des parties – le gouvernement au pouvoir – est dangereux et vraisemblablement inconstitutionnel à la lumière du critère de l'arrêt *Oakes* pour l'article 1 de la *Charte*. Ce critère exige que les moyens choisis pour atteindre un objectif restreignent le moins possible les droits garantis par la *Charte* et que les effets préjudiciables de l'emportent pas sur les effets bénéfiques.

Dans l'arrêt *Vancouver Sun*, une affaire de sécurité nationale, la Cour suprême a renversé une ordonnance générale de huis clos en se fondant sur une analyse de ce genre⁵, concluant que l'ordonnance n'aurait pas dû rendre secrètes la contestation constitutionnelle du gouvernement ni les séances où aucune information secrète n'était divulguée.

Dans une décision récente (*Ottawa Citizen Group c. Canada (Procureur Général)*, [2004] J.C.F. n° 1303), le juge en chef de la Cour fédérale, Allan Lufy, demande au Parlement de considérer la question de savoir si les dispositions de l'art. 38 « [traduction] entravent sans nécessité le principe de la publicité des débats ». Se reportant à la décision de la Cour suprême dans *Vancouver Sun*, il déclare que l'art. 38 est l'antithèse du principe de la publicité des débats.

Il estime que l'alinéa 38.02(1)c) pourrait mener à des conséquences non voulues, voire absurdes. En l'espèce, la Cour fédérale ne pouvait pas reconnaître qu'une demande avait été présentée, même à la personne qui aurait raisonnablement su qu'il en était ainsi, en raison de sa participation à l'instance dont elle découlait. Le juge en chef Lufty constate qu'en vertu du paragraphe 38.12(2) il y a même eu

[traduction] incertitude quant à la circulation des décisions en vertu de l'article 38 faisant l'objet d'un appel [à la Cour suprême] [aux avocats des parties] et même entre les juges [de la Cour fédérale] désignés pour présider les instances [en vertu de l'art. 38].

Un autre juge de la Cour fédérale s'est prononcé sur les résultats dangereux pour le processus contradictoire qui découleront des dispositions obligatoires de l'art. 38.11 concernant le huis clos et l'audition en l'absence des autres parties. À propos de l'art. 38.11 et des dispositions semblables de la procédure de certificat de sécurité en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), le juge Hugessen se plaint que lui (et vraisemblablement les autres juges de la cour) servent de « feuilles de vigne » pour le gouvernement :

[traduction] Je peux vous le dire parce que nous [les juges de la Cour fédérale] en avons parlé, nous détestons cela. Nous n'aimons pas devoir siéger seuls, entendre une seule partie et examiner les documents produits par une seule partie, essayer de voir par nous-mêmes ce qui cloche dans la cause qui nous est présentée et comment les témoins qui comparaissent devant nous devraient être contre-interrogés. Si j'ai appris une chose dans la pratique du droit.. c'est qu'un bon contre-interrogatoire exige une préparation très soignée et une bonne connaissance de sa cause. Par définition, les juges n'ont pas cela...Nous n'avons aucune connaissance autre que ce qui nous est présenté, et quand cela nous est présenté par une seule partie, nous ne sommes pas bien placés pour évaluer ce qui nous est présenté⁶.

Il constate que les dispositions de la LPC modifiée et de la LIPR concernant l'audition en l'absence des autres parties ne peuvent pas être considérées comme inoffensives par analogie avec les auditions *ex parte* pour les mandats de perquisition et l'écoute électronique :

[traduction] Les personnes qui présentent sous serment des demandes de mandats de perquisition ou d'écoute électronique peuvent être raisonnablement certaines qu'il y a une forte probabilité que ces affidavits seront un jour rendus publics. Dans les cas de sécurité nationale, si la personne réussit à convaincre le juge, l'affidavit ne sera jamais public et le fait qu'une déclaration induite a été faite à la cour ne sera peut-être jamais révélé⁷...

b) Le pouvoir sans entrave du procureur général d'interdire la divulgation – les certificats interdisant la divulgation en vertu de l'article 38.13 de la LPC modifiée par la Loi antiterroriste.

Le nouveau régime de secret et d'arbitraire instauré par les modifications apportées à la LPC par la *Loi antiterroriste* atteint son paroxysme avec l'article 38.13. Cet article confère au procureur général le pouvoir virtuellement sans entrave d'interdire la divulgation de renseignements relatifs à l'instance – abrogeant totalement la doctrine traditionnelle de l'interdiction de publication pour des raisons d'intérêt public. Si une cour statue contre le gouvernement et ordonne la divulgation en vertu de l'article 38.06, le procureur général peut renverser la décision de la cour en vertu de l'article 38.13. Si le procureur général du Canada a autorisé la divulgation ou conclu un accord concernant la divulgation et qu'ensuite il se ravise, il peut interdire la divulgation. Même si les poursuites pénales sont historiquement du ressort des procureurs généraux des provinces, le procureur général du Canada peut en tout temps se charger de la poursuite par fiat en vertu du paragraphe 38.15(1) pour exercer son pouvoir d'interdire la divulgation.

Le seul critère imposé pour l'exercice de ce pouvoir extraordinaire est que le procureur général doit agir « *dans le but* de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère... soit la défense ou la sécurité nationales. »

Mais en fait, la question de savoir si le procureur général agit à bon ou à mauvais escient n'est pas sujette à examen. Aucun tribunal ne peut demander si le gouvernement a émis le certificat dans un but illicite ou même dans un but d'intérêt public. En vertu du paragraphe 38.13(8), « le certificat ou toute question qui en découle n'est susceptible de révision, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que sous le régime de l'article 38.131 ».

L'article 38.131 permet uniquement l'examen du certificat par la Cour d'appel fédérale sur la base la plus étroite possible : à savoir si les renseignements en cause « portent sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère ... ou qui concernent une telle entité, ou sur la défense ou la sécurité nationales ». On ne sait pas précisément si l'art. 38.131 *permet à la Cour d'appel fédérale de voir les renseignements proprement dits* ou si elle pourrait avoir accès seulement à un résumé de ceux-ci. Dans l'affaire Charkaoui en vertu de la procédure de certificat de sécurité de la LIPR, le SCRS a déclaré avoir détruit les notes concernant les entrevues avec Charkaoui – entrevues dont le SCRS souhaitait présenter seulement un résumé – et qu'en outre c'était là la pratique habituelle.

Naturellement, 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 divulguer. Par exemple, ce critère d'examen permettrait au gouvernement canadien de garder secrets les faits suivants : que les États-Unis lui ont demandé d'incarcérer ou d'expulser une personne même s'il n'existe aucune preuve digne de foi contre elle; que les fonctionnaires canadiens collaborent avec les États-Unis pour remettre des Canadiens à des pays tiers où ils sont interrogés sous la torture; que la GRC a envoyé des agents

provocateurs à un sommet commercial; que la GRC a visité illégalement les bureaux du Parti Québécois.

Le pouvoir que le gouvernement s'est arrogé en vertu de l'art. 38.13 contrevient à un principe fondamental de la règle de droit : que l'exercice du pouvoir, même du pouvoir discrétionnaire, doit être assujéti à une norme de responsabilité rationnelle.

Dans le contexte du droit pénal, le pouvoir conféré au procureur général par l'art. 38.13 l'emporte sur les droits fondamentaux du prévenu dans le système judiciaire : des droits qui ont pour but de protéger l'individu lorsque le pouvoir de l'État se dresse contre lui. Ces droits comprennent le droit à un procès équitable, 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 pleinement. Même si certains juristes pensent qu'un tribunal saisi d'une cause pénale pourrait ordonner la suspension des procédures en vertu de la *Charte* s'il croyait qu'un certificat du procureur général empêche que le prévenu bénéficie d'un procès équitable, ceci équivaldrait à un « dialogue assez étrange et tortueux⁸ » entre l'exécutif, la Cour d'appel fédérale et la cour de première instance. Et bien sûr, pour ordonner la suspension des procédures, les cours de première instance devront avoir la témérité de défier l'exécutif. Si elles ne le font pas, un grand nombre d'innocents pourraient être condamnés et incarcérés à tort et l'article 38.13 de la LPC deviendra, à toutes fins utiles, une réplique des tristement célèbres procédures de certificat de sécurité en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Même si les cours de première instance acceptent de « s'attaquer » à l'exécutif, elles auront beaucoup de mal à jouer un rôle de protection, car elles ne connaîtront guère la nature des renseignements que le gouvernement garde secrets, puisqu'elles n'auront pas le droit de les voir, et on leur reprochera de laisser en liberté des criminels dangereux. Ce danger a un corollaire; puisque c'est la Cour d'appel fédérale et non la cour criminelle de première instance ni l'accusé qui a le droit de voir les renseignements visés par le certificat, des erreurs judiciaires pourraient passer inaperçues ou être gardées secrètes. Le rapport que la cour criminelle peut soumettre à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'article 38.05 de la LPC modifiée par la *Loi antiterroriste* ne constitue guère un remède à cette situation, car la cour criminelle ne peut que commenter à l'aveugle les effets du certificat.

L'article 38.13 présente un énorme potentiel d'abus. Le gouvernement dira peut-être : « Faites-nous confiance, nous allons utiliser d'une manière responsable, pour de bonnes causes, ce pouvoir qui permet de nous soustraire à la règle de droit. » Mais croire que nos lois peuvent conférer un tel pouvoir et s'en remettre aux gouvernements pour s'en servir à des fins « justes » et jamais « mauvaises », c'est faire preuve de naïveté. Cette mesure législative est permanente. Le pouvoir s'applique à toute la gamme des instances judiciaires du pays. Mais nous ne pouvons savoir ce que le gouvernement actuel ou les gouvernements futurs feront de ces pouvoirs et nous n'avons aucune prise là-dessus. En vertu de cette disposition, n'importe quel gouvernement fédéral pourrait facilement cacher au Parlement, aux assemblées provinciales, aux cours, aux tribunaux administratifs et aux enquêtes publiques comme l'enquête Arar, des renseignements importants à propos d'une erreur judiciaire fondamentale, un programme de défense

controversé, un scandale politique, un fiasco opérationnel, un vote frauduleux, une grave menace pour l'environnement ou l'alimentation ou un méfait du gouvernement. Aux termes du paragraphe 38.13(9), un certificat n'expire que 15 ans après la délivrance et il peut être délivré de nouveau.

Recommandation :

Abroger les modifications apportées par la *Loi antiterroriste* à la *Loi sur la preuve au Canada*. En particulier :

- **Abroger les nouvelles catégories de « renseignements potentiellement préjudiciables » et de « renseignements sensibles »;**
- **Abroger les nouvelles dispositions de la LPC imposant aux participants l'obligation d'aviser le procureur général du Canada des renseignements protégés;**
- **Abroger l'article 39.11 de la LPC qui oblige à des auditions à huis clos et en l'absence de toute autre partie;**
- **Abroger l'article 38.02 de la LPC qui garde secrète l'existence d'un avis, d'une demande, d'un appel, d'un examen ou d'un accord relativement à des renseignements que le gouvernement souhaite garder secrets;**
- **Abroger le paragraphe 38.12(2) de la LPC qui rend confidentiels tous les dossiers ayant trait à une audience, un appel ou un examen;**
- **Abroger l'article 38.13 de la LPC qui donne au procureur général du Canada le pouvoir sans entrave d'émettre des certificats interdisant la divulgation de renseignements;**
- **Abroger l'article 38.15 de la LPC qui donne au procureur général du Canada le pouvoir d'assumer une compétence exclusive sur les poursuites engagées par les procureurs généraux des provinces.**

2. Les articles 87, 103 et 104 de la *Loi antiterroriste* suspendant l'application de la LAI, la LPRP et la LPRPDE relativement aux certificats de secret du procureur général

Les articles 87, 103 et 104 de la *Loi antiterroriste* font partie du régime de certificat interdisant la divulgation dont il a été question ci-dessus, puisque qu'ils achèvent de soustraire à la règle de droit le pouvoir du procureur général de délivrer des certificats. Ces mesures abolissent – complètement – l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* (LAI), de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (LPRP) et

de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) lorsque le procureur général délivre un certificat.

La LAI, la LPRP et la LPRPDE constituent un cadre important pour la protection et la divulgation des renseignements publics et personnels au Canada. La LAI donne aux Canadiens le droit de savoir ce que fait leur gouvernement. La LPRP protège les renseignements personnels que le gouvernement recueille sur nous, assurant qu'ils sont utilisés aux bonnes fins et nous donnant les droits d'accès, de correction et de recours. La LPRDE protège les renseignements personnels recueillis dans les activités commerciales et assure que nous consentions à ce qu'ils soient recueillis, qu'ils servent aux bonnes fins et que nous ayons des droits d'accès, de correction et de recours.

Les articles 87, 103 et 104 de la *Loi antiterroriste* éliminent tous ces droits et protections, de même que le pouvoir de surveillance du commissaire à la protection des renseignements personnels et du commissaire à l'information. La LAI, la LPRP et la LPRPDE contiennent toutes des dispositions qui empêchent l'accès à des renseignements qui porteraient préjudice à la sécurité, à la défense et aux relations internationales ou leur divulgation. Mais la *Loi antiterroriste* remplace ces critères pour permettre au gouvernement de cacher des renseignements en vertu de l'article 38.13 de la LPC modifiée, même si leur divulgation ne porterait pas préjudice aux intérêts publics de ces catégories.

Selon un spécialiste des questions de sécurité, Wesley Wark, les articles 87, 103 et 104 de la *Loi antiterroriste* et le régime de certificat de secret en vertu de l'article 38.13 de la LPC modifiée sont « inutiles et malavisés » :

[traduction] Inutiles parce que le gouvernement possède déjà des pouvoirs plus que suffisants pour protéger l'information –fait qui est largement reconnu dans le monde du renseignement. Malavisés parce que l'application d'un certificat du procureur général... pourrait avoir pour effet d'encourager un scepticisme indu à l'égard des motifs du gouvernement quant à la protection de renseignements et ainsi de miner la légitimité publique des gardiens des secrets, les agences du monde du renseignement⁹.

Recommandation :

Abroger les articles 87, 103 et 104 de la *Loi antiterroriste* qui empêchent l'application de la LAI, de la LPRP et de la LPRPDE lorsque le procureur général du Canada exerce son nouveau pouvoir en vertu de l'article 38.13 de la LPC.

3. Interdictions de publication

Le paragraphe 16(2) de la *Loi antiterroriste* modifie le paragraphe 486(4.1) du Code criminel en disposant que dans les instances criminelles concernant une « infraction de terrorisme », le juge ou le juge de paix peut rendre une ordonnance interdisant de publier l'identité d'une « personne associée au système judiciaire ». C'est un autre exemple de l'étalement du secret que provoque la *Loi antiterroriste* dans notre système judiciaire.

Comme l'a déclaré l'Association du Barreau canadien, le *Code criminel* et la common law assuraient déjà¹⁰ une protection suffisante aux témoins, victimes et informateurs avant cette modification. Chacune de ces catégories de personnes pouvait demander l'interdiction de publier son identité pendant une instance criminelle. Le paragraphe 16(2) de la *Loi antiterroriste* étend l'interdiction à toute « personne associée au système judiciaire ». Le paragraphe 2(2) de la *Loi antiterroriste*, modifiant l'article 2 du *Code criminel*, définit comme suit le terme « personne associée au système judiciaire » : tout membre du Sénat, de la Chambre des communes, d'une législature ou d'un conseil municipal, le solliciteur général du Canada (lire le ministre de la Sécurité publique, qui remplace le solliciteur général en vertu du projet de loi C-6), tout ministre provincial chargé de la sécurité publique, le poursuivant, l'avocat, le membre de la Chambre des notaires du Québec ou le fonctionnaire judiciaire, le juge ou juge de paix, un agent de la paix, un membre du personnel de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (maintenant amalgamée au ministère de la Sécurité publique), un employé d'un service correctionnel ou de la Commission nationale des libérations conditionnelles et d'autres.

Ce genre d'interdiction de publier peut aussi être utilisé dans des procès portant sur des infractions de gangstérisme, mais leur effet dans ce contexte est moins kafkaïen que dans celui du « terrorisme ». En vertu de la *Loi antiterroriste*, nous verrons, dans les procès pour « terrorisme », des personnes condamnées par des accusateurs secrets, avec des preuves secrètes, dans le cadre d'auditions secrètes consignées dans des dossiers secrets (en vertu de l'article 38 de la LPC modifiée par la *Loi antiterroriste* – voir ci-dessus), *en combinaison avec* une justice administrée par des fonctionnaires anonymes et des mesures prises par des ministres et fonctionnaires anonymes.

C'est là une atteinte injustifiée à la liberté de la presse, à la transparence du gouvernement et au principe de la publicité des débats (voir plus haut).

Recommandation :

Abroger le paragraphe 16(2) de la Loi antiterroriste modifiant le paragraphe 486(4.1) du Code criminel pour permettre d'interdire de publier l'identité de toute « personne associée au système judiciaire » dans les procès pour « terrorisme ».

4. Révocation de l'enregistrement d'organismes de bienfaisance au moyen d'une preuve secrète

La partie 6 de la *Loi antiterroriste* offre un autre exemple de la prolifération des mesures de la *Loi* qui font appel au secret et à l'arbitraire. Cette partie crée un régime de secret à l'égard des organismes de bienfaisance qui ressemble beaucoup à la procédure du certificat de sécurité utilisée dans le contexte de l'immigration.

La partie 6 de *Loi antiterroriste* édicte la *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)*(LEOBRS) et des modifications corrélatives à la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR). Elle permet au Solliciteur général (ministre de la Sécurité publique) et au ministre du Revenu national de signer, sur la foi de rapports secrets, un certificat refusant ou révoquant l'enregistrement à titre d'organisme de

bienfaisance, s'ils ont « des motifs raisonnables de croire » que l'organisme a mis, met ou mettra, « directement ou indirectement, des ressources » à la disposition d'une entité qui se livre ou se livrera à « des activités terroristes » ou à des activités de « soutien » à celles-ci (LEOBRS, art. 4).

Nous reviendrons plus loin à d'autres éléments de la LEOBRS; ici, nous voudrions souligner le secret des procédures et le caractère arbitraire des pouvoirs des ministres.

En vertu du paragraphe 6(1) de la LEOBRS, un juge de la Cour fédérale doit examiner le certificat, mais uniquement pour déterminer s'il est « raisonnable » (alinéa 6(1)d). Il examine les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité et les autres éléments de preuve ou d'information présentés par les ministres « à huis clos » et « en l'absence » du demandeur ou de l'organisme de bienfaisance enregistré et de son conseiller juridique, s'il estime que leur divulgation « porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui » (alinéa 6(1)a). Les ministres peuvent aussi présenter « à huis clos » des renseignements « obtenus sous le sceau du secret du gouvernement d'un État étranger ou d'une organisation internationale d'États, ou de l'un de leurs organismes »(art. 8).

Les règles habituelles de preuve sont suspendues (art. 7). L'organisme reçoit uniquement un « résumé » des renseignements dont dispose le juge, sauf ceux qui pourraient être préjudiciables pour la sécurité (alinéa 6(1)b)). Le droit d'appel de la décision de la cour fédérale en vertu de la LIR est supprimé (art. 115 de la *Loi antiterroriste* modifiant l'art. 172 de la LIR).

En vertu de ces dispositions, les organismes canadiens de bienfaisance qui font un travail précieux dans des régions du globe déchirées par de graves conflits peuvent facilement perdre leur statut d'organisme de bienfaisance sur des ouï-dire ou des allégations sans fondement en provenance de gouvernements ou d'organismes étrangers hostiles à leurs buts, leur confession religieuse, voir à leurs positions non partisans. En infraction à l'application régulière de la loi, l'organisme de bienfaisance est empêché d'éprouver la qualité ou la crédibilité des renseignements présentés contre lui, et souvent ne saura même pas quelles sources ou quels renseignements sont utilisés contre lui.

Recommandation :

Pour ces raisons et d'autres présentées plus bas, abroger la partie 6 de la Loi antiterroriste édictant LEOBRS et apportant des modifications corrélatives à la LIR.

5. Établissement d'une liste de personnes et de groupes à partir d'une preuve secrète

L'article 4 de la *Loi antiterroriste*, qui ajoute les articles 83.05 à 83.07 au *Code criminel*, constitue un autre exemple de la diffusion du secret et de l'arbitraire dans notre système juridique. Tout comme la LEOBRS, il crée un régime de secret autour de l'établissement

d'une liste de personnes et de groupes réputés « terroristes » qui ressemble beaucoup à la tristement célèbre procédure de certificat de sécurité dans le contexte de l'immigration.

En vertu de l'article 83.05, le gouverneur en conseil peut, sur recommandation du solliciteur général (ministre de la Sécurité publique), inscrire sur une liste toute entité (définie à l'article 83.01 comme une personne, un groupe, une fiducie, une société de personnes ou un fonds ou une organisation ou association non dotée de la personnalité morale) s'il a des « motifs raisonnables de croire » que l'entité s'est livrée « sciemment » à une activité terroriste ou agit sciemment « au nom d'une entité qui se livre sciemment à une activité terroriste ». En infraction à l'application régulière de la loi, l'entité ne reçoit aucun avis et n'est pas entendue avant d'être inscrite sur la liste. Par la suite, l'entité peut demander un examen judiciaire, mais le juge doit examiner à huis clos les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité et entendre la preuve du solliciteur général (ministre de la Sécurité publique) en l'absence du demandeur ou de son avocat s'il estime que la divulgation « porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ». L'entité reçoit seulement un « résumé » de la preuve contre elle, amputé de l'information dont la divulgation « pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ». Les règles de preuve sont suspendues. Si le juge décide que l'inscription est « raisonnable », celle-ci devient définitive et l'entité ne peut présenter une nouvelle demande « que si sa situation a évolué d'une manière importante ».

Aux termes de l'article 83.01, une « entité inscrite » est aussi un « groupe terroriste », ce qui signifie vraisemblablement qu'une personne peut être un « groupe terroriste » et, incroyablement, semble signifier qu'une personne ou un groupe figurant sur liste du solliciteur général (ministre de la Sécurité publique) et du gouverneur en conseil est *préssumé être* un « groupe terroriste » *aux fins des nouvelles infractions de terrorisme*. Le fardeau qui incombe à la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable qu'une personne est un terroriste ou qu'un groupe est terroriste comme élément de l'infraction de terrorisme peut donc être remplacé par le fait qu'un ministre déclare qu'ils sont terroristes. C'est là une violation grave de l'application régulière de la loi et de la justice fondamentale. Ainsi, si le ministre de la Sécurité publique déclare que Greenpeace est un groupe terroriste ou que Maher Arar est un terroriste, quiconque les a soutenus financièrement, les a encouragés ou a travaillé avec eux ou à leur profit devient coupable de plusieurs des infractions de terrorisme décrites plus loin et la seule chose que la poursuite doit prouver pour avoir gain de cause est le fait du soutien financier, de l'encouragement ou du travail. Personne ne pourra contester l'étiquette de « terroriste », puisqu'en vertu des articles 83.05 à 83.07 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, la preuve relative à cette étiquette demeurera secrète.

Recommandation :

Abroger l'article 4 de la *Loi antiterroriste* qui ajoute les articles 83.05 à 83.07 au *Code criminel*, créant un régime par lequel des personnes et des groupes peuvent être déclarés « terroristes » sur la foi d'une preuve secrète.

III. D'ABORD ILS SONT VENUS CHERCHER LES COMMUNISTES, PUIS ILS SONT VENUS ME CHERCHER

...

[Traduction]

D'abord ils sont venus chercher les communistes

Et je n'ai rien dit parce que je n'étais pas communiste

Ensuite ils sont venus chercher les socialistes

Et je n'ai rien dit parce que je n'étais pas socialiste

Ensuite ils sont venus chercher les syndicalistes

Et je n'ai rien dit parce que je n'étais pas syndicaliste

Ensuite ils sont venus chercher les Juifs

Et je n'ai rien dit parce que je n'étais pas juif

Ensuite ils sont venus me chercher

Et il ne restait personne pour protester.

- Martin Niemöller

1. Le « terrorisme » - un permis de cibler politiquement

Tout comme le secret et le pouvoir arbitraire entre les mains de l'exécutif, une autre caractéristique des lois draconiennes est qu'elles confèrent un énorme pouvoir discrétionnaire aux agents d'application de la loi et aux autres agents de l'État – un pouvoir discrétionnaire qui peut facilement être exercé politiquement et servir à cibler en général certains groupes de la société.

Cette sorte de discrétion est au cœur de la *Loi antiterroriste* parce qu'elle intègre une définition de « l'activité terroriste » et utilise ce terme comme clé de nombreuses autres dispositions, particulièrement les nouvelles infractions terroristes qu'elle ajoute au *Code criminel*. En criminalisant l'*indéfinissable* – le « terrorisme » - le gouvernement est allé beaucoup trop loin, [traduction] « étendant la longue portée du droit pénal d'une manière complexe, floue et sans restriction¹¹ ». Nous reconnaissons les terroristes parmi nous à la manière dont les agents d'application de la loi, influencés par le climat politique contemporain ou leurs propres préjugés, choisiront de nous cibler.

Bien qu'il n'y ait aucune objection à employer le terme « terrorisme » au sens ordinaire pour décrire des actes violents dirigés contre des civils à des fins politiques ou autres (et nous l'avons employé dans ce sens dans nos mémoires à des fins de commodité), son emploi comme *terme juridique* est fortement problématique, puisqu'il est impossible de le définir avec précision et de l'appliquer uniformément.

Les Nations Unies débattent de la notion de « terrorisme » depuis des décennies et malgré de nombreuses déclarations condamnant des actes « terroristes », « aucune définition n'a réussi jusqu'à ce jour à faire l'unanimité, ni même recueillir la majorité parmi les États membres¹² ». En 1996, la proposition de l'Inde voulant que la communauté internationale crée un traité global sur le « terrorisme » « [traduction] s'est heurtée à une nette absence de volonté politique dans l'Assemblée générale¹³. » Nulle part dans les statuts des cours

pénales internationales ad hoc (pour la Yougoslavie, le Rwanda et la Sierra Leone) on ne retrouve le terme « terrorisme » et une proposition visant à l'inclure parmi les crimes relevant de la compétence de la nouvelle Cour pénale internationale a été rejetée parce qu'il est impossible de définir le terme.

Il est impossible de définir le « terrorisme » avec précision parce ce que dire que certains crimes sont des actes terroristes et que certains n'en sont pas, c'est poser un jugement sur le mobile d'un crime. Et ce jugement dépend nécessairement du point de vue social, racial, religieux, politique ou historique des personnes qui le formulent. Il ne sera donc jamais possible de formuler une définition du « terrorisme » dont la compréhension ne soit ni trop large ni trop étroite. Elle sera trop large si elle inclut des crimes de droit commun, la désobéissance civile ou l'usage justifié de la force contre l'oppression des gouvernements ou des occupants. Elle sera trop étroite si elle exclut des crimes et attentats graves contre des civils qui devraient logiquement être inclus, mais qui ne le sont pas pour des motifs purement politiques. Par exemple, un spécialiste signale que la liste des terroristes de l'administration Bush exclut l'IRA et des personnes agissant pour des groupes israéliens et palestiniens non pas parce que ceux-ci ne répondent pas aux critères du « terrorisme » mais « [traduction] pour des motifs de courtoisie internationale et d'opportunisme¹⁴ ».

Il est impossible de définir, cerner et punir les crimes graves ou les attentats contre des civils ou les crimes contre l'humanité. Kofi Annan, secrétaire général des Nations Unies et Mary Robinson, ancien Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies ont tous deux qualifié les attentats du 11 septembre 2001 de « crimes contre l'humanité » et la plupart des spécialistes du droit international seraient d'accord. S'ils avaient été commis en temps de guerre, ils auraient été aussi des crimes de guerre. C'étaient aussi des crimes de droit commun. De tels actes répugnent et leurs auteurs devraient être traduits en justice. Cependant, introduire un concept essentiellement politique comme le « terrorisme » dans ce cadre juridique important, c'est faire en sorte que ce soit la politique et non le droit qui détermine la culpabilité. Si nous voulons vraiment condamner et poursuivre ces crimes, c'est l'acte qui doit être déterminant et non le mobile.

La notion de mobile comme élément essentiel d'un crime est étrangère au droit pénal, au droit humanitaire et au droit concernant les crimes contre l'humanité. Si le mobile de haine peut être un facteur aggravant pour la détermination de la peine¹⁵ dans le droit pénal traditionnel, le mobile ne peut ni déterminer ni excuser un acte criminel¹⁶. En vertu des *Conventions de Genève* et du droit humanitaire coutumier, le mobile ne peut ni déterminer ni excuser un crime de guerre. En vertu du statut de la Cour pénale internationale, le mobile, y compris celui que l'accusé obéissait aux ordres, ne peut ni déterminer ni excuser un crime. Dans le droit international coutumier portant sur les crimes contre l'humanité, le mobile ne peut ni déterminer ni excuser un crime s'il correspond au modèle des crimes contre l'humanité¹⁷.

À ce jour, donc, la démarche internationale consiste à adopter une série de conventions visant des *actes criminels précis* associés au phénomène communément appelé « terrorisme » sans tenter de formuler ou d'appliquer une définition juridique du « terrorisme ». Ces conventions tentent de condamner les actes en cause et d'assurer que

les États aient une compétence universelle pour poursuivre et punir ces crimes, sous forme de codification ou de prolongement de la compétence universelle que les États possèdent déjà dans le droit international coutumier sur la piraterie et les crimes contre l'humanité. Avant la *Loi antiterroriste*, le Canada mettait en œuvre huit de ces conventions¹⁸ en droit canadien, faisant des actes qui y sont décrits des crimes pour lesquels le Canada possède une compétence universelle en vertu de l'article 7 du *Code criminel*. Le mobile ou l'intention « terroriste » n'était un élément d'aucun de ces crimes. Le terme « terrorisme » ou « activité terroriste » n'a jamais figuré dans le *Code criminel* et n'a jamais été défini dans une loi avant la *Loi antiterroriste*¹⁹.

2. « Infractions de terrorisme » et « activité terroriste » en vertu de la *Loi antiterroriste*.

Aux termes du paragraphe 2(2) de la *Loi antiterroriste* modifiant l'article 2 du *Code criminel*, « infraction de terrorisme » comprend les nouvelles infractions de financement du terrorisme ajoutées aux articles 83.02 à 83.04 du *Code criminel*, les nouvelles infractions de participer, faciliter, donner des instructions et héberger ajoutées aux articles 83.18 à 83.23 du *Code*, un acte criminel commis au profit ou sous la direction d'un « groupe terroriste » ou en association avec lui, un acte criminel qui constitue également une activité terroriste ou un complot ou tentative en vue de commettre une de ces infractions ou, relativement à une telle infraction, la complicité après le fait ou l'encouragement à la perpétration.

La définition d'« activité terroriste » est la définition clé de ce cadre. Aux termes de l'alinéa 83.01(1)a) du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, « activité terroriste » signifie les infractions visées à l'article 7 du *Code criminel* mettant en œuvre les huit conventions internationales sur le « terrorisme » mentionnées ci-dessus et deux autres conventions de ce genre que le gouvernement a mis en œuvre par d'autres modifications apportées par la *Loi antiterroriste* au *Code criminel*, soit la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif* et la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*. En vertu de l'alinéa 83.01(1)b) « activité terroriste » signifie également :

soit un acte -- action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger :

(i) d'une part, commis à la fois :

(A) au nom – exclusivement ou non -- d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique,

(B) en vue -- exclusivement ou non -- d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir, que la personne, la population, le gouvernement ou l'organisation soit ou non au Canada,

(ii) d'autre part, 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).

a) Un crime fondé sur le mobile

Dans le cadre de « terrorisme » que la *Loi antiterroriste* introduit dans le *Code criminel*, la division 83.01(1)b)(i)(A) a pour effet de faire du mobile *un élément* de chaque « infraction de terrorisme²⁰ », c'est-à-dire quelque chose que la poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable pour avoir gain de cause. En cela, la loi canadienne va plus loin que le *Patriot Act* des États-Unis (texte législatif qui n'est guère connu pour sa retenue), qui n'inclut pas le mobile comme élément des infractions de « terrorisme ».

L'inclusion du mobile ne fait pas qu'accroître le risque d'acquiescement si l'État ne peut pas prouver que l'acte découle d'un mobile politique, religieux ou idéologique; elle assure que les convictions religieuses et politiques des suspects deviennent l'enjeu fondamental de tout procès canadien pour « terrorisme²¹ ». On penserait que cette perspective répugnerait à toute société libérale, démocratique et multiculturelle, car elle pourrait avoir des effets nuisibles sur le pluralisme pacifique.

Mais ce qui est peut-être plus important, c'est l'effet qu'un crime fondé sur le motif aura sur les enquêtes policières. Pour citer un spécialiste du droit pénal :

[traduction] La police est maintenant tenue en droit de recueillir des éléments de preuve sur les croyances politiques et religieuses des personnes dont elle soupçonne qu'elles commettront des crimes liés au terrorisme. Si elle ne le fait pas, elle ne fera pas son travail de recueillir les preuves dont la poursuite aura besoin pour établir un crime de terrorisme. [Le danger ici est que] les policiers ne sont pas des experts en politique ni en religion. Il se peut qu'ils ne comprennent pas les croyances politiques non conventionnelles ou les croyances religieuses des minorités. Cela peut rendre floue la distinction entre le terrorisme et la dissidence politique ou religieuse radicale. Les policiers pourraient cibler ceux dont les convictions politiques et religieuses leur semblent extrêmes ou ceux qui sont associés au terrorisme en vertu de stéréotypes largement répandus²².

b) La sécurité économique et la protection des sociétés commerciales

La division 83.01(1)*b*(i)(B) ci-dessus oblige la poursuite à prouver comme élément d'une infraction de terrorisme que les actes en cause ont été commis « en vue ... d'intimider ... la population quant à sa sécurité ... ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir, que la personne, la population, le gouvernement ou l'organisation soit ou non au Canada ».

Selon cette disposition, la « sécurité » comprend la sécurité « sur le plan économique » et en droit canadien, le terme « personne » comprend les sociétés. Cette disposition élargit donc le concept de sécurité – qui jusqu'ici portait sur la protection du public et de l'ordre public – à la sécurité économique et à une préoccupation pour le bien-être des sociétés commerciales. Ce fait est particulièrement troublant au regard des dispositions parallèles des lois britannique (*Terrorism Act*) et américaine (*Patriot Act*) qui ne vont pas en ce sens²³.

a) Un acte criminel sans crime

Chose inquiétante, la lecture de l'ensemble de l'alinéa 83.01(1)*b* révèle *qu'il n'est même pas nécessaire de commettre un crime* pour être coupable d'« activité terroriste ».

Si un groupe se livre à une manifestation politique visant à pousser une société commerciale ou un gouvernement à faire quelque chose, il suffit en vertu des divisions 83.01(1)*b*(i)(B) et (C) qu'on juge que cette manifestation, ou quelque omission dans sa planification, met intentionnellement « en danger la vie d'une personne » y compris la vie d'un manifestant, ou « compromet gravement la santé ou la sécurité de tout ou partie de la population » pour que cette manifestation constitue une « activité terroriste ». Ainsi, le terme pourrait facilement s'appliquer à une ligne de piquetage, un barrage routier, une action de Greenpeace ou une manifestation anti-mondialisation.

En vertu de la division 83.01(1)*b*(i)(D), il n'est même pas nécessaire de juger que le groupe ou la personne met intentionnellement en danger la vie, la santé ou la sécurité pour que son activité constitue une « activité terroriste ». Le critère ici n'est pas l'intention, mais la question de savoir s'il « est probable » qu'un danger pour la vie, la santé ou la sécurité en résultera. Et il ne tient pas compte des actions des agents de la société commerciale ou de la police, comme ce pourrait être le cas pour une infraction de négligence criminelle. Toute action politique qui entraîne des dommages matériels à des biens publics ou privés (le seuil pour l'application de la division 83.01(1)*b*(i)(D)) peut donc *très* facilement tomber sous le coup de la définition d'« activité terroriste ».

En vertu de la division 83.01(1)*b*(i)(E), il doit aussi y avoir une mise en danger intentionnelle de la vie d'une personne ou de la santé ou de la sécurité du public, mais cette disposition pourrait néanmoins facilement faire une « activité terroriste » d'une grève des infirmières, des pompiers, des employés du téléphone ou d'un défilé de tracteurs.

Tout groupe dont l'un des objets est une activité terroriste est réputé être un « groupe terroriste » en vertu du paragraphe 83.01(1), avec toutes les conséquences que cela comporte pour la responsabilité au titre d'« infractions de terrorisme ».

3. Les nouvelles infraction de « participation » et des infractions incomplètes ajoutées à d'autres infractions incomplètes

Le fait d'appeler « activité terroriste » les sortes d'activités politiques normales décrites ci-dessus (normales même si elles peuvent comporter certains éléments illicites) devient nettement alarmant si on songe aux nouvelles infractions de « participation » que la *Loi antiterroriste* ajoute au *Code criminel* et au fait que ces infractions vagues, largement incomplètes, s'ajoutent aux infractions incomplètes incluses dans la définition d'« activité terroriste » et d'« infractions de terrorisme ».

a) Les nouvelles infractions de participation

Alors que ni le *Patriot Act* américain ni le *Terrorism Act* britannique ne créent de nouvelles infractions au code criminel, reliant plutôt la définition de « terrorisme » aux dispositions existantes du code criminel, la *Loi antiterroriste* n'hésite pas à créer plusieurs nouvelles infractions²⁴.

Le paragraphe 83.18(1) du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste* dispose comme suit :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, sciemment, *participe* à une activité d'un groupe terroriste, ou y *contribue*, directement ou non, dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

En vertu du paragraphe 83.18(2), « il n'est pas nécessaire qu'une activité terroriste soit effectivement menée ou facilitée par un groupe terroriste » ni « que l'accusé connaisse la nature exacte de toute activité terroriste susceptible d'être menée ou facilitée par un groupe terroriste ». Aux termes du paragraphe 83.18(3), l'infraction s'entend « du fait de mettre des compétences ou une expertise à la disposition d'un groupe terroriste, à son profit ou sous sa direction, ou en association avec lui, ou d'offrir de le faire ».

En vertu de ces dispositions, le fait de faire du bénévolat pour un groupe environnemental, un syndicat ou un groupe autochtone, ou d'y travailler ou, vraisemblablement, de lui donner de l'argent pourrait constituer une infraction. Les syndicalistes canadiens qui ont contribué aux efforts de l'ANC et du congrès des syndicats sud-africains dans leur lutte contre l'apartheid seraient coupables de cette infraction de terrorisme. Les avocats et les médecins fournissant des services professionnels à de tels groupes seraient aussi coupables²⁵.

L'article 83.19 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste* dispose :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque sciemment *facilite* une activité terroriste

Aux termes du paragraphe 18.19(2) il n'est pas nécessaire pour faciliter une activité terroriste « que l'intéressé sache qu'il se trouve à faciliter une activité terroriste en particulier... qu'une activité terroriste en particulier ait été envisagée au moment où elle est facilitée... qu'une activité terroriste soit effectivement mise à exécution ». Toute personne qui organise ou accueille une manifestation pourrait être visée par cette disposition.

L'article 83.22 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste* dispose :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement à perpétuité quiconque, sciemment, *charge*, directement ou non, une personne de se livrer à une activité terroriste.

Aux termes du paragraphe 8883.22(2), il n'est pas nécessaire pour que l'infraction soit commise « que l'accusé charge une personne en particulier de se livrer à l'activité terroriste... que l'accusé connaisse l'identité de la personne ». En conséquence, tout activiste donnant des instructions aux manifestants ou aux grévistes à propos d'une manifestation ou d'une ligne de piquetage, ou même à l'ensemble de la population à propos de désobéissance civile, pourrait s'exposer à l'emprisonnement à perpétuité.

L'article 83.21 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste* dispose :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement à perpétuité quiconque, sciemment, *charge* directement ou indirectement une personne de se livrer à *une activité* au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, ou en association avec lui, *dans le but d'accroître la capacité* de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

Aux termes de cette disposition, les traiteurs travaillant pour un groupe anti-mondialisation ou les personnes qui fabriquent des bateaux pour Greenpeace pourraient être passibles d'emprisonnement à perpétuité.

L'article 83.23 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste* dispose :

Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque *héberge* ou *cache* sciemment une personne dont il sait qu'elle s'est livrée à une activité terroriste ou est susceptible de le faire, afin de lui permettre de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter.

Quiconque loge un activiste anti-mondialisation ou un parent qui habite avec un manifestant de Greenpeace pourrait être visé par cette disposition.

b) Des infractions incomplètes ajoutées à d'autres infractions incomplètes

Les nouvelles infractions décrites ci-dessus ne sont pas alarmantes seulement parce qu'elles sont vagues et peuvent viser des activités démocratiques dont le *Code criminel* n'a jamais fait des infractions graves auparavant. Elles le sont aussi parce qu'il s'agit d'infractions incomplètes ajoutées à d'autres infractions incomplètes intégrées à la définition d'« activité terroriste » à l'article 2 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*.

Les infractions incomplètes criminalisent les actes qui préparent et suivent les crimes et comprennent la tentative, le complot, la menace et la complicité après le fait. Pour citer le juriste criminaliste Kent Roach :

[traduction] En vertu du droit criminel existant, les cours ont généralement réussi à éviter des monstruosité telles la tentative de tentative, la tentative de complot et l'encouragement à l'encouragement à la perpétration d'une infraction, mais elles auront peut-être des difficultés à le faire en vertu de [la Loi antiterroriste]²⁶.

À l'alinéa 83.02(1)b) du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, l'« activité terroriste » comprend « relativement à un tel acte [action ou omission visée par les divisions 83.01(1)b)(A) à (E)], le complot, la tentative, la menace, la complicité après le fait, l'encouragement à la perpétration... » Dans la définition d'« infractions de terrorisme » à l'article 2 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, les mêmes infractions incomplètes sont énumérées. Il y a aussi les nouvelles infractions de terrorisme présentées ci-dessus. Avec ces trois couches d'infractions incomplètes renvoyant l'une à l'autre, il est possible en vertu des modifications apportées au *Code criminel* par la *Loi antiterroriste* que la police porte des chefs d'accusation aberrants comme : « tentative de charger quelqu'un de faire quelque chose », « menaces de contribuer » voire des combinaisons de trois éléments comme « complot de complicité après le fait de la contribution ».

Pour citer encore une fois Kent Roach :

[traduction] Il est difficile de prévoir le résultat de ces combinaisons, mais elle pourraient allonger la chaîne de responsabilité criminelle dans une mesure sans précédent...selon des modalités imprévues, complexes et indésirables²⁷.

4. Les nouvelles infractions de financement du terrorisme

Les nouvelles infractions de financement du terrorisme que la *Loi antiterroriste* ajoute au *Code criminel*, ne font que compliquer les problèmes : portée trop large, caractère vague, infractions incomplètes ajoutées à d'autres infractions incomplètes.

En vertu des articles 83.02 à 83.04 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, c'est une infraction criminelle de fournir, réunir, utiliser, posséder, inviter une autre personne à fournir ou rendre disponibles des biens (et dans certains cas des services financiers ou connexes) soit dans l'intention de les voir utiliser -- ou en sachant qu'ils seront utilisés --, en tout ou en partie, à diverses fins. Selon la disposition, les fins

interdites peuvent être : commettre les infractions de terrorisme énumérées au paragraphe 83.01(1) du *Code criminel*; « faire bénéficier » un « groupe terroriste » ou « une personne qui se livre à une ... activité [terroriste] ou la facilite ». Rappelons qu'un « groupe terroriste », au sens de l'article 83.01, est une entité (y compris une personne) « dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à des activités terroristes ou de les faciliter » ou une entité inscrite en vertu de l'article 83.05.

Lues à la suite, avec leurs divers verbes et objets, ces dispositions sont complexes et source de confusion dans leur chevauchement, puisqu'elles comportent toutes la même peine maximale de dix années d'emprisonnement. Mais ce qui est encore plus troublant, c'est la généralité de la démarche. Ces dispositions s'appliquent à tout lien économique avec une supposée « activité terroriste », si lointain soit-il : le dépanneur qui vend du lait à une « personne qui facilite une activité terroriste », le coiffeur qui lui coupe les cheveux et le restaurateur qui sert des repas à un « groupe terroriste » - sans tenir compte du caractère minime de la contribution matérielle aux buts de la personne ou du groupe et sans se demander si l'accusé souhaitait favoriser la réalisation de ces buts. À cet égard, ces dispositions sont plus larges que les infractions de complicité et de complot en droit pénal et que les nouvelles infractions de « participation et contribution » des articles 83.18 et 83.19 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*. Elles vont aussi plus loin que les exigences de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*²⁸ qu'elles sont censées mettre en œuvre²⁹. La *Convention* oblige seulement les États à criminaliser la fourniture ou la collecte de fonds³⁰ et non toute activité économique.

Il faut signaler aussi que ces dispositions criminalisent la simple intention. En vertu de l'alinéa 83.04b), on commet une infraction criminelle tout simplement en possédant un bien et en ayant l'intention de le voir utiliser pour une activité terroriste ou pour la faciliter. Aucun acte mettant l'intention à exécution n'est nécessaire. Ceci aussi dépasse les exigences de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*.

En vertu des articles 83.12 et 83.08, c'est une infraction criminelle d'effectuer presque n'importe quelle sorte d'opération ou de fournir des services financiers ou connexes liés à des biens pour le profit d'un « groupe terroriste » ou sur son ordre. Aux termes de l'article 83.12 et du paragraphe 83.1(1), c'est une infraction criminelle de ne pas communiquer aux autorités l'existence de biens qui sont en sa possession ou à sa disposition et qui sont liés à un groupe terroriste ou une opération mettant en cause ces biens.

Le paragraphe 83.14(5) dispose qu'un juge peut ordonner la confiscation des biens de l'accusé s'il est convaincu, « selon la prépondérance des probabilités », que les biens « appartiennent à un groupe terroriste, ou sont à sa disposition, directement ou non » ou « ont été ou seront utilisés -- en tout ou en partie -- par quiconque pour se livrer à une activité terroriste ou pour la faciliter ». Ceci n'est pas conforme au critère antérieur du *Code criminel* qui exigeait pour la confiscation de biens la conviction ou la preuve hors de tout doute raisonnable que ces biens sont liés à la criminalité³¹.

5. L'« activité terroriste » et la révocation de l'enregistrement des œuvres de bienfaisance en vertu de la LEOBRS

Le cadre problématique de « terrorisme » inséré dans le *Code criminel* a aussi été intégré, par la partie 6 de la *Loi antiterroriste*, dans la nouvelle *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)* (LEOBRS). Le paragraphe 4(1) de la LEOBS dispose que le solliciteur général (ministre de la Sécurité publique) et le ministre du Revenu national peuvent signer un certificat refusant le statut d'œuvre de bienfaisance à un organisme ou le révoquant s'ils ont des motifs raisonnables de croire que l'organisme « a mis, met ou mettra, directement ou indirectement, des ressources à la disposition » d'une entité inscrite au sens du *Code criminel*, ou d'une entité qui se livrait, se livre ou se livrera à des « activités terroristes » au sens du *Code criminel* ou à des activités de soutien à celles-ci.

Ces dispositions imposent un immense fardeau aux organismes de bienfaisance oeuvrant dans les régions du monde déchirées par des conflits, alors que le fait de déclarer certains groupes « terroristes » à l'exclusion d'autres est en réalité un exercice politique plutôt que l'application de principes, puisque les résultats ne sont jamais logiques. De plus, pour les organismes qui travaillent sur le terrain dans ces zones, il est extrêmement difficile d'éviter d'entrer en contact avec des groupes dissidents ou armés ou de garantir que l'aide ne tombera pas entre les mains de tels groupes ou ne sera pas utilisée indirectement à leur profit. Les dispositions visent des actions futures, ce qui invite à la spéculation quant à ce que des entités pourraient faire ou ne pas faire. Le terme « activités de soutien à des activités de terrorisme » est extrêmement vague. Enfin, il n'y a aucune exigence de *mens rea* – la loi crée une infraction de responsabilité stricte pour les organismes de bienfaisance.

Ce fardeau semble à la fois mal placé et inutile. Comme le fait valoir un spécialiste du droit des organismes de bienfaisance, on devrait tout simplement informer ces organismes des préoccupations du gouvernement relativement à leurs activités et leur donner une possibilité raisonnable de modifier leurs pratiques avant de refuser ou révoquer leur enregistrement³². S'il y a preuve d'une intention criminelle de complot ou de complicité dans des actes criminels, on peut poursuivre les administrateurs de l'organisme. L'enregistrement pourrait aussi être refusé ou révoqué en vertu de dispositions qui figurent déjà dans la LIR, qui exigent que l'organisme consacre « la totalité de ses ressources » à des activités de bienfaisance et fonctionne « exclusivement » à des fins de bienfaisance pour obtenir ou conserver le statut d'organisme de bienfaisance.

6. Profilage ethnique et religieux

Nous connaissons tous le célèbre poème de Martin Niemöller, cité ci-dessus, placé au-dessus de l'entrée du Musée de l'Holocauste à Jérusalem : « D'abord ils venus chercher les communistes ... ensuite ils sont venus chercher les juifs, puis ils sont venus me chercher et il ne restait personne pour protester, »

Les lois draconiennes qui sont aussi vastes et vagues et manipulables que les lois sur les « infractions de terrorisme » et les « activités terroristes » présentées ci-dessus donnent à l'État une énorme discrétion et donc d'énormes pouvoirs de cibler divers groupes de la société.

Selon l'expérience acquise depuis le 11 septembre 2001, nous savons que cette sorte de ciblage commence déjà à se produire au Canada et ailleurs et que ce sont les musulmans qui ont été le premier groupe ciblé. Aux États-Unis, des centaines de musulmans ont été ramassés après le 11 septembre 2001 et détenus pendant des mois sans accusation. Dans le cadre du programme américain NSEERS, on a enregistré plus de 80 000 hommes originaires de pays musulmans et pris leurs empreintes digitales; par la suite, 13 000 d'entre eux ont été expulsés. Des membres de l'ACPPU originaires de pays musulmans ont été harcelés, insultés et même détenus aux États-Unis en vertu de ce programme. Au Canada, les membres de la communauté musulmane ont reçu de nombreuses visites des agents du SCRS qui leur ont dit que s'ils ne collaboraient pas avec le Service, les pouvoirs extraordinaires d'enquête de la *Loi antiterroriste* pourraient être invoqués contre eux. L'an dernier encore, la sénatrice Jaffe a déclaré que son mari avait reçu une telle visite à son campus universitaire et avait subi la crainte et l'opprobre qu'une telle visite suscite. Dans les aéroports, les musulmans sont régulièrement pris à part pour des vérifications de sécurité ou pire. Le romancier Rohinton Mistry était harcelé si régulièrement dans les aéroports qu'il a annulé une tournée de promotion. Les membres de l'ACPPU originaires de divers pays musulmans subissent un harcèlement semblable dans les aéroports partout au monde. Un de nos membres a été détenu alors qu'il faisait escale au Royaume-Uni. Des histoires comme celle de Maher Arar, des musulmans arrêtés partout au monde et remis à des pays où ils ont été livrés à la torture et à la détention arbitraire se multiplient dans les bulletins d'information.

Même si les gouvernements du Canada et des autres pays nieraient qu'ils permettent à leurs agents de pratiquer le profilage ethnique ou religieux, le fait est que la *Loi antiterroriste* et les autres mesures antiterroristes sont *conçues* pour donner à l'État de vastes pouvoirs sur la population; elles sont *conçues* pour être appliquées lourdement. Elles *permettent* aux agents de l'État d'agir en fonction de stéréotypes sur les musulmans ou simplement de faire un profilage ethnique et religieux de la population musulmane en vertu du principe qu'il vaut mieux prendre des précautions que de le regretter plus tard - « *Mieux vaut eux que nous* ».

7. Puis ils sont venus me chercher

Oren Gross, professeur à la faculté de droit de l'université de Tel Aviv écrit :

[traduction] Les mesures antiterroristes et les pouvoirs d'urgence sont souvent considérés comme visant clairement un ennemi d'« autres », soit les terroristes. Les contours du conflit se dessinent autour des groupes et des communautés plutôt que des personnes. Plus la distinction est claire entre « eux » et « nous » et plus grande est la menace qu'« ils » font peser sur « nous », plus grande peut être la portée des pouvoirs assumés par le gouvernement (avec la coopération de l'assemblée législative et souvent l'assentiment des tribunaux) et mieux elles seront tolérées par le public. Une séparation nette entre « eux » et « nous » permet de percer le voile de l'ignorance [référence à la fameuse théorie de la justice de John Rawls³³ selon laquelle

les principes de la justice peuvent se deviner d'après les règles et les répartitions sur lesquelles une société hypothétique se mettrait d'accord si aucun de ses membres ne savait d'avance quelle serait sa situation ou ses aptitudes naturelles dans cette société.) Nous permettons des mesures d'urgence plus répressives lorsque nous croyons posséder la clef qui nous permet de regarder derrière le voile pour nous assurer que ces pouvoirs ne seront pas utilisés contre nous.

Naturellement, l'idée qu'il existe un groupe de « nous » et un groupe d'« eux » est « [traduction] erronée et dangereuse³⁴ ». Elle nous porte à croire que nous n'avons pas à nous soucier de ce qui arrive « à l'autre » alors qu'en fait le bien-être de l'autre fait partie intégrante du nôtre. Le traitement que reçoit la communauté musulmane partout au monde en vertu des actuelles mesures antiterroristes, y compris la *Loi antiterroriste*, portera ces communautés à se détourner de l'application de la loi et du reste d'entre nous, ce qui minera le pluralisme constructif de nos sociétés. Il pourrait aussi accroître l'extrémisme, surtout chez les jeunes.

Mais cette idée est également erronée et dangereuse parce que la ligne entre « eux » et « nous » est toujours perméable. Aujourd'hui les pouvoirs draconiens sont utilisés contre les musulmans parmi nous. Demain – comme le démontre notre analyse des modifications apportées au *Code criminel* par la *Loi antiterroriste* – ils pourraient facilement se tourner contre les anti-avortement, les séparatistes, les défenseurs des droits des Autochtones, les activistes environnementaux, les altermondialistes, les syndicalistes, les avocats de la défense, les critiques du gouvernement au pouvoir, même les dissidents du parti au pouvoir. Déjà on craint que les lois draconiennes n'aient commencé à réduire la liberté de parole, la liberté de religion, la liberté d'association et, partant, la vie démocratique au Canada.

8. Le droit pénal antérieur était suffisant

Les juristes spécialisés en droit pénal se sont élevés contre la tendance de la dernière décennie qui consiste à ajouter au *Code criminel*, d'une manière politique et ad hoc, de nombreuses infractions en réaction à des événements tragiques ou hautement médiatisés, non pas parce que les principes en vigueur du *Code* n'auraient pas visé cette conduite, mais parce que les politiciens sentaient le besoin de faire un geste symbolique pour condamner cette conduite. Ces ajouts ont compliqué inutilement le *Code* et dans certains cas ont nuit à l'application raisonnée du droit pénal. Les nouvelles « infractions de terrorisme » et la définition d'« activité terroriste » que la *Loi antiterroriste* introduit dans le *Code criminel* appartiennent à ces catégories.

a) Plus d'infractions qu'il n'en faut

Le droit pénal canadien était en mesure de saisir la totalité ou la presque totalité des agissements liés au phénomène appelé « terrorisme » longtemps avant l'adoption de la *Loi antiterroriste*.

Le *Code criminel* contenait, et contient toujours, les infractions criminelles suivantes : meurtre (art. 230), détournement, atteinte à la sécurité d'un aéronef ou y transporter des armes offensives (art. 76-78), administrer des poisons ou des substances délétères (art. 245), infractions liées aux explosifs (art. 81 et 82), infractions concernant les matières

nucléaires, (para. 7(3.2-3.6)), trahison et sédition (art. 46, 61), sabotage (art. 52), intimider une législature ou une personne (art. 52 et 423), proférer des menaces (art. 264.1), lésions corporelles ou homicide (art. 269 et 222), enlèvement et prise d'otages (art. 279 et 279.1), faux messages dans l'intention d'alarmer (art. 372), diverses infractions liées aux faux passeports, faux certificats de citoyenneté et de naturalisation et autres faux documents (art. 57-58, 366-369), infractions liées aux menaces contre une personne jouissant d'une protection internationale ou sa résidence (art. 423.1, 424, 431), supposition de personne (art. 403), négligence criminelle (art. 219) et méfait concernant un bien (art. 430). On y trouve l'infraction de propagande haineuse (art. 319) et une disposition qui aggrave la peine s'il est prouvé que l'infraction est motivée par la haine (sous-alinéa 718.2a)(i)). On y trouve aussi des dispositions sévères liées au gangstérisme (art. 467.1, 467.11-467.13) et une disposition qui aggrave la peine s'il y a des éléments de preuve établissant que l'infraction a été commise sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec celle-ci (sous-alinéa 718.2a)(iv)). L'article 7 donne au Canada une compétence universelle sur les détournements, les attaques contre les aéroports, les navires et les plates-formes fixes, les infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, les prises d'otages, l'utilisation illicite de matières nucléaires et les infractions de piraterie. Il y a aussi des infractions de complot (art. 465), tentative (art. 24), conseiller une infraction (art. 22 et 464), complicité (para. 21(1) et complicité après le fait (art. 23) pour toutes les infractions ci-dessus, y compris les infractions de compétence universelle.

Comme le fait remarquer Kent Roach, ces infractions incomplètes sont très larges en droit canadien :

[traduction] [Un complot est une entente entre deux ou plusieurs personnes pour commettre un crime et est]passible de la même peine maximale que l'infraction proprement dite (art. 465). L'entente nécessaire pour être trouvé coupable de complot peut être implicite ou transnationale et «des changements peuvent intervenir quant aux méthodes, aux conspirateurs ou aux victimes, sans que le complot prenne fin³⁵ ». [Un accusé] peut être coupable de complot ou d'entente pour commettre un crime [sans même se préparer à commettre l'infraction]³⁶...Il y a tentative si une personne qui a l'intention de commettre l'infraction complète pose un acte qui dépasse la simple préparation à commettre le crime... la Cour suprême a déclaré qu'il peut y avoir un délai considérable entre l'acte et...l'infraction consommée³⁷... toute personne qui conseille, sollicite, incite une autre personne à commettre une infraction ou le lui ordonne est coupable du crime de conseiller une infraction qui n'est pas commise, même si la personne conseillée rejette immédiatement l'idée (art. 464). Si la personne conseillée commet l'infraction, l'auteur des conseils peut être coupable de participer à l'infraction même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée (para. 22(1)). Le conseiller est également coupable de toute infraction dont il sait ou aurait dû savoir qu'elle était susceptible d'être commise en conséquence du conseil (para. 22(2)). Toute personne qui aide ou encourage intentionnellement la perpétration d'un crime est coupable de complicité (para. 21(1)). L'assentiment passif ne suffit pas pour participer à une infraction, mais une large gamme d'actes d'encouragement et d'aide suffiront. Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale, l'accusé est également coupable des crimes dont il savait ou aurait dû savoir qu'ils découleraient³⁸ de l'exécution du projet illégal (para. 21(2)). Enfin, toute personne qui reçoit, aide ou assiste une personne en vue de lui permettre de s'échapper est coupable de l'infraction distincte de complicité après le fait (art. 23).

En plus d'être visé par le *Code criminel*, le terrorisme était aussi visé avant l'adoption de la *Loi antiterroriste* par la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*.

Cette loi donnait et donne toujours au Canada une compétence universelle et rétroactive pour poursuivre les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le génocide. Cette loi définit comme suit les crimes contre l'humanité :

Meurtre, extermination, réduction en esclavage, déportation, emprisonnement, torture, violence sexuelle, persécution ou autre fait -- acte ou omission -- inhumain, d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes et, d'autre part, qui constitue, au moment et au lieu de la perpétration, un crime contre l'humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel, ou en raison de son caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

Le droit conventionnel primaire, le statut de la Cour pénale internationale, définit comme suit les « crimes contre l'humanité » : divers crimes « commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque. » Une « attaque lancée contre une population civile » au sens du statut est « le comportement qui consiste en la commission multiple [de certains] actes ... à l'encontre d'une population civile en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque. »

b) Une lacune possible

Il est difficile de penser à un aspect quelconque des attentats du 11 septembre ou des explosions de Madrid qui ne serait pas criminel et soumis à la compétence universelle en vertu des droits canadiens, de sorte que toutes les personnes liées à ces actes auraient pu être condamnées en vertu du droit pénal canadien tel qu'il existait avant la *Loi antiterroriste*. Le seul élément manquant à l'égard des attentats de Madrid *pourrait* être la compétence de poursuivre les auteurs si les crimes, commis entièrement à l'extérieur du Canada, n'étaient pas jugés être des crimes contre l'humanité, ce qui semble peu vraisemblable. Le paragraphe 3(2) et l'article 13 de la *Loi antiterroriste* créant le paragraphe 7(3.72) et l'article 431.2 du *Code criminel* comblent cette lacune en soumettant à la compétence universelle du Canada les infractions graves relatives aux explosifs et aux substances délétères contre les lieux publics, les installations, les transports et l'infrastructure. En assurant la compétence, ces dispositions mettent aussi en œuvre la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*.

On peut cependant se demander si les articles 83.02 à 83.04 de la *Loi antiterroriste* qui créent des infractions de financement du terrorisme sont bien nécessaires. La *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* oblige chaque État partie à criminaliser les infractions de l'art. 2 de la *Convention* et à établir une compétence universelle sur ces infractions. Les infractions énumérées à l'art. 2 sont les suivantes :

- (1) fournir ou réunir délibérément des fonds dans l'intention de les voir utilisés en vue de commettre a) une infraction au regard d'une des autres conventions sur le « terrorisme » ou b) tout autre acte destiné à causer la mort ou des dommages corporels graves à un civil lorsque cet acte est destiné à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque
- (4) tenter de commettre une infraction visée au paragraphe (1);
- (5)a) être complice de (1) ou (4);

- (5b) organiser (1) ou (4);
- (5c) contribuer à la commission de (1) ou (4) i) dans le but de faciliter l'activité criminelle du groupe ou ii) en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre une infraction au sens du paragraphe (1).

Dans le même ordre d'idées, mais avec une exigence moins large en matière de compétence, la *Résolution 1373 du Conseil de sécurité* demande que les États :

Érigent en crime la fourniture ou la collecte délibérée par leurs nationaux ou sur leur territoire, ... de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme.

On peut faire valoir que le droit pénal du Canada, sous sa forme antérieure à l'adoption de la *Loi antiterroriste*, correspondait à toutes les exigences de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* et de la *Résolution 1373 du Conseil de sécurité* ainsi que des conventions internationales antiterroristes qui exigent que la peine tienne compte de la gravité des actes de terrorisme. Toute personne fournissant ou réunissant des fonds pour faciliter la commission d'un crime aurait été coupable de complicité en vertu du *Code criminel* d'avant la *Loi antiterroriste* et on pouvait aussi recourir aux infractions incomplètes de tentative, conspiration, conseils et complicité après le fait. De plus, si le crime avait comporté une infraction énumérée dans l'une des conventions antiterroristes (dont on peut dire qu'elles représentent la seule définition internationale des « actes de terrorisme » faisant l'objet d'un large consensus), comme le détournement, l'utilisation de matières nucléaires, la prise d'otages ou une attaque contre un aéroport, un navire ou une plate-forme fixe, le Canada aurait eu compétence universelle en vertu de l'article 7 du *Code criminel* et éventuellement en vertu de la *Loi sur les crimes contre l'humanité*. Seul aurait pu être nécessaire l'ajout du paragraphe 7(3.72) et de l'article 431,2 au *Code criminel* pour assurer une compétence universelle à l'égard des infractions incomplètes relatives aux attentats à l'explosif ou aux substances délétères qui ne constituent pas un crime contre l'humanité.

c) Détermination de la peine

Le gouvernement affirmera peut-être que le *Code criminel* ne comportait pas de peines rigoureuses pour les terroristes avant l'adoption de la *Loi antiterroriste* et faire état de la *Résolution 1373 du Conseil de sécurité* ainsi que des conventions internationales antiterroristes qui obligent les États à veiller à ce que la peine tienne compte de la gravité des actes de terrorisme. Pourtant, on pourrait penser que le sous-alinéa 718.2a) i) qui prévoit une aggravation de la peine lorsque le crime est motivé par la haine ou commis en association avec un gang, l'article 231 qui dispose que le meurtre commis dans le cadre d'un acte ou d'une tentative de détournement, enlèvement ou de prise d'otage (para. 4) ou dans le cadre d'usage d'explosifs par un gang est un meurtre au premier degré, l'article 417.14 qui dispose que les peines pour les infractions de gangstérisme sont purgées consécutivement et l'article 718(1) qui dispose que la peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant auraient suffi à assurer des peines appropriées.

Les peines prévues à la *Loi antiterroriste* s'ajoutant à la trop grande portée de la définition d'« activité terroriste » constituent une véritable source d'inquiétude, car elles

pourraient facilement aboutir à une peine disproportionnée. L'article 83.27 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste* prévoit une aggravation générale de la peine maximale jusqu'à la perpétuité pour tous les autres actes criminels « dans le cas où l'acte...constitue également une activité terroriste ». L'article 83.2 dispose que quiconque commet un acte criminel au profit ou sous la direction d'un « groupe terroriste », ou en association avec lui est passible d'un emprisonnement à perpétuité. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que l'acte criminel soit lui-même une « activité terroriste » ni que l'accusé sache que le groupe est un « groupe terroriste ».

En vertu de l'article 83.26, la peine infligée à une personne pour une des nouvelles infractions de financement du terrorisme ou des nouvelles infractions de participer, faciliter, conseiller ou héberger « est purgée consécutivement » sauf à une peine d'emprisonnement à perpétuité. Cette dernière disposition rappelle l'article 417.14 du *Code criminel* qui prévoit des peines consécutives pour gangstérisme; cependant, vu la grande portée du terme « activité terroriste », elle pourrait entraîner des peines extrêmement injustes pour une activité politique normale.

9. Le rôle de la GRC en matière de sécurité nationale

Outre les très graves problèmes des modifications apportées au *Code criminel* par la *Loi antiterroriste* et le fait qu'il s'agit dans presque tous les cas d'ajouts inutiles au *Code*, il importe aussi d'examiner leur effet institutionnel.

Avant 1984, la GRC était le principal organisme fédéral chargé de réunir et diffuser des renseignements concernant la sécurité nationale³⁹. Cette fonction a été examinée en profondeur au milieu des années 60 par la Commission Mackenzie sous le gouvernement Pearson. Cette commission a conclu qu'il ne convenait pas qu'un corps policier disposant de pouvoirs coercitifs soit mandaté pour recueillir des renseignements de sécurité, que le service de sécurité de la GRC n'avait pas le niveau de raffinement ni les pouvoirs d'analyse nécessaires pour s'acquitter de manière compétente de son mandat et que le travail de renseignement de sécurité devrait être confié à un organisme civil directement responsable au gouvernement.

Le gouvernement Trudeau a décidé de ne pas appliquer les recommandations de la Commission Mackenzie et il est devenu manifeste dans les années 70 que cette décision n'était pas sage. Au Québec au début des années 70, les agents de la GRC ont pénétré sans mandat dans les locaux d'une agence de presse de Montréal, perçue comme étant de gauche, pour voler et détruire des dossiers, ont pénétré dans des locaux privés pour voler des bandes informatiques contenant des listes de membres du Parti Québécois, ont émis un faux communiqué incitant les extrémistes du FLQ à poursuivre leur action révolutionnaire et brûlé une grange pour empêcher ce qu'ils croyaient être une rencontre entre des militants nationalistes québécois et des radicaux américains. Même si bon nombre des activités illégales de la GRC visaient le nationalisme québécois, elles ne se restreignaient pas à cette province. Plusieurs de ces activités visaient aussi des groupes « gauchistes » partout au Canada⁴⁰.

Ces exemples, s'ajoutant à une longue liste d'autres illustrations des excès des corps policiers dans le domaine de la sécurité nationale, ont été documentés par la Commission McDonald créée pour examiner le rôle de sécurité nationale de la GRC en 1977. Ses conclusions reprenaient celles de la Commission MacKenzie et elle recommandait qu'un nouvel organisme civil, distinct des corps policiers, soit créé pour s'occuper du renseignement de sécurité au pays. Le gouvernement de l'époque a donné suite à cette recommandation, déposant la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* qui confiait la fonction du renseignement de sécurité à un nouvel organisme civil, le SCRS, en 1984.

Au cours de cette période, des événements semblables survenaient aux États-Unis :

Un resserrement semblable du contrôle s'est produit vers la même époque aux États-Unis – après que le président Nixon a tenté d'utiliser la sécurité nationale pour justifier le cambriolage du Watergate et que la Commission Church⁴¹ a révélé que le FBI ciblait des groupes comme les syndicats, les universités et les organismes de défense des droits civils. Martin Luther King Jr., par exemple, était une des cibles du FBI⁴².

Après la création du SCRS, la GRC a conservé une certaine compétence sur la sécurité nationale en vertu de l'article 6 de la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*, mais uniquement « pour l'exercice des fonctions attribuées aux agents de la paix à l'égard des infractions qui découlent « d'activités constituant des menaces envers la sécurité du Canada au sens de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* ». Avant l'entrée en vigueur de la Loi antiterroriste, ceci aurait signifié les infractions ordinaires du *Code criminel*, puisque le *Code* ne mentionnait pas le « terrorisme ».

Comme le signale le spécialiste du droit pénal Martin Friedland, l'adoption de la *Loi antiterroriste* a renversé une bonne partie de ce qui avait été accompli dans les années 80 pour réduire les excès de la police dans le domaine de la sécurité nationale⁴³. La définition peu rigoureuse axée sur le mobile de l'« activité terroriste », les nouvelles infractions de terrorisme que la *Loi antiterroriste* ajoute au *Code criminel* de même que les nouvelles dispositions d'écoute électronique et d'arrestation préventive fondées sur un soupçon raisonnable (voir plus loin) et les autres modifications de la *Loi sur les secrets officiels* (maintenant la *Loi sur la sécurité de l'information*) et de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* (maintenant la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*) – ont ramené la GRC sur le devant de la scène. Ceci s'accompagne d'une démarche d'application de la loi axée sur le renseignement adoptée par la GRC à la fin des années qui 80 qui rend son rôle de renseignements de sécurité nationale aussi important qu'il l'a jamais été. Selon la commission d'enquête Arar, les activités de renseignement de la GRC en matière de sécurité nationale comprennent maintenant :

La collecte, le maintien et l'analyse de renseignements et d'informations liés à la sécurité nationale; le partage de tels informations et renseignements avec d'autres agences à la fois canadiennes et étrangères; la préparation d'analyses, d'évaluations des menaces et autres méthodes de soutien à des fins internes et externes; ...[et] les enquêtes et activités visant à prévenir la commission de crimes contre la sécurité nationale⁴⁴.

Le gouvernement Martin a demandé au juge O'Connor de l'enquête Arar de formuler des recommandations à propos d'un nouveau mécanisme de surveillance pour le nouveau

rôle de sécurité de la GRC. Mais, toute déférence gardée, cette question de surveillance est un peu un leurre, puisque c'est la portée des fonctions de la GRC qui constitue le vrai problème. Si l'on veut prévenir les excès policiers dans le domaine de la sécurité nationale, les infractions au *Code criminel* et les autres infractions qui relèvent de la GRC ainsi que les pouvoirs qui lui sont conférés doivent être définis avec mesure et clarté et sans recours à des termes comme « terrorisme » et « sécurité nationale ». La définition d'« activité terroriste » et les « infractions de terrorisme » injectées par la *Loi antiterroriste* dans l'ensemble du cadre d'applications de la loi sont à cet égard des échecs spectaculaires.

Recommandation :

Abroger toutes les modifications apportées par la Loi antiterroriste qui injectent un cadre de « terrorisme » dans le *Code criminel*. Adopter de nouveau les modifications qui créent le paragraphe 7(3.72) et l'article 431.2 du *Code criminel*, mais sans mention d'« activité terroriste » ni de « terrorisme » – c'est-à-dire avec le même libellé que celui qui a été utilisé dans le passé pour le détournement et les autres infractions de l'article 7 relatives au phénomène communément appelé « terrorisme ».

Abroger la partie 6 de la *Loi antiterroriste* qui édicte la LEOBRS et apporte des modifications corrélatives à la LIR et qui crée un régime pour la révocation des organismes de bienfaisance sur la base de preuves secrètes.

IV. DES POUVOIRS D'ENQUÊTE EXTRAORDINAIRES – LA PENTE SAVONNEUSE QUI MÈNE À L'ÉTAT POLICIER ET À LA SOCIÉTÉ DE SURVEILLANCE

[Traduction]

ROPER : Vous voulez maintenant accorder au Diable la protection de la loi!

MORE : Parfaitement! Quoi d'autre? Défricher une grande route à travers le droit pour atteindre le Diable?

ROPER : J'abattrais toutes les lois d'Angleterre pour y parvenir!

MORE : Ah oui? Et quand la dernière loi sera abattue et que le Diable se tournera contre vous – où allez-vous vous cacher, Roper, puisque toutes les lois seront par terre? D'un littoral à l'autre, ce pays est une forêt de lois – celles des hommes et non celles de Dieu – et si vous les abattez – et je vous vois très bien le faire – pensez-vous vraiment que vous pourrez rester debout avec tout le vent qu'il fera? Oui, j'accorderais au Diable la protection de la loi, pour ma propre sécurité.

- Robert Bolt, *A man for All Seasons*

En plus de donner à l'exécutif le secret et un pouvoir non soumis à l'examen et des pouvoirs discrétionnaires énormes aux corps policiers, les lois draconiennes donnent aux agents de l'État des pouvoirs extraordinaires d'enquête et de surveillance. Ces pouvoirs

abattent les protections juridiques instaurées sur plusieurs siècles dans les sociétés démocratiques pour protéger l'individu contre l'État.

La théorie qui sous-tend le gouvernement libéral démocratique, c'est que le pouvoir de l'État n'est légitime que s'il se fonde sur la volonté du peuple souverain. L'État est responsable envers le peuple et l'individu. Il y a donc des freins solides à la capacité de l'État d'utiliser de puissants outils de contrôle social. Il y a des limites au pouvoir de l'État de s'immiscer dans la sphère privée de l'individu. On a le droit de ne pas s'incriminer et le droit d'être traité comme innocent jusqu'à preuve du contraire. Aucun devoir n'est imposé à l'individu d'aider la police dans ses enquêtes. Il y a des limites à l'accès aux renseignements personnels, à leur utilisation et à leur diffusion. Dans un état policier ou une société de surveillance, cette relation est inversée : l'individu est responsable envers l'État et les droits et protections que nous venons d'énumérer sont subordonnés à l'intérêt de l'État.

Tout comme est fautive la croyance qu'on peut s'en remettre aux gouvernements pour utiliser le pouvoir arbitraire à « bon » plutôt qu'à « mauvais » escient et qu'il est possible de tracer une ligne imperméable entre « eux » et « nous », c'est une erreur de croire que nous pouvons distinguer des mesures qui seront utilisées contre « eux » mais pas contre « nous ».

1. Des pouvoirs d'interrogatoire pour la police

En vertu de l'article 83.28 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, une personne peut recevoir l'ordre de comparaître devant un juge pour témoigner dans un « interrogatoire » si le juge est convaincu qu'« il existe des motifs raisonnables de croire... qu'une infraction de terrorisme a été commise » ou « sera commise » et que la personne convoquée a des renseignements sur l'infraction ou sur le lieu où se trouve l'auteur de l'infraction. Aux termes de l'article 83.29, le défaut de se conformer à l'ordonnance est passible d'arrestation et d'emprisonnement.

Certes, il existe de nombreux cas dans notre système juridique où quelqu'un peut être contraint de témoigner sous serment, mais la procédure d'interrogatoire diffère en ce qu'elle permet de contraindre à témoigner *avant* le début de l'instance et *avant* même qu'une infraction ait été commise.

C'est une dérogation à la règle de notre système de droit pénal selon laquelle il ne peut y avoir de procès par contumace, c'est-à-dire en l'absence de l'accusé, car il doit être présent pour protéger ses droits dans le processus pénal. C'est aussi une dérogation au rôle que jouent traditionnellement les juges dans notre système de common law, puisqu'ils doivent jouer un rôle d'inquisition et participer à l'enquête. Cette disposition déroge aussi à la règle que chacun a le droit de garder le silence au stade d'enquête du processus pénal. Même si l'article 83.28 est censé protéger le témoin contre l'auto-incrimination parce qu'aucune preuve donnée à l'interrogatoire ne peut être utilisée ou admise contre lui dans le cadre de poursuites criminelles, sauf en ce qui concerne les poursuites pour parjure (art. 132 du *Code criminel*) ou témoignages contradictoires (art. 136 du *Code criminel*), on ne peut que se demander ce qui empêchera la police de suivre

des pistes secondaires susceptibles de l'incriminer. En outre, il demeure susceptible de se faire ramasser dans la rue pour aider la police dans ses enquêtes d'une manière que nous associons uniquement avec les États policiers.

Aucune exception n'est prévue à l'article 83.28 pour le secret professionnel et la confidentialité des communications entre le conseiller juridique et son client ni pour les journalistes et leurs sources. Comme l'affirme l'Association du Barreau canadien, le secret professionnel et la confidentialité des communications entre le conseiller juridique et son client (la règle de preuve) sont « essentiel[s] au bon fonctionnement de notre système juridique » :

Les avocats et avocates ne peuvent convenablement dispenser des conseils à des clients réticents à leur raconter l'intégralité de leur histoire ou problème. Les clients ne s'adresseront à eux que sur la foi que les renseignements communiqués seront conservés par l'avocat en toute confidentialité. En diminuant la protection inhérente au devoir de confidentialité, on incite indirectement les clients à cacher des renseignements à leur conseiller juridique. Cette mesure ne rend pas service à la clientèle, ni au système de justice, ni en dernier ressort au public⁴⁵.

Quant à la protection des sources des journalistes, la Cour européenne des droits de l'homme a statué que c'est une des conditions fondamentales de la liberté de presse⁴⁶. Comme l'Association du Barreau canadien le fait aussi remarquer :

Les tribunaux ont par ailleurs reconnu qu'une personne, dans le cadre de ses fonctions de journaliste, occupe une position particulière et ne devrait pas être obligée de témoigner lors d'une poursuite judiciaire ou d'une enquête publique à moins que les questions posées soient pertinentes, cruciales, appropriées et essentielles au bon fonctionnement de la justice et s'il est impossible d'obtenir ces renseignements auprès d'une autre source... Ces protections sont là pour faciliter le flot d'information, et permettre aux citoyens et citoyennes de prendre des décisions éclairées; elles n'ont pas été instituées pour le bénéfice des journalistes [p. 46].

Malgré le fait que la police a besoin du consentement du procureur général pour demander un interrogatoire et malgré une certaine surveillance des tribunaux lorsqu'ils accordent un interrogatoire, la procédure d'interrogatoire est susceptible d'abus puisque les seuils pour l'utilisation de ce pouvoir extraordinaire sont les mêmes que les définitions d'« activité terroriste » et d'« acte de terrorisme » auxquelles nous avons déjà reproché une trop grande portée et un libellé compliqué. En conséquence, on pourrait bien approuver l'usage de ce pouvoir par les corps policiers à l'égard de l'activité politique normale et de la dissidence.

Il faut aussi examiner la question de savoir si ces pouvoirs entre les mains de la police et du ministère de la Justice pourraient nuire aux enquêtes et aux activités du SCRS sur le terrain, faute de coordination ou de buts communs.

Recommandation :

Abroger les dispositions concernant les interrogatoires des articles 83.28 et 83.29 du Code criminel modifié par la Loi antiterroriste.

2. Des pouvoirs d'arrestation préventive pour la police

En vertu du paragraphe 83.3(4) du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, un agent de police peut arrêter une personne sans mandat « s'il a des motifs raisonnables de soupçonner que la mise sous garde de la personne est nécessaire afin de l'empêcher de mettre à exécution une activité terroriste ».

Avant l'ajout de cette disposition au *Code criminel*, l'arrestation avant la perpétration de l'infraction n'était permise que si l'agent de la paix « croit pour des motifs raisonnables » que la personne « est sur le point de commettre un acte criminel » (alinéa 495(1)a)). Le paragraphe 83.3(4) abaisse le critère à un *soupçon* raisonnable, ne comporte aucune exigence quant à l'imminence de la perpétration de l'infraction et n'exige même pas une infraction mais une « activité terroriste », ce qui, comme nous l'avons dit plus haut, pourrait s'appliquer à une activité légale et à une activité politique normale.

La personne arrêtée sans mandat peut être détenue plus longtemps que les 24 heures normalement autorisées dans le *Code criminel* jusqu'à ce qu'un juge provincial soit disponible. On se demande pourquoi cette disposition devrait être nécessaire si ce n'est pour laisser une certaine latitude aux abus. S'il est possible de trouver un juge dans les 24 heures pour les autres infractions criminelles, pourquoi pas pour les infractions « de terrorisme »? Encore une fois, l'arrestation sans mandat sans motifs raisonnables de croire que la personne est sur le point de commettre une infraction et la détention sans comparution immédiate devant un juge sont des choses qu'on associe généralement avec les États policiers. C'est effectivement un élément des lois draconiennes de sécurité en des endroits comme Singapour et l'Indonésie.

Si le juge décide que l'agent de police a des motifs raisonnables de « soupçonner » la personne, il peut imposer un engagement assorti de conditions pendant un maximum de douze mois. Ceci ressemble à l'engagement de ne pas troubler l'ordre public qui peut être ordonné en vertu de l'article 810 du *Code* s'il y a des motifs raisonnables de craindre que la personne ne commette une infraction de gangstérisme. Mais des « motifs raisonnables de soupçonner » est un critère moins exigeant que « des motifs raisonnables de craindre ».

Le seuil pour l'utilisation de ce pouvoir extraordinaire est encore une fois la définition problématique d'« activité terroriste », de sorte que les arrestations préventives pourraient être employées à l'égard d'activités légales et de la dissidence politique normale.

Et ici encore, on peut se demander si ces pouvoirs entre les mains de la police et du ministère de la Justice pourraient nuire aux enquêtes et aux activités du SCRS sur le terrain dans certains cas.

Recommandation :

Abroger les dispositions des articles 83.3 à 83.32 de *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste* concernant l'arrestation préventive.

3. Nouveaux pouvoirs et nouvelles capacités de surveillance

Il est important de considérer l'expansion des pouvoirs de surveillance de l'État en vertu de la *Loi antiterroriste* dans le contexte plus vaste de la « guerre au terrorisme » au Canada. À l'heure actuelle, le Canada participe au nom de cette « guerre » à de nombreuses initiatives qui nous rapprochent de plus en plus du moment où nous serons une société de surveillance et ferons partie d'une infrastructure planétaire de surveillance. Les renseignements personnels des Canadiens seront très bientôt recueillis, mis en mémoire, reliés, dépouillés, contrôlés et partagés avec d'autres pays comme jamais auparavant. Même s'il n'entre pas dans le cadre du présent mémoire de décrire tous ces faits en détail, mentionnons :

- la création d'un Centre national d'évaluation des risques qui reçoit, conserve pendant 6 ans et évalue du point de vue du risque les renseignements personnels sur tous les passagers des vols qui entrent au Canada;
- la création prévue d'un Centre d'évaluation du risque semblable en vertu de la *Loi sur la sécurité publique* à l'égard des vols intérieurs et sortants, et l'intention du ministre de la Sécurité publique de l'étendre à tous les moyens de transport;
- la création d'une liste d'interdiction de vol en vertu de la *Loi sur la sécurité publique* qui permettra de suivre et contrôler les déplacements des Canadiens;
- le fait que le Canada partage les renseignements sur les voyageurs avec des pays étrangers en vertu du projet de loi C-44 modifiant la Loi sur l'aéronautique et qui exempte les transporteurs aériens du Canada des dispositions de la LPRPDE de sorte qu'ils puissent donner des renseignements personnels sur leurs passagers à tout organisme étranger qui en fait la demande;
- la création d'un système de passeport biométrique par lequel les renseignements personnels des Canadiens peuvent être enregistrés et liés biométriquement tant au pays que dans des pays étrangers comme les États-Unis (qui amassent de vastes bases de données de renseignements personnels sur des personnes du monde entier et mettent au point une technologie pour y rechercher les indicateurs de « risque »);
- l'étroite collaboration et le partage d'information avec les États-Unis dans le cadre de l'entente sur la frontière intelligente;
- le projet d'accroître d'une manière exponentielle la capacité de surveillance des agents de l'État en vertu de modifications du *Code criminel* concernant l'accès légal. Ces modifications exigent que tous les fournisseurs de services informatiques (publics et privés) conçoivent leurs systèmes de telle sorte que les agents de l'État aient gratuitement un accès direct en temps réel à tous nos dossiers, courriels, navigations sur internet, documents et transactions électroniques. Ces modifications pourraient aussi exiger la conservation de

l'information pendant un certain temps et le partage d'information avec des pays étrangers à l'égard d'activités qui ne constituent même pas des crimes au Canada.

a) Des pouvoirs élargis d'écoute électronique pour la police

L'article 6 de la *Loi antiterroriste* accentue la tendance décrite ci-dessus en élargissant les pouvoirs de surveillance de la police en modifiant les dispositions du *Code criminel* concernant l'écoute électronique. Il prévoit les mêmes exceptions pour les « infractions de terrorisme » que pour les infractions de gangstérisme. Ces modifications éliminent l'obligation faite à la police de démontrer que « d'autres méthodes d'enquête ont été essayées » et « ont échoué » ou ont « peu de chances de succès ». Elles portent la période d'écoute électronique avec autorisation judiciaire de 60 jours à un an et permettent au juge de prolonger jusqu'à trois ans le délai pour aviser l'intéressé.

On pourrait faire valoir que ces pouvoirs sont redondants par rapport aux dispositions concernant le gangstérisme. Il est certain que le seuil justifiant leur emploi, c'est-à-dire les définitions problématiques d'« activité criminelle » et d'« infractions de terrorisme », rend les abus probables.

Recommandation :

Abroger les modifications apportées par l'article 6 de la *Loi antiterroriste* aux dispositions du *Code criminel* concernant l'écoute électronique.

b) Le devoir imposé à chacun de divulguer des biens et des transactions et à certaines institutions de faire des déclarations aux agents de l'État – articles 83.1 et 83.11 du *Code criminel* et modifications de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*

La *Loi antiterroriste* élargit de manière exponentielle les pouvoirs de surveillance de l'État en ajoutant des devoirs de divulgation et de déclaration aux articles 83.1 et 83.11 du *Code criminel* et en ajoutant d'autres obligations de déclaration à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*. Ces nouveaux devoirs font des entreprises, institutions financières, personnes et organismes sociaux du Canada les yeux et les oreilles de l'État dans la « guerre » mal définie « contre le terrorisme ».

Comme nous l'avons déjà dit, en vertu de l'article 83.1 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, « toute personne au Canada » est tenue de communiquer sans délai au directeur du SCRS et au Commissaire de la GRC l'existence de biens qui sont en sa possession ou à sa disposition et qui, à sa connaissance, appartiennent à un « groupe terroriste », ou qui sont à sa disposition ainsi que toute opération mettant en cause ces biens. Aux termes de l'article 83.11 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*, les institutions financières, les sociétés d'assurance, les sociétés de secours et d'autres doivent « vérifier de façon continue l'existence de biens qui sont en leur possession ou à leur disposition et qui appartiennent à une entité inscrite ou sont à sa disposition,

directement ou non » et en rendre compte, chaque mois ou selon la périodicité prévue au règlement, à l'organisme dont elles relèvent.

En vertu de l'article 52 de la *Loi antiterroriste* modifiant l'article 7 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, il incombe à toute personne ou entité tenue de faire des déclarations en vertu de la *Loi* de déclarer à CANAFE toute les opérations financières « à l'égard desquelles il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles sont liées à la perpétration d'une infraction... de financement des activités terroristes ». En vertu du paragraphe 54(2) de la *Loi antiterroriste* modifiant le paragraphe 12(3) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité*, les personnes responsables des moyens de transport doivent également déclarer dans certaines circonstances les espèces et effets en possession des passagers. Tous les renseignements reçus par CANAFE doivent être communiqués au SCRS aux termes de l'article 68 de la *Loi antiterroriste* (remplaçant l'article 56 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* par l'article 55.1) s'il y « a des motifs raisonnables de soupçonner... que les renseignements désignés se rapporteraient à des menaces envers la sécurité du Canada. »

Au cours de l'ère McCarthy, des personnes, des entreprises, des syndicats, des organismes sociaux et d'autres entités déclaraient les « communistes » et les « sympathisants » aux pouvoirs publics. Jusqu'à quel point notre époque ressemblera-t-elle à celle-là, compte tenu de ces déclarations obligatoires portant sur un phénomène qui échappe à toute définition précise?

Recommandation :

Abroger les modifications des articles 83.1 et 83.11 du *Code criminel* et de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* qui créent de nouvelles obligations pour les personnes, les entreprises et les organismes sociaux de déclarer les « activités terroristes » aux autorités et prévoient la communication obligatoire des renseignements au SCRS.

c) Le pouvoir du CST d'intercepter sans mandat les communications des Canadiens

L'article 102 de la *Loi antiterroriste* accroît les pouvoirs de surveillance des services de renseignement et, indirectement des corps policiers du Canada en reconnaissant officiellement, par des modifications de la *Loi sur la défense nationale*, l'existence du Centre de la sécurité des télécommunications (CST), autrefois tenu dans l'ombre, qui constitue la contribution canadienne au projet anglo-américain de renseignement connu sous le nom d'Echelon. Dans le cadre de ce programme appliqué par le Canada, les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, chaque pays explore l'infrastructure planétaire d'information à la recherche de renseignements, analysant chaque jour des millions de messages et de conversations au moyen de mots clés et de schèmes de circulation. Chaque centre des cinq pays participants fournit aux quatre autres des dictionnaires des mots et expressions clés, des personnes et des lieux à repérer. Les messages ainsi interceptés sont transmis directement au pays qui en fait la demande. On

croit que de cette manière⁴⁷, chaque pays a pu obtenir sur ses propres citoyens des renseignements qu'il n'aurait pas été autorisé à obtenir en vertu de ses propres lois.

Alors qu'autrefois la partie VI du *Code criminel* interdisait au CST d'intercepter les communications privées des Canadiens⁴⁸, les articles 273.65 et 273.69 ajoutés à la *Loi sur la défense nationale* semblent donner au ministre de la Défense le pouvoir d'autoriser le CST à intercepter des communications en provenance ou à destination du Canada⁴⁹ pourvu que « l'interception vise des entités étrangères situées à l'extérieur du Canada ». Les paragraphes 273.65(1) et (3) restreignent cette autorisation au « seul but d'obtenir des renseignements étrangers » et au « seul but de protéger les systèmes ou les réseaux informatiques du gouvernement du Canada », mais il n'est pas expressément interdit au CST de donner aux corps policiers des renseignements sur des Canadiens.

La participation du CST à Echelon est troublante s'il s'agit de recevoir des renseignements sur des Canadiens, tout comme la capacité d'intercepter des communications de Canadiens en vertu de l'article 273.65 de la *Loi sur la défense nationale* modifiée par la *Loi antiterroriste*. Pour citer Martin Friedland, spécialiste de la sécurité et du droit pénal,

[traduction] Pourquoi la Cour fédérale du Canada n'approuve-t-elle pas la surveillance électronique portant sur des personnes au Canada ... [en utilisant pour délivrer un mandat le critère appliqué au SCRS]⁵⁰?

Recommandation :

Abroger les modifications apportées par l'art. 102 de la *Loi antiterroriste* à la *Loi sur la défense nationale* reconnaissant le Centre de la sécurité des télécommunications et élargissant la surveillance des Canadiens par cette entité.

V. L'EXTRAORDINAIRE RENDU NORMAL

[traduction] Le despotisme d'Auguste a préparé les Romains pour Tibère.

John Stuart Mill, *On Liberty*

Le gouvernement nous a dit que cette mesure législative extraordinaire, la *Loi antiterroriste*, est nécessaire pour répondre à la menace extraordinaire que subit notre société : un terrorisme à la fine pointe du progrès technologique. Nous pouvons penser que la menace est nouvelle et extraordinaire ou, au contraire, tout simplement un grave problème permanent; dans les deux cas nous pourrions être prêts à accepter des mesures extraordinaires pour y faire face si nous croyons qu'elles ne deviendront pas normalisées mais resteront plutôt à l'extérieur du jeu ordinaire des règles et normes juridiques dans notre société et ne les affecteront pas.

Mais l'idée qu'il est possible d'isoler les lois draconiennes du contexte normal de notre société est une croyance fautive, semblable et apparentée à toutes les croyances fautes exposées dans le présent mémoire : la croyance que nous pouvons avoir des lois draconiennes et faire confiance au gouvernement pour les utiliser seulement à « bon » et non à « mauvais » escient; que nous pouvons distinguer entre « nous » et des « eux » que

les lois ciblent au départ; que nous pouvons séparer les mesures qui serviront contre « eux » de celles qui serviront contre « nous ».

Les lois draconiennes, adoptées en temps de crise, prennent facilement une vie propre. Même si elles sont temporaires ou sujettes à révision, comme la *Loi antiterroriste*, elles ont tendance à devenir permanentes. Leurs dispositions s'intensifient. Il y a glissement de fonction. Elles deviennent la nouvelle norme à mesure que les pouvoirs publics et la population s'y habituent, ouvrant la voie à des lois encore plus draconiennes qui s'y ajouteront en doses croissantes à la longue. Aussi, elles introduisent des changements structuraux et institutionnels souvent durables dans les régimes de gouvernement.

Le spécialiste israélien Oren Gross a examiné chacune de ces tendances en détail et il vaut la peine de s'arrêter à ses observations et exemples⁵¹.

Au sujet de la *permanence des mesures adoptée à titre provisoire ou sous réserve de révision*, Gross mentionne l'exemple des lois antiterroristes du Royaume-Uni. Conçues en fonction de la situation en Irlande du Nord et adoptées au départ pour de courtes périodes, elles ont été plusieurs fois renouvelées ou prolongées pour de nombreuses années avant d'être finalement adoptées à titre de lois permanentes⁵².

À propos de l'*intensification*, Gross fait remarquer que les dispositions des lois draconiennes se dilatent souvent à la longue, alors que les restrictions qui y étaient attachées s'atrophient. Il donne comme exemple la tendance des États-Unis à donner au président la possibilité de contourner les restrictions législatives du Congrès dans le cadre de lois comme celle sur les pouvoirs économiques d'urgence (*International Emergency Economic Powers Act 1977*). De cette manière, le pouvoir exécutif américain a obtenu accès à de larges pans de pouvoirs légaux sans les restrictions imposées à l'origine pour l'utilisation de ces pouvoirs⁵³. Dans le cas de la loi sur les pouvoirs économiques d'urgence (*Emergency Economic Powers Act*) l'exécutif a utilisé son nouveau pouvoir en invoquant la loi à de nombreuses reprises, sans guère se préoccuper de savoir s'il existait une vraie situation d'urgence, pour appliquer des politiques que le Congrès n'avait pas approuvées⁵⁴.

En ce qui concerne le *glissement de fonction*, Gross raconte l'histoire édifiante des mesures introduites par le gouvernement britannique en Irlande en 1988 pour restreindre le droit des suspects et prévenus de garder le silence. Ces mesures ont été introduites cinq jours après une série d'attentats majeurs de l'IRA, dont un visait un autobus militaire rempli de soldats britanniques. Ces mesures restreignaient le droit de garder le silence, tant en interrogatoire qu'au procès. Pour justifier cette atteinte à un droit bien établi en droit pénal, le gouvernement avançait que le manque de coopération généralisé et systématique de ceux qui étaient soupçonnés de participer à des activités terroristes en Irlande du Nord entravait gravement les enquêtes policières. En conséquence, le débat public a porté sur les « activités terroristes » et la perception générale était que les mesures étaient nécessaires pour lutter contre le terrorisme paramilitaire en Irlande du Nord. On appuyait aussi ces mesures en supposant qu'elles allaient cibler un groupe bien défini dans une région bien précise. Mais comme l'explique Gross,

[traduction] Malgré des déclarations et assurances répétées affirmant que les nouvelles limites visaient à renforcer les pouvoirs publics dans leur lutte contre le terrorisme, lorsque le décret de 1988 [Criminal Evidence Order (Northern Ireland)] a été approuvé, son libellé ne portait pas uniquement sur les actes de terrorisme. De plus, le décret de 1988 n'a pas été édicté dans le cadre des lois d'urgence déjà en vigueur en Irlande du Nord, mais plutôt de la législation pénale ordinaire. De la sorte, l'application du décret et la restriction du droit au silence ne se restreignaient pas aux personnes soupçonnées de crimes graves liés au terrorisme; elles ont été élargies et interprétées comme visant toute personne soupçonnée d'une infraction pénale en Irlande du Nord⁵⁵.

Six ans plus tard, le gouvernement britannique a décidé d'étendre cette loi aux autres parties du Royaume-Uni. La loi *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994, reproduisait presque textuellement, aux articles 34 à 37, les dispositions pertinentes du décret de 1988. [traduction] « On prétendait encore une fois que cette nouvelle mesure législative était nécessaire parce que les terroristes abusaient du droit de garder le silence⁵⁶. » Et encore une fois, les restrictions du droit au silence ont été intégrées aux lois pénales ordinaires et ont été élargies pour s'appliquer à toute personne soupçonnée d'une infraction pénale.

Comme l'écrit Oren Gross, [traduction] « Plus on s'éloigne de la situation de départ qui a suscité l'adoption de la loi [draconienne], plus il y a de chances que les normes et règles qu'elle comporte seront appliquées à des contextes qui n'avaient pas d'abord été visés. » C'est pourquoi les Américains n'auraient pas dû être étonnés du fait qu'une loi de 1861 sur les nourritures animales et le fourrage (*Feed and Forage Act*) ait été utilisée pour affecter des crédits à l'invasion du Cambodge en 1971.

Au sujet de *l'extraordinaire qui devient la nouvelle norme*, Gross écrit :

[traduction] La conduite du gouvernement au cours d'une crise crée un précédent pour les urgences futures de même que pour la « normalité ». Alors que dans la crise « originale » la situation et les pouvoirs de référence étaient ceux de la normalité et de la régularité, [dans] toute crise future le gouvernement prend comme point de départ l'expérience de l'autorité et des pouvoirs extraordinaires au cours des urgences précédentes. Ce qui pouvait suffire dans le passé...pourrait ne pas être considéré comme suffisant à l'heure actuelle. Tout comme ces médicaments dont il faut à la longue augmenter la dose pour obtenir le même effet, de même on peut avoir l'impression que les nouvelles urgences exigent des pouvoirs nouveaux et plus puissants. Les nouvelles mesures extraordinaires d'urgence confèrent post facto une somme additionnelle de légitimité, de respectabilité et de normalité aux mesures d'urgence moins draconiennes utilisées dans le passé. Ce qui a semblé autrefois être des pouvoirs exceptionnels d'urgence peut maintenant être considéré comme normal, routinier et ordinaire à la lumière de pouvoirs plus récents et plus dramatiques⁵⁷.

Gross fait état d'un phénomène connexe, « l'entassement » de pouvoirs et lois d'urgence. Aux États-Unis, par exemple, il existait en 1976 plus de 470 textes législatifs d'urgence, et pas moins de quatre états d'urgence déclarés et encore en vigueur⁵⁸.

Un autre aspect de la normalisation de l'exceptionnel est que le gouvernement et ses agents finissent par aimer la commodité des pouvoirs draconiens. « Une fois qu'ils ont goûté à la possibilité d'agir avec moins de restrictions et d'entraves, il y a peu de chances qu'ils acceptent d'y renoncer⁵⁹. » Ainsi, il est probable que les élus, fonctionnaires et agents recourent de plus en plus souvent à la longue aux pouvoirs draconiens et en

étendront l'usage au-delà de la situation pour laquelle ils ont été conçus. Gross raconte qu'en Israël :

[traduction] le pouvoir administratif de prendre des règlements d'urgence en vertu de l'alinéa 9a) d'un décret de 1948 (Law and Administration Ordinance) a d'abord été utilisé surtout dans le contexte des questions de sécurité et avec une certaine réserve. Au cours des années 50 et 60 et au début des années 70, on n'a pas souvent recouru aux pouvoirs conférés par cette disposition. Toutefois, les choses ont énormément évolué après la guerre du Yom Kippour de 1973. Depuis 1974, les pouvoirs d'urgence en vertu de l'alinéa 9a) ont été exercés de manière presque routinière dans des situations non urgentes liés à des conflits syndicaux et des enjeux monétaires. Ainsi, par exemple, après avoir examiné l'histoire de l'utilisation de l'alinéa 9a) dans le contexte des conflits syndicaux en Israël, un spécialiste conclut que le mécanisme d'urgence d'ordonnance de travail obligatoire avait été fréquemment utilisé dans des situations qui ne présentaient pas une urgence particulière ou lorsque d'autres moyens, moins draconiens, étaient disponibles. Ce mécanisme d'utilisation relativement facile pour imposer une solution aux conflits syndicaux a eu un « effet narcotique » sur les fonctionnaires, leur permettant de contourner le processus beaucoup plus lourd de négociation entre l'employeur et les employés.

Oren Gross termine ses remarques sur les lois extraordinaires et draconiennes en signalant que leur adoption a souvent des effets durables sur une société – pas seulement des changements des normes et traditions juridiques de la société et de sa culture de respect pour les droits et libertés de sa population, mais aussi des *changements structuraux et institutionnels*.

Selon Gross, « il y a un rapport direct entre les urgences et le renforcement de la branche exécutive du gouvernement⁶⁰. » En temps de crise, cette branche jouit d'une concentration et d'une expansion sans précédent de ses pouvoirs, d'ordinaire avec la collaboration du pouvoir législatif et judiciaire. Et ce glissement structural devient souvent institutionnalisé d'une manière qui sera plus tard difficile à débrouiller. Nous assistons probablement à ce phénomène à l'heure actuelle aux États-Unis. Nous l'avons aussi constaté dans le passé, par exemple la transition de la 4^e à la 5^e république en France, étroitement liée à la guerre d'Algérie, et les changements fondamentaux de la structure du gouvernement en Grande Bretagne pendant et après la première guerre mondiale.

Le processus par lequel une société évolue avec l'adoption de lois draconiennes est donc graduel et multiple. Même pour ceux qui ont une expérience juridique et politique, il est souvent difficile de démêler l'écheveau des changements que les lois draconiennes introduisent dans la société et d'en suivre les répercussions avec vigilance. Quand l'alarme finira par sonner quant à l'effet des lois draconiennes sur la société, il sera peut-être trop tard pour y apporter un remède efficace.

VI. CONCLUSION

Lorsque la *Loi antiterroriste* a été déposée, le débat portait en grande partie sur la question de savoir si elle résisterait à l'examen en vertu de la *Charte*. Le gouvernement soutenait que oui – non pas parce qu'elle ne portait pas atteinte aux droits garantis par la *Charte*, mais parce que les tribunaux jugeraient qu'elle se justifie en vertu du critère de l'article 1 de la *Charte* en raison de l'urgence de la lutte contre le terrorisme. Plusieurs juristes sont en désaccord avec le gouvernement sur ce point, mais il pourrait bien avoir

raison. Historiquement, les tribunaux sont notoirement faibles lorsqu'il s'agit d'affirmer une position indépendante sur les enjeux de sécurité nationale. Aux États-Unis et en Afrique du Sud, par exemples, leurs jugements ont permis et encouragé les abus de pouvoirs du gouvernement⁶¹. La récente décision de la Chambre des Lords invalidant l'équivalent britannique de la procédure canadienne de certificat de sécurité en vertu de la LIPR permet d'espérer que les tribunaux de notre époque seront rigoureux dans leur analyse des mesures de sécurité. Mais rien ne le garantit.

Nous avons choisi de ne pas traiter en détail dans le présent mémoire des arguments liés à la *Charte* pour trois raisons. Tout d'abord, nous croyons que les législateurs ne devraient pas transmettre aux tribunaux le devoir qui leur incombe de veiller à ce que les mesures soient justifiées et appropriées. Deuxièmement, nous savons que les législateurs sont les seuls à pouvoir considérer la *Loi antiterroriste* dans son ensemble et ainsi pleinement évaluer les dangers dont nous faisons état ici. Troisièmement, cette évaluation doit se faire aujourd'hui. On ne peut attendre les quelque cent années ou plus que les tribunaux mettraient à le faire morceau par morceau.

Les sociétés démocratiques ont honte des époques de leur passé où l'on a sacrifié les droits civils et les normes démocratiques en vue d'autres fins. Rappelons-nous l'époque McCarthy, l'internement des Japonais en Amérique du Nord pendant la seconde guerre mondiale, l'époque de la grève générale de Winnipeg et le tristement célèbre article 98 du *Code criminel*, la proclamation de la *Loi sur les mesures de guerre* au Québec dans les années 70 et l'abolition graduelle des droits civils des citoyens juifs en Allemagne dans les années 30 : le carrefour où se trouvent actuellement les Canadiens, à propos de l'examen de la *Loi antiterroriste*, n'a rien de neuf.

La nécessité d'un jugement calme, éclairé et historique n'a jamais été plus criante.

Quand votre Comité procédera à ses importantes délibérations sur la question de savoir s'il faut dire au gouvernement d'abroger la *Loi antiterroriste*, nous vous incitons à examiner ce texte législatif dans son contexte le plus large en gardant à l'esprit cet avertissement attribué à Benjamin Franklin :

[traduction] Ceux qui sont prêts à renoncer à une liberté fondamentale pour s'acheter un peu de sécurité temporaire ne méritent ni liberté ni sécurité⁶².

Cette fois-ci, les Canadiens sont aux aguets.

VII. LISTE DES RECOMMANDATIONS

1. Abroger les modifications apportées par la *Loi antiterroriste* à la *Loi sur la preuve au Canada*. En particulier :

- Abroger les nouvelles catégories de « renseignements potentiellement préjudiciables » et de « renseignements sensibles »;
- Abroger les nouvelles dispositions de la LPC imposant aux participants l'obligation d'aviser le procureur général du Canada des renseignements protégés;
- Abroger l'article 39.11 de la LPC qui oblige à des auditions à huis clos et en l'absence de toute autre partie;
- Abroger l'article 38.02 de la LPC qui garde secrète l'existence d'un avis, d'une demande, d'un appel, d'un examen ou d'un accord relativement à des renseignements que le gouvernement souhaite garder secrets;
- Abroger le paragraphe 38.12(2) de la LPC qui rend confidentiels tous les dossiers ayant trait à une audience, un appel ou un examen;
- Abroger l'article 38.13 de la LPC qui donne au procureur général du Canada le pouvoir sans entrave d'émettre des certificats interdisant la divulgation de renseignements;
- Abroger l'article 38.15 de la LPC qui donne au procureur général du Canada le pouvoir d'assumer une compétence exclusive sur les poursuites engagées par les procureurs généraux des provinces.

2. Abroger les articles 87, 103 et 104 de la *Loi antiterroriste* qui empêchent l'application de la LAI, de la LPRP et de la LRPDE lorsque le procureur général du Canada exerce son nouveau pouvoir en vertu de l'article 38.13 de la LPC.

3. Abroger le paragraphe 16(2) de la *Loi antiterroriste* modifiant le paragraphe 486(4.1) du Code criminel pour permettre d'interdire de publier l'identité de toute « personne associée au système judiciaire » dans les procès pour « terrorisme ».

4. Abroger la partie 6 de la *Loi antiterroriste* édictant la LEOBRS et apportant des modifications corrélatives à la LIR qui crée un régime pour la révocation de l'enregistrement sur la foi d'une preuve secrète.

5. Abroger l'article 4 de la *Loi antiterroriste* qui ajoute les articles 83.05 à 83.07 au *Code criminel*, créant un régime par lequel des personnes et des groupes peuvent être déclarés « terroristes » sur la foi d'une preuve secrète.

6. Abroger toutes les modifications apportées par la *Loi antiterroriste* qui injectent un cadre de « terrorisme » dans le *Code criminel*. Adopter de nouveau les modifications qui créent le paragraphe 7(3.72) et l'article 431.2 du *Code criminel*, mais sans mention d'« activité terroriste » ni de « terrorisme » – c'est-à-dire avec le même libellé que celui qui a été utilisé dans le passé pour le détournement et les autres infractions de l'article 7 relatives au phénomène communément appelé « terrorisme ».

7. Abroger les dispositions concernant les interrogatoires des articles 83.28 et 83.29 du *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste*.

8. Abroger les dispositions des articles 83.3 à 83.32 de *Code criminel* modifié par la *Loi antiterroriste* concernant l'arrestation préventive.

9. Abroger les modifications apportées par l'article 6 de la *Loi antiterroriste* aux dispositions du *Code criminel* concernant l'écoute électronique.

10. Abroger les modifications des articles 83.1 et 83.11 du *Code criminel* et de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité* qui créent de nouvelles obligations pour les personnes, les entreprises et les organismes sociaux de déclarer les « activités terroristes » aux autorités et prévoient la communication obligatoire des renseignements au SCRS.

11. Abroger les modifications apportées par l'art. 102 de la *Loi antiterroriste* à la *Loi sur la défense nationale* reconnaissant le Centre de la sécurité des télécommunications et élargissant la surveillance des Canadiens par cette entité.

NOTES

1. *A (FC) and others (FC) (Appelants) v. Secretary of State for the Home Department (Intimé); X (FC) and another (FC) (Appelants) v. Secretary of the State for the Home Department (Intimé)*; [204] UKHL56. Voir particulièrement Lord Hoffman, par. 97.
2. Procédure prévue aux articles 76 à 85 de la LIPR et dans des lois antérieures sur l'immigration qui permet au ministre de l'immigration d'expulser ou détenir indéfiniment des personnes, sans porter d'accusations, sur la foi d'une preuve secrète et possiblement peu sûre.
3. *Vancouver Sun (Re)* [2004] R.C.S. 43 au para. 23, citant *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 187; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 21-22; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.
4. *Vancouver Sun*, au para. 25.
5. *Ibid*, au para. 26.
6. Plus précisément, la cour a appliqué le critère *Dagenais/Mentuck* pour les interdictions de publication, qui adapte le raisonnement de l'arrêt *Oakes*.
7. James K. Huguessen, « Watching the Watchers : Democratic Oversight » dans David Daubney, éd., *Terrorism, Law and Democracy* (Montréal : Yvon Blais, 2002) 381 à la p. 384.
8. *Ibid.*, à la p. 385.
9. Kent Roach, « Did September 11 Change Everything? Struggling to Preserve Canadian Values in the Face of Terrorism », (2002) 47 McGill L.J. 893 au para. 58.
10. Wesley Wark, « Intelligence Requirements and Anti Terrorism Legislation », dans Ronald J. Daniels, Patrick Macklem et Kent Roach, éd., *The security of Freedom* (Toronto : University of Toronto Press, 2001) 287 à la p. 295 [*The Security of Freedom*]
11. Mémoire de l'Association du Barreau canadien au comité de la Chambre des communes sur le projet de loi C-36, daté d'octobre 2001, à la p. 57 [*Mémoire de l'ABC*]
12. Kent Roach, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law » dans *The Security of Freedom*, *supra* note 10, 151 à la p. 168.

-
13. *Mémoire de l'ABC*, *supra* note 11 à a p. 17.
 14. Patrick Macklem, « Canada's Obligations at International Criminal Law? », dans *The Security of Freedom*, *supra* note 10, 353 à la p. 357.
 15. Don Stuart, « The Danger of Quick Fix Legislation in the Criminal Law », dans *The Security of Freedom*, *supra* note 10, 295 à la p. 209.
 16. *Code criminel*, sous-alinéa 718(2)a)i).
 17. « Dans son effort pour maintenir la paix sociale, la société ne se préoccupe pas du mobile de l'accusé, mais seulement de ce qu'il avait l'intention de faire. » *États-Unis d'Amérique c. Dynar* [1997] 2 R.C.S. 462 au para. 81; « L'élément moral d'un crime ne contient ordinairement aucune référence au mobile. » *Lewis c. La Reine* [1979] 2 R.C.S. 821 à la p. 831; voir aussi R. c. Latimer, [2001] 1 R.C.S. 3
 18. « [traduction] Le mobile est généralement non pertinent en droit pénal, sauf à l'étape de la détermination de la peine où il peut être pertinent comme facteur d'aggravation ou d'atténuation. Le fait qu'un accusé ait commis un crime « pour des raisons ou des mobiles purement personnels » ne l'empêche pas d'être coupable d'un crime contre l'humanité si son acte est conforme au modèle des crimes contre l'humanité décrit ci-dessus. » K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford : Oxford University Press, 2001) à la p. 92.
 19. L'article 7 du *Code criminel* met en œuvre les obligations du Canada en vertu de la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, la *Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, la *Convention sur la protection physique des matières nucléaires*, la *Convention internationale contre la prise d'otages*, le *Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale*, la *Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime* et le *Protocole pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité des plates-formes fixes sur le plateau continental*.
 20. Le terme terrorisme est utilisé dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (voir l'alinéa 31(1)c)), mais n'a jamais été défini dans les lois sur l'immigration.
 21. À l'exception, étonnamment, des infractions visées à l'article 7 du *Code criminel* que le Canada a édictées quelque temps avant l'adoption de la *Loi antiterroriste* pour mettre en œuvre les huit conventions contre le « terrorisme » énumérées à la note 18, qui sont réputées des « activités terroristes » et donc des « infractions de terrorisme » par la *Loi antiterroriste*.

-
22. Kent Roach, *September 11 : Consequences for Canada* (Montréal : McGill-Queen's University Press, 2003) à la p. 27.
 23. *Ibid.*
 24. Le *Patriot Act* définit comme suit le terrorisme intérieur : « [traduction] des actes mettant en danger la vie humaine qui constituent une infraction aux lois pénales des États-Unis ou de tout État et qui semblent commis en vue 1) d'intimider ou de forcer une population civile; 2) d'influencer la politique d'un gouvernement par intimidation ou coercition; 3) de modifier la conduite du gouvernement par la destruction massive, l'assassinat ou l'enlèvement... » 18 USC art. 2331 (1) modifié par l'art. 802 du *Patriot Act*. Les actes fédéraux de terrorisme sont définis comme une longue liste d'infractions existantes commises en vue « [traduction] ... d'influencer ou de modifier la conduite du gouvernement par intimidation ou coercition, ou d'exercer des représailles contre la conduite du gouvernement » . 18 USC art. 2332b) modifié par l'art 808 du *Patriot Act*.
 25. Kent Roach, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », dans *The Security of Freedom*, *supra* note 10, 154 à la p. 160.
 26. Au contraire, le *Patriot Act* des États-Unis interdit de fournir un soutien matériel ou des ressources aux terroristes, c'est-à-dire la formation, l'hébergement, des services financiers, des armes, le transport, des actifs matériels (sauf le matériel religieux et les médicaments). 18 USC art. 2339A modifié par l'art. 805 du *Patriot Act*. La loi du Royaume-Uni fait des infractions distinctes de la formation aux armes, de la possession d'articles qui pourraient raisonnablement servir au terrorisme et de la collecte de renseignements aux fins du terrorisme. *Anti Terrorism Act*, 2000 c.11, art. 54, 57 46 58.
 27. Kent Roach, « The New Terrorism Offences and the Criminal Law », dans *The Security of Freedom*, *supra* note 10, 154 à la p. 160.
 28. *Ibid.*
 29. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1999 et signée par le Canada le 19 février 2000.
 30. Lorsque le projet de loi C-36 était à l'étude en 2001, la ministre de la Justice de l'époque, Anne McLellan, et ses fonctionnaires ont affirmé que bon nombre des dispositions du projet de loi étaient nécessaires pour mettre en œuvre les obligations du Canada en vertu de la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*. Voir le témoignage d'Anne McLellan et de M. Donald Piragoff, avocat général principal, Section de la politique en matière de droit pénal, ministère de la Justice, devant le Comité spécial du Sénat sur le projet de loi C-36, le 22 octobre 2001.

-
31. Art. 2.
 32. *Code criminel*, art. 462.37.
 33. David G. Duff, « Charitable status and Terrorist Financing » dans *The Security of Freedom*, *supra* note 10, 321 à la p. 331.
 34. John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge : Harvard University Press, 1971).
 35. Oren Gross, « Cutting Down Trees », dans *The Security of Freedom*, *supra* note 10, 39 à la p. 45. [Oren Gross]
 36. *Cotroni c. La Reine* [1979] 2 R.C.S. p. 256 à la p. 276.
 37. *États-Unis c. Dynar* [1997] 2 R.C.S. 462.
 38. *Deutsch c. La Reine*, [1986] 2R .C.S. 2
 39. Sauf que pour être coupable de meurtre ou de tentative de meurtre, l'accusé qui a aidé ou encouragé le crime doit effectivement l'avoir prévu. *Logan c. La Reine* [1990] 2 R.C.S. 731.
 40. Juge Dennis O'Connor, Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Document de consultation, Examen de la politique, modifié le 14 décembre 2004*, à la p. 6 [Enquête Arar, *Document de consultation, examen de la politique*]
 41. Martin Friedland, « Police Powers in Bill C-36, dans *The Security of Freedom*, *supra* note 9, 269 à la p. 271. Voir le second rapport de la Commission Macdonald, volumes 1 et 2, *La liberté et la sécurité devant la loi* ; troisième rapport, *Certaines activités de la GRC et la connaissance qu'en avait le gouvernement* (Ottawa 1981) [Martin Friedland]
 42. Rapport final du U.S. Senate Select Committee to Study Governmental Operations with respect to Intelligence activities, créé en janvier 1975.
 43. *Martin Friedland*, *supra* note 41 à la p. 271.
 44. *Ibid.*
 45. *Enquête Arar, Document de consultation, Examen de la politique*, *supra* note 40 à la p. 6.
 46. *Mémoire de l'ABC*, *supra* note 11 à la p. 29.
 47. *Goodwin c. The United Kingdom*, Rapport non publié, le 27 mars 1996, numéro de l'arrêt : 16/1994/463/544.

-
48. Echelon est un programme secret, mais en 1996 un livre de Nicky Hager, intitulé *Secret Power : New Zealand's Role in the International Spy Network* (Nelson, Nouvelle-Zélande : Craig Potton Publishing, 1996) a soulevé le voile. Voir aussi Parlement européen, *Report on the existence of a global system for the interception of private and commercial communications (ECHELON interception system)* (2001/2098(INI), Final A5-0264/2001 PAR 1, 11 juillet 2001.
 49. Voir le témoignage du ministre de la Défense nationale, Arther Eggleton, au Comité spécial du Sénat le 25 octobre 2001; voir aussi l'article 273.69 de la *Loi sur la Défense nationale* modifiée par la *Loi antiterroriste*.
 50. Nonobstant l'alinéa 273.64(2)a).
 51. *Martin Friedland, supra*, note 41 à la p. 276.
 52. *Oren Gross, supra* note 35.
 53. Plus précisément, la loi *Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)* de 1922 devenue permanente en 1933 et la loi *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* de 1974 devenue permanente en 1989,
 54. *Oren Gross, supra* note 35 à la p. 48.
 55. Voir Harold H. Koh et John C. Yoo, « Dollar Diplomacy/Dollar Defense : The Fabric of Economics and National Security Law », 26 *Inter'l Lawyer* 715 aux p. 742-46 (1992).
 56. *Oren Gross, supra* note 35 à la p. 49.
 57. *Oren Gross, supra* note 35 à la p. 50
 58. *Oren Gross, supra* note 35 aux p. 50-51.
 59. Voir « The National Emergency Dilemma : Balancing the Executive's Crisis Powers with the Need for Accountability », 52 *S. Cal. L. Rev.* 1453 à la p. 1453 (1979).
 60. *Oren Gross, supra* note 35 à la p. 51.
 61. *Oren Gross, supra* note 35 à la p. 52.
 62. Voir *Korematsu c. United States*, 323 U.S. 214 (1944) (U.S.S.CT.); A.S. Mathews et R.C. Albino, « The Permanence of the Temporary : an Examination of the 90 and 180 Day Detention Laws », 83 *South African Law Journal* 16 (1996) examinant *Rossouw c. Sachs*, 1964 (2) S.A. 551(a). Voir aussi le rapport final de la commission sud-africaine de la vérité et de la réconciliation sur le rôle des

juges et des avocats qui ont permis qu'il se produise des abus à l'époque de l'apartheid.

63. Citation de la page couverture de *An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania*, ouvrage publié sous la direction de Benjamin Franklin et utilisé comme outil de propagande alors que Franklin était en Angleterre pour présenter une requête au roi.