

Les principes de justice fondamentale en matière de sécurité nationale

NATHALIE DES ROSIERS*

L'auteure relève quelques messages-clés du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 : 1) la légitimité du contrôle judiciaire ; et 2) la compétence du pouvoir judiciaire de définir le contenu des principes de justice fondamentale sans décider des questions générales d'intérêt public. Elle évalue ensuite comment ces messages ont été intégrés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en évaluant la réponse du pouvoir judiciaire face au « nouveau » cadre juridique mis de l'avant. Elle soutient que ce nouveau cadre juridique modifie sensiblement le rôle des avocats et des juges, et que les implications de ces changements sont encore mal définies. Selon elle, la question est de savoir si le pouvoir judiciaire doit intégrer les impératifs et la présumée spécificité de la lutte contre le terrorisme aux principes de justice fondamentale, insister sur leur justification en vertu de l'article premier ou encore les rejeter carrément pour forcer le gouvernement à recourir à l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou à réviser sa stratégie. L'auteure fait état des implications pour l'ensemble du système judiciaire et de la confiance des citoyens à l'égard des différentes options et donne à entendre que les principes de justice fondamentale doivent refléter une préoccupation non seulement pour ce qui est des droits de l'inculpé, mais également pour l'intégrité du système judiciaire dans son ensemble et les rôles traditionnels des acteurs de ce système.

The author identifies the key messages in *Re BC Motor Vehicle Act*, [1985] 2 SCR 486: 1) that constitutional judicial review is legitimate; and 2) that the judiciary is competent to define the content of the principles of fundamental justice but must avoid general public interest questions. She then assesses how these messages were integrated in the war against terrorism and its development of a "new" legal regime. She first questions the claim of difference that is made to establish the new legal regime and questions its impact on the roles of judges and lawyers. She then asks how the judiciary should react to the new regime: should it modify the principles of fundamental justice to reflect the alleged specificity of the war against terrorism, should it demand a justification under Section 1? Should it reject it and force the government to either use section 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or abandon its strategy? She reflects on the implications for Canadians' confidence in the judicial system of each option.

* Avocate générale de l'Association canadienne des libertés civiles et professeure titulaire à l'Université d'Ottawa. Anciennement doyenne de la Section de droit civil, Faculté de droit, de l'Université d'Ottawa (2004-2008) et présidente de la Commission du droit du Canada (2000-2004).

Table des Matières

371	I.	INTRODUCTION
372	II.	LES MESSAGES DU <i>RENOI SUR LA MOTORVEHICLE ACT</i>
372	A.	La légitimité du contrôle judiciaire
376	B.	La définition des principes de justice fondamentale
378	III.	LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME ET LES PRINCIPES DE JUSTICE FONDAMENTALE
379	A.	La spécificité terroriste en droit canadien
381	B.	Exemples d'intégration de la spécificité terroriste en droit canadien
	1.	<i>Le secret des procédures</i>
	2.	<i>L'obligation de témoigner</i>
386	IV.	CONCLUSION : LES ENJEUX NON RÉSOLUS

Les principes de justice fondamentale en matière de sécurité nationale

NATHALIE DES ROSIERS

Une loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole les principes de justice fondamentale [...]¹.

Monsieur le juge Lamer, 1985

Le risque que comporte la « guerre contre le terrorisme » n'est pas seulement le préjudice réel que les terroristes peuvent nous causer, mais encore ce que la consternation, la colère, l'anticipation, l'opportunisme ou la dramatisation peut nous amener à faire à nos propres institutions juridiques et politiques².

Monsieur le juge Binnie (en dissidence), 2004

I. INTRODUCTION

Les anniversaires invitent à la réflexion et à une tentative de mesurer les dépassements et les reculs. Ils peuvent également être l'occasion de définir certains projets pour l'avenir. C'est mon propos dans le présent contexte : je tenterai de présenter comment les messages de l'affaire *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* devraient être intégrés dans la lutte contre le terrorisme. Pour ce faire, je procède en deux temps. Tout d'abord, je résume l'essentiel de la pensée du juge Lamer dans l'affaire du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*³. Dans la deuxième partie, j'examine si ce message de confiance et d'habilitation envers l'appareil judiciaire pour définir le contenu de la « justice fondamentale » a été redéfini dans le contexte du terrorisme. Je m'interroge sur les

1 *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 à la p 492, 24 DLR (4^e) 536 [Renvoi avec renvois au RCS].

2 *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42 au para 116, [2004] 2 RCS 248 [Demande].

3 Les propos de Madame la juge Wilson qui rédige une opinion concourante sont également discutés dans le cadre de cet article.

tentatives d'adapter les principes de justice fondamentale à la lutte contre le terrorisme. Finalement, en conclusion, j'offre quelques suggestions quant à certains enjeux problématiques non résolus suite aux transformations en cours.

II. LES MESSAGES DU *RENOI SUR LA MOTORVEHICLE ACT*

La décision dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* est surtout célèbre en raison de l'opinion du juge Lamer⁴ qui affirme que les principes de justice fondamentale ont un contenu non seulement procédural (comme l'avaient laissé entendre les porte-paroles du Ministère de la Justice lors des audiences avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵), mais également un contenu substantif. Cette conclusion dramatique⁶ pouvait suggérer la venue d'une nouvelle ère dans l'interprétation du droit constitutionnel canadien. Je discuterai de la décision en insistant d'abord sur le message de légitimité de l'autorité judiciaire en matière de justice fondamentale et ensuite sur la méthodologie proposée pour définir l'étendue de ces principes.

A. La légitimité du contrôle judiciaire

Tout d'abord, le juge Lamer présente sans ambages un message positif quant à la compétence et la légitimité du pouvoir judiciaire de définir largement les principes de justice fondamentale et rejette les critiques relatives aux dangers de l'activisme judiciaire. Il explique :

Ni avant ni après l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à propos des politiques sous jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution⁷.

Il cite le juge Dickson dans l'arrêt *Amax Potash Ltd c Saskatchewan*⁸ :

Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs [...] mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer

4 La très honorable Beverley McLachlin, « Préface » dans Adam Dodek et Daniel Jutras, dir, *Le feu sacré : l'héritage d'Antonio Lamer (juge en chef du Canada)*, Markham (Ont), LexisNexis, 2009, vii aux pp vii-viii.

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

6 C'est le terme que Jamie Cameron utilise dans Jamie Cameron, « From the *MVR* to *Chaoulli v. Quebec*: The Road Not Taken and the Future of Section 7 » (2006) 34 Sup Ct L Rev (2^e) 105 à la p 110.

7 *Renvoi*, supra note 1 à la p 496.

8 [1977] 2 RCS 576, 71 DLR (3^e) 1 [*Amax Potash* avec renvois aux RCS].

que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs⁹.

Traditionnellement, les opposants à l'« activisme judiciaire » dénoncent l'absence d'imputabilité démocratique et l'incompétence institutionnelle des juges pour décider de questions politiques, économiques ou autres¹⁰. Le raisonnement du juge Lamer tente de minimiser ces inquiétudes. La détermination des principes de justice fondamentale est, selon lui, au cœur de l'expertise judiciaire¹¹. Le système canadien de nomination des juges exige une participation au Barreau de plus de dix ans¹², il n'est donc pas déraisonnable de penser qu'institutionnellement et personnellement les juges ont réfléchi à ce qui est « juste ». Il rejette donc carrément les arguments qui pourraient justifier une attitude timorée à l'égard de l'interprétation de la *Charte*. Il écrit :

Le procureur général de l'Ontario écrit ce qui suit dans son argumentation :

[TRADUCTION] [...] le pouvoir judiciaire n'est ni élu ni responsable envers l'électorat pour le compte et sous l'autorité duquel les politiques sont choisies et mises en œuvre dans les lois du territoire.

C'est un argument qu'on a entendu maintes et maintes fois avant l'enchâssement de la *Charte*, mais qui, en vérité, pour le meilleur ou pour le pire, a été réglé par l'entrée en vigueur même de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. *On doit aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité* [nos italiques]¹³.

9 Renvoi, *supra* note 1 à la p 497, citant Monsieur le juge Dickson dans *Amax Potash*, *supra* note 8 à la p 590.

10 Voir par ex Rory Leishman, *Against Judicial Activism: The Decline of Freedom and Democracy in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2006 ; Alex M Cameron, *Power Without Law: The Supreme Court of Canada, the Marshall Decisions, and the Failure of Judicial Activism*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2009 ch 2 et p 27 ; Kent Roach, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001 aux pp 69 et 175 [Roach, *Supreme Court on Trial*] ; FL Morton et R Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough (Ont), Broadview Press, 2000 ; Sébastien Lebel-Grenier, « La Charte et la légitimation de l'activisme judiciaire » (1999) 20 *Options Politiques* 35 ; Lorraine Eisenstat Weinrib, « The Activism Constitution » (1999) 20 *Options Politiques* 27.

11 Renvoi, *supra* note 1 aux pp 496 et 503.

12 *Loi sur les juges*, LRC 1985, c J-1, art 3(a).

13 Renvoi, *supra* note 1 à la p 497.

Il faut tout d'abord constater que malgré ce ton rassurant et optimiste, la question de la légitimité du contrôle judiciaire n'a pas été résolue définitivement. Le sujet continue d'être au cœur de multiples débats académiques et politiques¹⁴. Néanmoins, le message habilitant à l'égard de la révision judiciaire est basé sur deux prémisses assez simples : 1) les juges sont absolument « compétents » pour comprendre les enjeux de justice ; et 2) l'article 1 et l'article 33 de la *Charte* sont les réponses aux arguments d'absence de légitimité. Puisque les sources d'interprétation des principes de justice fondamentale sont d'expertise judiciaire et puisque le gouvernement a toujours le loisir de présenter une preuve pour expliquer ses choix en vertu de l'article 1 ou carrément d'exclure la révision judiciaire en vertu de l'article 33, l'exercice de ce contrôle judiciaire est légitime et approprié.

Les juges sont en mesure de déterminer si un processus présente des garanties suffisantes d'intégrité pour être « juste ». Depuis des siècles, les tribunaux ont développé des principes pour permettre l'obtention de meilleures décisions qui paraissaient plus « justes ». Le processus judiciaire insiste pour que l'information partagée soit pertinente, assujettie à un examen rigoureux par les personnes concernées par les enjeux de la décision, et que le partage d'information soit encadré de différentes garanties pour minimiser le risque d'erreur¹⁵. Le système judiciaire a également développé l'idée que non seulement justice devait être rendue, mais que les citoyens devaient avoir confiance qu'il en était ainsi et que les apparences de justice devaient être sauvegardées¹⁶. C'est donc à ce titre que seront développés les principes d'indépendance et d'impartialité des décideurs, le principe d'*audi alteram partem*, le droit de comprendre ce qui est reproché, le refus du oui-dire, le droit à une représentation efficace, le droit de contre-interroger, le droit à une défense pleine et entière, le droit à une décision raisonnée et à la publicité des débats ou le droit de ne pas être traité arbitrairement, pour n'en nommer que quelques-uns¹⁷. Les articles 8 à 14 de la *Charte* représentent des exemples d'expression de ces droits, de dire le juge Lamer¹⁸.

14 Voir généralement Grant Huscroft et Ian Brodie, *Constitutionalism in the Charter Era*, Markham (Ont), LexisNexis Butterworths, 2004 ; Luc B Tremblay, « The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislature » (2005) 3:4 Int'l J Const L 617 ; Peter W Hogg, Allison A Bushell Thornton et Wade K Wright, « Charter Dialogue Revisited—Or “Much Ado About Metaphors” » (2007) 45 Osgoode Hall L J 1 [Hogg et al, *Charter Dialogue Revisited*].

15 Voir par ex Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, Ottawa, 2006 à la p 123 [Rapport Arar].

16 *The King v Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256 à la p 259, cité dans *Bande indienne Wewaykum c Canada*, 2003 CSC 45 au para 66, [2003] 2 RCS 259. Voir aussi *Personne désignée c Vancouver Sun*, 2007 CSC 43 au para 32, [2007] 3 RCS 253 ; *Brouillard dit Chatel c La Reine*, [1985] 1 RCS 39 aux pp 52-53, 16 DLR (4^e) 447.

17 Voir par ex Patrice Garant, Philippe Garant et Jérôme Garant, *Droit administratif*, 6^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010 ch VIII et IX ; *R c Malmo-Levine*, 2003 CSC 74 au para 113, [2003] 3 RCS 571 [Malmo-Levine].

18 *Renvoi*, *supra* note 1 à la p 487.

La question de la possibilité que l'article 1 puisse justifier une violation au droit de ne pas être privé de son droit à la vie ou à la liberté sans que les principes de justice fondamentale ne soient observés est controversée depuis vingt-cinq ans¹⁹. Dans son opinion concourante, la juge Wilson suggère qu'il est impossible qu'un choix législatif puisse violer les principes de justice fondamentale et être raisonnable dans une société libre et démocratique :

Toutefois, si la limite au droit garanti par l'art. 7 résulte d'une violation des principes de justice fondamentale, j'estime que l'examen se termine là et que la limite ne peut être maintenue en vertu de l'article premier. J'affirme cela parce que je ne crois pas qu'une limite au droit garanti par l'art. 7, qui a été imposée contrairement aux principes de justice fondamentale puisse être « raisonnable » ni que sa « justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». L'exigence, que l'on trouve à l'art. 7, d'observer les principes de justice fondamentale me semble restreindre le pouvoir du législateur d'imposer des limites au droit garanti par l'art. 7, que lui confère l'article premier. Il ne peut le limiter qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale et, même s'il satisfait à ce critère, il lui reste encore à satisfaire à ceux de l'article premier²⁰.

Cette opinion a beaucoup d'adeptes²¹. Selon moi, l'effet de placer la violation des principes de justice fondamentale au-delà de la justification de l'article 1 a eu l'effet paradoxal de miner les principes de justice fondamentale qui sont maintenant souvent l'occasion d'une réconciliation des objectifs gouvernementaux avec la protection de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne des individus²². L'appareil démocratique perd donc un levier important qui est l'obligation gouvernementale de démontrer et d'expliquer au public (par la voie judiciaire) les choix politiques qui s'offrent. À mon avis, l'approche distincte reprise dans *Charkaoui n° 1* en 2007 est la bonne :

À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il s'agit de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour

19 Voir généralement Peter W Hogg et Allison A Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) » (1997) 35:1 Osgoode Hall LJ 75 aux pp 87-88 [Hogg et Bushell, *Charter Dialogue*] ; Errol P Mendes, « The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1 » dans Gérard-A Beaudoin et Errol P Mendes, dir, *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd, Markham (Ont), Butterworths, 2005 aux pp 132-36.

20 Renvoi, *supra* note 1 aux pp 523-24.

21 Voir par ex Errin Poyner, « Drawing Boundaries: Monitoring Preventive Justice » (1997) 3 Appeal 6 à la p 14 ; Leon E Trakman, William Cole-Hamilton et Sean Gatién, « R v. Oakes 1986-1997: Back to the Drawing Board » (1998) 36:1 Osgoode Hall LJ 83 à la p 132.

22 Voir Thomas J Singleton, « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995) 74:3 R du B can 446 à la p 458.

l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte. Il faut se demander si la procédure est fondamentalement inéquitable envers la personne touchée. Dans l'affirmative, l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est tout simplement pas conforme aux exigences de l'art. 7. *Il faut alors passer à l'étape de l'application de l'article premier de la Charte, à laquelle le gouvernement peut démontrer que la procédure irrégulière est néanmoins justifiée compte tenu, notamment, de l'intérêt public* [nos italiques]²³.

Le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* avait pour objet le contenu substantif des principes de justice fondamentale, et dans cette affaire, la nécessité d'exiger une *mens rea* (une intention coupable) dans le cadre de l'imposition possible d'une peine d'emprisonnement²⁴. Pour le juge Lamer, la structure de la *Charte* milite en faveur d'un refus d'adopter la méthode américaine qui limite la garantie de « due process » à des garanties plus procédurales. Selon lui :

[la] terminologie, [...] théorie et [...] concepts américains [...] sont tous inextricablement liés aux problèmes associés à la nature et à la légitimité des décisions en vertu de la Constitution des États Unis. Dans cette constitution, faut-il le rappeler, on ne trouve ni l'art. 52, ni le contrôle interne des art. 1 et 33. À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions²⁵.

C'est donc la présence des articles 1 et 33 qui permet à l'autorité judiciaire de définir de façon libérale les principes de justice fondamentale²⁶.

B. La définition des principes de justice fondamentale

Les principes de justice fondamentale seront définis au regard de l'expertise judiciaire et sont issus :

de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous

23 *Charkaoui c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9 au para 22, [2007] 1 RCS 350 [Charkaoui n° 1].

24 *Renvoi*, *supra* note 1 à la p 514.

25 *Ibid* à la p 498.

26 Voir Nicholas Daube, « *Charkaoui*: The Impact of Structure on Judicial Activism In Times of Crisis » (2005) 4:2 *JL & Equality* 103 à la p 140 ; Robin Elliot, « "The *Charter* Revolution and the Court Party": Sound Critical Analysis or Blinkered Political Polemic? » (2002) 35:2 *UBC L Rev* 271 aux pp 290 et 295 ; Roach, *Supreme Court on Trial*, *supra* note 10 à la p 69.

ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en « la dignité et la valeur de la personne humaine » (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en « la primauté du droit » (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*)²⁷.

Le juge Lamer ajoute : « En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire »²⁸.

Une méthodologie pour déterminer si un principe juridique est un principe de justice fondamentale est alors proposée. Il s'agira d'analyser « la nature, [l]es sources, [...] la raison d'être et [le] rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause »²⁹. Plus loin :

En conséquence, on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7³⁰.

Dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (PG)*³¹, la Juge en chef McLachlin résume ainsi ce mode d'interprétation :

La jurisprudence relative à l'art. 7 a établi qu'un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions [...]. Premièrement, il doit s'agir d'un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D'une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 »; d'autre part, elle évite « de trancher des questions de politique générale ». [...] Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d'un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » [...]. Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui

27 Renvoi, *supra* note 1 à la p 503.

28 *Ibid.* Le même langage se retrouve à la p 512 de la décision :

{i}ls représentent des principes reconnus, en vertu de la common law, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la Charte, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.

29 *Ibid.* à la p 513.

30 *Ibid.*

31 2004 CSC 4, [2004] 1 RCS 76.

sous-tendent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l'État. La société les juge essentiels à l'administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois conditions, il y a notamment la nécessité d'une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires³².

La jurisprudence³³ requiert donc qu'un principe de justice fondamentale soit : 1) un principe juridique ; 2) le fruit d'un consensus suffisant quant à son caractère primordial dans notre notion de justice ; et 3) qu'il ait suffisamment de précision et de prévisibilité. Il s'agit, pour reprendre les propos du juge Lamer, de déterminer si un précepte est d'importance pour le système juridique ou seulement pour l'ordre public en général³⁴. La dignité de la personne humaine et la primauté du droit sont au cœur de l'identification de ces principes de justice fondamentale.

Après cet exposé sur la nature de l'équilibre constitutionnel, le juge Lamer conclut que les principes de justice fondamentale requièrent l'existence d'une *mens rea* (l'intention coupable) pour imposer l'emprisonnement³⁵. En 2011, la question se pose s'ils requièrent également l'*actus reus* (l'acte coupable).

III. LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME ET LES PRINCIPES DE JUSTICE FONDAMENTALE

Vingt-cinq ans après le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, il est ironique de mesurer l'effet de ce message dans le contexte des développements en matière de sécurité nationale. L'aspect révolutionnaire du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* était d'aller au-delà de la justice procédurale, alors qu'en 2011, on voudrait bien s'assurer qu'un minimum de justice procédurale soit maintenu dans le contexte de la lutte contre le terrorisme !

Les efforts de la lutte contre le terrorisme ont été articulés dans un cadre de différence entre cette lutte et les objectifs du régime pénal, en accentuant ces différences pour justifier des procédures moins contraignantes pour les autorités³⁶. Dix ans plus tard, on peut se demander si l'argument de la différence est davantage une question de degré, de ressources ou de collaboration institutionnelle que de nature. Il y a trois façons de répondre à la présumée spécificité du terrorisme :

32 *Ibid* au para 8.

33 *Ibid*. Voir aussi *Malmo-Levine*, *supra* note 17 au para 113 ; *Rodriguez c Colombie-Britannique (PG)*, [1993] 3 RCS 519 aux pp 590-91, 107 DLR (4^e) 342.

34 *Renvoi*, *supra* note 1 à la p 503.

35 *Ibid* aux pp 515-16.

36 *Loi antiterroriste*, LC 2001, c 41 [*Loi antiterroriste*].

a) on peut procéder à une intensification des activités d'enquête ou de collecte de renseignements des services policiers (y inclut une meilleure formation, une augmentation des ressources et davantage de coordination) sans modifier le cadre juridique ; b) on peut déclarer une situation d'urgence de manière à s'exempter du cadre juridique normal ; ou c) on peut tenter de définir un « nouveau » cadre juridique³⁷. En d'autres termes, la lutte contre le terrorisme peut prendre deux formes : on peut décider d'investir dans la recherche des preuves de terrorisme ou, à l'inverse, tenter de minimiser la nécessité d'obtenir des preuves (et créer un régime juridique pour justifier cette diminution des exigences).

Le dilemme est souvent que certains services de sécurité présentent les garanties constitutionnelles, telles que l'exigence de mandats, les limites sur les pouvoirs d'arrestation, la protection contre la torture ou l'incrimination et l'absence de coercition comme des entraves à l'efficacité de leur action³⁸. Ils insistent pour une diminution des garanties constitutionnelles afin de permettre une action plus flexible et efficace. Dix ans après le 11 septembre 2001, il n'est toujours pas clair quels aspects du régime traditionnel nuisent vraiment à l'efficacité policière et quels autres aspects de la justice fondamentale sont nécessaires au maintien d'un régime crédible et efficace³⁹. Quels accommodements sont vraiment appropriés ? Quels sont les risques de minimiser les garanties juridiques de manière à causer des injustices individuelles (comme les cas maintenant bien connus d'*Arar*⁴⁰ ou d'*Abdelrazik*⁴¹), mais aussi à développer une culture d'impunité ou une perte de confiance dans les services policiers ou même dans le système judiciaire ?

A. La spécificité terroriste en droit canadien

Il est clair que le Canada n'a pas opté pour la déclaration d'urgence. Comme le notent les juges Arbour et Iacobucci dans la *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)* :

Le gouvernement du Canada a choisi notamment d'édicter des dispositions législatives particulières touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle, plutôt que de recourir à des pouvoirs exceptionnels comme ceux conférés par la *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. 1985, ch. 22 (4^e suppl.), ou d'invoquer la disposition de dérogation contenue à l'art. 33 de la *Charte*⁴².

37 Kent Roach, « Defining Terrorism: The Need for a Restrained Definition » dans Nicole LaViolette et Craig Forcese, dir, *The Human Rights of Anti-terrorism*, Toronto, Irwin Law, 2008, 97 aux pp 97, 102.

38 Charkaoui n^o 1, *supra* note 23 au para 93.

39 Lorne Waldman, « Guarding Individual Rights in Cases Involving National Security » dans Nicole LaViolette et Craig Forcese, dir, *The Human Rights of Anti-terrorism*, Toronto, Irwin Law, 2008, 203 à la p 206.

40 Voir *Rapport Arar*, *supra* note 15.

41 *Abdelrazik c Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 RCF 267.

42 *Supra* note 2 au para 39.

Certainement, une intensification des efforts de collecte de renseignements a eu lieu, mais on a également voulu développer un nouveau cadre juridique⁴³. Logiquement, on pourrait penser que seules les mesures liées directement à la spécificité terroriste pourront justifier un refus d'observer les règles ordinaires. De quelle manière la lutte contre le terrorisme est-elle vraiment différente de la lutte contre le crime organisé, la pornographie juvénile, la violence faite aux femmes, la fraude fiscale, les tueurs en série, les crimes environnementaux ou mettant en danger la sécurité des travailleurs ? Peu importe le critère choisi, que ce soit l'existence de réseaux internationaux, difficilement identifiables, ayant le potentiel de tuer un grand nombre de personnes, ou le contexte de coercition des membres, des analogies sont facilement identifiables : le crime organisé se déploie par la voie de réseaux internationaux, la pornographie juvénile est internationale et insidieusement cachée, les désastres environnementaux ou miniers peuvent affecter un grand nombre de personnes. Les terroristes sont prêts à donner leur vie pour la cause, et ne seront pas dissuadés par le régime pénal, mais les sociopathes ne sont pas facilement dissuadés non plus. Malgré tous les rapprochements qui peuvent être faits, l'argument de la spécificité a triomphé et a justifié le développement d'un « nouveau » modèle. L'envergure du risque, dit-on, justifie une approche différente⁴⁴.

La question qui me préoccupe est de déterminer si ce « nouveau » cadre juridique doit être légitimé par une adaptation des principes de justice fondamentale, par l'exercice de justification prévu à l'article 1 de la *Charte*, ou carrément rejeté pour obliger l'utilisation de l'article 33 de la *Charte* ou son abandon par les autorités politiques. Il est encore trop tôt pour en arriver à une conclusion : le dialogue⁴⁵ entre la branche judiciaire et le législateur se poursuit. Néanmoins, on peut avancer certaines conclusions.

Je procède en deux temps : tout d'abord, je revois les assises du nouveau cadre juridique de lutte au terrorisme. Je mesure ensuite la réponse judiciaire à ce nouveau cadre, notant qu'à l'exception de l'arrêt *Charkaoui* n° 1⁴⁶, les tribunaux ont accepté de modifier le rôle des avocats et des juges, et d'intégrer la spécificité de la guerre contre le terrorisme au sein des principes de justice fondamentale, plutôt que de critiquer les choix législatifs.

43 *Ibid* au para 41. Voir aussi Alysia Davies, « Invading the Mind: The Right to Privacy and the Definition of Terrorism in Canada » (2006) 3:1 UOLTJ 249 à la p 296 ; Steven Penney, « National Security Surveillance in an Age of Terror: Statutory Powers & Charter Limits » (2010) 48:2 Osgoode Hall LJ 247 à la p 248.

44 Voir par ex *Ruby c Canada*, 2002 CSC 75, [2002] 4 RCS 3. Voir aussi David M Paciocco, « Principled Secrets in an Age of Terror: International Obligations and the Canadian Experience with the Principle of Presumed Access » dans Nicole LaViolette et Craig Forcese, dir, *The Human Rights of Anti-terrorism*, Toronto, Irwin Law, 2008, 261 aux pp 290-91.

45 Voir par ex *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493 aux pp 565-66, 156 DLR (4^e) 385 ; *R c Mills*, [1999] 3 RCS 668 à la p 711, 180 DLR (4^e) 1 ; *Little Sisters Book and Art Emporium c Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69 au para 268, [2000] 2 RCS 1120. Voir aussi Hogg et Bushell, *Charter Dialogue*, *supra* note 19 et Hogg et al, *Charter Dialogue Revisited*, *supra* note 14.

46 *Charkaoui* n° 1, *supra* note 23.

B. Exemples d'intégration de la spécificité terroriste en droit canadien

Le « nouveau » modèle juridique préconisé par la *Loi antiterroriste*⁴⁷ aspire à prévenir et punir les infractions de terrorisme, et surtout à prévenir et « supprimer [...] la préparation et la commission d'actes de terrorisme [nos italiques] »⁴⁸. Il s'agit d'une redéfinition du danger et de l'application des pouvoirs coercitifs de l'État. Dorénavant, les personnes ne sont plus arrêtées, détenues, jugées et punies pour ce qu'elles ont fait, pour des actes perpétrés, mais bien pour leurs pensées, opinions politiques, et pour des actes envisagés : elles sont arrêtées parce qu'elles ont la *mens rea* sans la nécessité de l'*actus reus*. De cette transformation de la conception même des pouvoirs coercitifs de l'État découlent un grand nombre de modifications au droit canadien : la définition expansive du « terrorisme », la possibilité de détention préventive, la communication accrue de renseignements entre pays, etc. Quelques caractéristiques de cette action étatique ont été revues par les tribunaux : le secret des procédures et l'obligation de témoigner⁴⁹.

1. Le secret des procédures

Le secret de la preuve et des procédures est l'aspect le plus utilisé de la lutte contre le terrorisme au Canada⁵⁰. Il est soutenu que le secret national en matière de renseignements relatifs au terrorisme protège contre l'atteinte à certains intérêts de l'État : il vise la protection d'une source confidentielle, la divulgation que certaines personnes sont la cible d'enquête par le Service du renseignement et les relations internationales du Canada⁵¹.

À première vue, ce secret viole deux des principes de justice fondamentale traditionnels : le droit du public à la publicité des débats et le droit à une défense pleine et entière. La résolution du problème est faite par l'établissement de la procédure en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁵² qui impose une bifurcation du processus criminel afin de réserver l'évaluation de la preuve secrète à certains juges de la Cour fédérale. Dans *R c Ahmad*⁵³ et dans *Charkaoui n° 1*⁵⁴, la Cour suprême reconnaît que le secret des procédures met en péril le droit d'un individu de connaître ce qui lui est reproché, ainsi que son droit à une défense pleine

47 *Loi antiterroriste*, *supra* note 36.

48 *Ibid*, préambule.

49 Voir *Charkaoui n° 1*, *supra* note 23 ; *Harkat (Re)*, 2009 CF 59, [2009] 4 RCF 528 ; *R v Khawaja*, 2010 ONCA 862, 103 OR (3^e) 321 ; *Canada (PG) c Khawaja*, 2007 CAF 388, [2008] 4 RCF 3 [Khawaja, CAF], autorisation de pourvoi à la CSC refusée 32397 (3 avril 2008), [2008] 1 RCS ix ; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 RCS 332 ; *R c Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 RCS 110 [Ahmad] ; *Charkaoui c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 RCS 326 [Charkaoui n° 2].

50 *Loi antiterroriste*, *supra* note 36, art 34.

51 *Charkaoui n° 1*, *supra* note 23 au para 58.

52 LRC 1985, c C-5, art 38, modifiée par la *Loi antiterroriste*, *supra* note 36, art 43.

53 *Ahmad*, *supra* note 49.

54 *Charkaoui n° 1*, *supra* note 23.

et entière. Dans *Charkaoui* n° 1⁵⁵, elle invalide le schéma législatif qui sera modifié pour permettre la création d'avocats spéciaux. Dans *Charkaoui* n° 2⁵⁶, elle critiquera la politique de destruction des notes du Service du renseignement.

Dans *R c Ahmad*, la Cour impose au juge du procès le devoir de veiller à ce que les droits de l'accusé soient protégés : insatisfait de la non-divulgence, un juge peut arrêter les procédures contre un accusé (une approche à la « tout ou rien »). La Cour s'exprime ainsi :

Le juge Dawson [le juge du procès] n'a pas été privé du pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* soulevées par l'ordonnance de non-divulgence. Il est vrai que les dispositions en cause privent le juge du procès de la possibilité d'ordonner la divulgation, et même de la possibilité d'examiner personnellement les renseignements écartés en vertu de l'art. 38, mais il n'en conserve pas moins—malgré l'absence d'accès à ces renseignements—la possibilité d'ordonner, en vertu de la *Charte* et de l'art. 38.14, toute mesure nécessaire pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Lorsqu'il a adopté l'art. 38 de la *LPC*, le législateur savait que, en limitant le pouvoir du juge du procès d'ordonner la divulgation, il ouvrait la voie à l'imposition d'une mesure plus draconienne que ce qui pourrait autrement être justifié. Il a choisi, à l'art. 38.14, d'accepter cette possibilité en prévoyant expressément, en pareilles circonstances, l'arrêt des procédures⁵⁷.

Ailleurs :

Néanmoins, selon l'interprétation que nous faisons de l'art. 38, l'effet net est le suivant : les secrets d'État seront protégés lorsque le procureur général du Canada juge vital qu'ils le soient, avec cependant pour résultat que, s'il se voit refuser les moyens de présenter une défense pleine et entière et si, de l'avis du juge, des mesures moindres ne sauraient suffire à garantir un procès équitable, l'accusé sera libre. Tout en insistant sur cette protection essentielle du droit de l'accusé à un procès équitable, nous signalons par ailleurs que, malgré les critiques sérieuses formulées à l'égard du fonctionnement de ces dispositions, elles permettent une *souplesse considérable du point de vue de la conciliation des droits de l'accusé et de la nécessité pour l'État d'empêcher la divulgation de renseignements* [nos italiques]⁵⁸.

55 *Ibid.*

56 *Charkaoui* n° 2, *supra* note 49.

57 *Ahmad*, *supra* note 49 au para 68.

58 *Ibid* au para 7.

La Cour reconnaît néanmoins que le régime de l'article 38, « en particulier le partage des responsabilités qui y est établi entre la Cour fédérale et les cours criminelles des provinces, soulève bon nombre de difficultés pratiques et juridiques »⁵⁹, mais conclut à sa constitutionnalité.

Notons ici trois implications pour le système judiciaire. Tout d'abord, mentionnons la création d'un nouvel ordre d'avocats, les avocats spéciaux dont les responsabilités éthiques sont encore mal définies. Le sujet mérite un traitement qui dépasse le présent article, mais on peut noter que les tribunaux reconnaissent que la séparation entre client et avocat, et la création d'un intermédiaire pose des dangers pour le droit à la représentation⁶⁰. De plus, lorsque d'autres solutions « flexibles et souples » sont développées, comme les accords de non-divulgence avec les représentants des accusés, des problèmes peuvent surgir. Dans *R c Basi*⁶¹, par exemple, la Cour reconnaît que même dans le cas où le client a consenti à un accord de non-divulgence entre lui et son avocat, ces accords mettent « à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s'établir entre eux et leurs clients accusés »⁶².

De nouvelles questions éthiques se posent parce que dans certains cas, il pourrait y avoir conflit entre le devoir de défendre au mieux les intérêts du client et celui de respecter l'engagement à l'égard des renseignements protégés⁶³. L'élaboration d'un « nouveau » cadre juridique doit se comprendre dans le contexte où le système judiciaire est une sorte d'écosystème, où l'ensemble des règles contribue à un certain équilibre. L'élimination de certaines garanties ne peut se faire sans heurts et sans difficultés. L'incorporation du secret dans un cadre de transparence attendue pose des difficultés qui n'ont pas toutes été envisagées.

Deuxièmement, le résultat de *Ahmad* est d'imposer une responsabilité énorme sur le juge qui se voit chargé de possiblement mettre fin à des procédures d'infraction de terrorisme dans un contexte où le public pourra mal comprendre ce qui se passe en raison du secret entourant les procédures⁶⁴. Il se peut fort bien que le tribunal hésite à arrêter les procédures. Encore une fois, bien que les tribunaux soient habitués de protéger la présomption d'innocence et de libérer des inculpés dans le cadre de vices de procédure, ils peuvent être préoccupés par des perceptions de sécurité publique et errer dans le sens de minimiser l'effet de la non-divulgence pour éviter de libérer un « terroriste »⁶⁵.

Finalement, notons que l'approche judiciaire s'inquiète essentiellement des droits de l'accusé, ignorant ainsi un autre aspect de la justice fondamentale qui

59 *Ibid* au para 3.

60 *Ibid* aux paras 47-49.

61 2009 CSC 52, [2009] 3 RCS 389 [*Basi*].

62 *Ibid* au para 45.

63 Voir Barreau du Haut-Canada, *Code de déontologie*, Toronto, BHC, 2000, r 2.01(2), 2.02(1).

64 *Ahmad*, *supra* note 49 au para 68. Voir aussi Kent Roach, « Ten Ways to Improve Canada's Anti-Terrorism Law » (2006) 51 *Crim L Q* 102 aux pp 115-16.

65 Voir généralement *Khawaja*, CAF, *supra* note 49 ; *Canada (PG) c Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 RCF 33.

est le droit du public à la publicité des débats. À mon avis, l'approche préconisée ignore l'effet sur la confiance du public dans ses institutions dans un cadre où les procédures sont secrètes. Le recours au secret peut être abusé et il se peut qu'une approche moins draconienne amène des bénéfices pour la compréhension du public, ainsi que la transparence et l'imputabilité des services policiers et du Service canadien du renseignement de sécurité. Il est intéressant que l'effet plus subtil mais plus généralisé et global sur la santé de notre système judiciaire soit rarement discuté. L'intégration de la spécificité terroriste dans le cadre des principes de justice fondamentale semble se faire par une transformation du rôle des acteurs, avec peu de demandes de justification ou réflexion auprès des gouvernements quant aux effets à long terme de ces changements ou même des répercussions sur la confiance du public dans ses institutions ou l'imputabilité des services de sécurité. On voit rarement l'accroissement des pouvoirs policiers s'accompagner du développement de mécanismes additionnels d'imputabilité. L'acceptation des changements de rôles qui s'est faite n'a pas insisté pour une justification additionnelle au niveau de l'article 1 dans le cadre duquel des demandes de mécanismes correctifs et évaluatifs peuvent être faites.

En conclusion, en ce qui a trait au secret des procédures, l'approche des tribunaux est sympathique à une intégration de la spécificité terroriste dans le cadre des principes de justice fondamentale qui sont redéfinis pour préserver principalement le droit des accusés d'être traités équitablement et font peu de place aux enjeux de protection de l'intégrité du système judiciaire généralement, de l'effet sur la confiance du public ou sur les régimes d'imputabilité des services policiers et de sécurité. L'article 1 est peu utilisé et l'« expertise judiciaire », célébrée dans le *Renvoi*, est interpellée pour inventer de nouveaux rôles pour les acteurs du système. Une même approche se retrouve dans le contexte des procédures exceptionnelles allant à l'encontre du droit fondamental de ne pas s'auto-incriminer ou de ne pas collaborer avec la police.

2. L'obligation de témoigner

Dans l'affaire de la *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*⁶⁶, la Cour suprême accepte la constitutionnalité de procédures spéciales et exceptionnelles qui permettent d'assigner à témoigner devant un tribunal une personne qui serait en possession de renseignements qui sont jugés utiles :

Nous concluons que l'indépendance judiciaire n'est pas compromise en l'espèce. Selon une interprétation large et téléologique, l'art. 83.28 exige que le juge agisse « de façon judiciaire », conformément aux normes constitutionnelles et au rôle traditionnel que le pouvoir judiciaire joue en matière criminelle⁶⁷.

⁶⁶ *Demande*, *supra* note 2.

⁶⁷ *Ibid* au para 89.

Elle exprime néanmoins des inquiétudes quant aux implications de ces transformations :

Nous réitérons la conclusion [...] selon laquelle il est difficile de prévoir toutes les difficultés qu'une telle ordonnance risque de présenter. Par conséquent, il y a lieu de reporter à une autre occasion la réponse à cette question et de laisser la profession juridique en débattre afin que les conditions prescrites par un tribunal puissent dûment tenir compte des normes déontologiques et des meilleures façons de procéder en ce qui concerne la participation des avocats⁶⁸.

Peut-être est-il approprié de demander davantage des gouvernements dans ce contexte ? Doit-on laisser à plus tard la question de déterminer les répercussions éthiques et déontologiques d'une nouvelle fonction ? Aurait-il été de mise d'exiger, dans le cadre d'une justification en vertu de l'article 1 de la *Charte* par exemple, que le gouvernement explique et clarifie comment ce nouveau mécanisme allait s'intégrer dans le cadre du droit actuel ? Il se peut fort bien que le gouvernement n'ait pas été en mesure de répondre et doive retourner à la table de travail comme il y a été invité dans *Charkaoui n° 1*. N'est-ce pas une solution plus adéquate ?

Il est intéressant de noter également que la Cour ajoute des éléments de protection à l'article 83.28 du *Code criminel*⁶⁹ pour en assurer sa constitutionnalité dans un contexte d'immigration et de déportation. Elle le fait encore sans renvoyer la question au Parlement, présumant que les ajouts suggérés seront reconnus et pris en compte⁷⁰. Cela ne contribue pas à la transparence du droit.

De ces décisions, je suggère quelques conclusions. D'abord, bien qu'il y ait encore des débats judiciaires, il faut conclure que les tribunaux canadiens ont en grande partie accepté la spécificité terroriste et reconnu la constitutionnalité de procédures extraordinaires, des violations du droit à la publicité des débats, du droit de ne pas être contraint de collaborer avec la police et du droit de connaître les allégations précises auxquelles on doit répondre. Pour préserver certains principes de justice fondamentale, les tribunaux ont développé de nouveaux rôles pour les juges et les avocats. Ils n'ont pas exigé l'utilisation de l'article 33 de la *Charte* pour effectuer ces transformations et n'ont pas souvent demandé de justification en vertu de l'article 1. Ils ont défini de façon étroite les principes de justice fondamentale, les confinant à la protection des droits de l'accusé et ne s'interrogeant pas beaucoup sur l'effet de ces transformations sur les droits du public ou l'effet sur la confiance envers l'appareil judiciaire. Cette redéfinition des principes de justice fondamentale

68 *Ibid* au para 104.

69 *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 83.28, modifié par la *Loi antiterroriste*, *supra* note 36, art 4.

70 *Demande*, *supra* note 2 aux paras 78-79.

a peut-être eu des effets néfastes pour l'appareil judiciaire canadien. L'histoire n'est pas terminée et l'on peut penser que l'avenir pourra permettre de mieux comprendre les enjeux d'équilibre constitutionnel⁷¹.

La justice substantive est minée lorsqu'il n'y a pas de justice procédurale⁷². Le nouveau cadre juridique mis en place pour lutter contre le terrorisme transforme le rôle des acteurs. Il semble ne pas miser sur l'investissement dans la recherche de la preuve, mais davantage sur la création de procédures spéciales, qui soit minimisent l'exigence de preuve ou encore immunisent cette preuve contre des processus transparents d'évaluation. Des processus crédibles doivent être mis en place non seulement pour éviter que des personnes innocentes soient incarcérées, mais également donner confiance que le processus est équitable et que des personnes (témoins, parents ou collaborateurs) peuvent collaborer avec la police, si elles le désirent, et être rassurées qu'aucune injustice n'est commise en leur nom.

Une évaluation des décisions judiciaires depuis les derniers dix ans montre bien comment l'appréciation du rôle de l'article 1 de la *Charte* et ses bénéfices ont été minimisés. Le processus de l'article 1 est en fait un droit à une rationalité législative, le droit d'être assujetti à des lois qui sont raisonnables, soutenues par une preuve et non motivées par des préoccupations électoralistes ou pour des motifs ultérieurs⁷³. Il ne s'agit pas d'être naïf et de penser que des motifs électoraux ou symboliques ne justifient pas la promulgation de certaines lois ; néanmoins, il faut éviter que des mesures populaires, mais qui sont discriminatoires ou excessives se trouvent immunisées d'examen. La *Charte* nous protège tous contre nous-mêmes et contre nos excès de zèle.

IV. CONCLUSION

À l'occasion du 25^e anniversaire de la décision dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, il est important de réfléchir sur la pérennité des messages-clés de la décision. Célèbre pour avoir reconnu un contenu substantif aux principes de justice fondamentale et avoir symboliquement affirmé la légitimité du contrôle judiciaire, ses enseignements se sont peut-être perdus dans la lutte contre le terrorisme. Cette lutte, caractérisée par une réclamation de différence et de singularité, semble avoir transformé les « principes de justice fondamentale ». Leur contenu non pas substantif mais procédural a été diminué et le rôle des acteurs du système judiciaire a été modifié. Il faut reconnaître que les répercussions de ces transformations sont encore mal comprises et que les débats se poursuivent.

71 Kent Roach, « The Role and Capacities of Courts and Legislatures in Reviewing Canada's Anti-Terrorism Law » (2008) 24 Windsor Rev Legal Soc Issues 5 à la p 56.

72 Voir *Renvoi*, *supra* note 1 aux pp 530-31.

73 Voir par ex Denise Réaume, « The Relevance of Relevance to Equality Rights » (2006) 31:2 Queen's LJ 696 à la p 721 ; R c Oakes, [1986] 1 RCS 103 à la p 141, 26 DLR (4c) 200.

Certaines décisions, comme l'affaire de la *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*⁷⁴, ou *R c Ahmad*⁷⁵, transforment le rôle du juge plutôt que d'invalider ou de critiquer le choix législatif. À l'inverse, l'affaire *Charkaoui n° 1*⁷⁶ reflète une approche certes sensible aux intérêts de la sécurité publique (la déclaration d'invalidité étant suspendue pour donner le temps aux correctifs d'être apportés), mais elle exige un nouvel examen par le législateur de ses choix rapides et catégoriques faits en 2001. À mon avis, le retour dans *Ahmad* à une acceptation peu critique du modèle, même dans un contexte où les répercussions sont mal connues et comprises, doit être revu.

Cette tendance de ne pas exiger de preuve de la spécificité terroriste en vertu de l'article 1 de la *Charte* et de transformer le rôle des acteurs pour compenser les injustices possibles est dangereuse. L'analyse judiciaire du « nouveau » modèle juridique a procédé comme si la spécificité terroriste était de connaissance et de compétence judiciaire et ne nécessitait aucune preuve de son existence. Plutôt que d'insister pour une démonstration justifiable en vertu de l'article 1, ou encore d'une déclaration en vertu de l'article 33 de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont en général accepté de tempérer les principes de justice fondamentale pour tenir compte de la spécificité terroriste. À mon avis, cela ignorait peut-être les enseignements du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* : est-ce que la spécificité terroriste est de connaissance judiciaire ou est-elle d'ordre public? Est-elle de l'essence de déterminer ce qui est « juste » et approprié pour la crédibilité du système judiciaire, ou le fruit d'un choix politique? Est-il temps de forcer le législateur à démontrer que cette spécificité justifie un cadre juridique différent et de bien expliquer les répercussions du modèle qui semblent encore peu comprises et difficiles à cerner?

74 *Demande*, *supra* note 2.

75 *Ahmad*, *supra* note 49.

76 *Charkaoui n° 1*, *supra* note 23.

