



Mémoire au sujet du projet de loi C-3 26 novembre 2007

A. INTRODUCTION

Le projet de loi C-3 représente la réponse du gouvernement au jugement récent de la Cour suprême du Canada concernant les certificats de sécurité (*Charkaoui*)¹, qui a déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), notamment en ce qui a trait à la non-divulgence des renseignements sur lesquels repose la décision de détenir ou de renvoyer une personne en vertu d'un certificat de sécurité. La Cour a statué que la non-divulgence de renseignements, ou l'usage de « renseignements secrets », constitue une violation de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, qui garantit à chacun « le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » et précise qu'il « ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

Le Conseil canadien pour les réfugiés croit que :

- La réponse du Canada à des menaces potentielles à la sécurité devrait se fonder sur un engagement sans réserves à respecter les droits de la personne et ne devrait pas reposer sur des distinctions entre citoyens et non-citoyens.
- L'usage de renseignements secrets constitue une grave menace aux principes de justice fondamentale. En conséquence, il faut limiter au strict minimum tout usage de renseignements secrets, et offrir un maximum de garanties à toute personne dont les droits sont en jeu. Si les garanties sont insuffisantes pour permettre à la personne intéressée de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre, les renseignements secrets ne doivent pas être utilisés.
- Le régime des certificats de sécurité devrait être aboli.
- Les possibilités d'usage de renseignements secrets dans d'autres procédures d'immigration (en vertu de l'art. 86) sont beaucoup plus nombreuses que sous le régime des certificats de sécurité, et les mesures de protection des droits sont minimales. Cet aspect du projet de loi C-3 n'a pas reçu l'attention qu'il mérite.
- Le Canada doit prendre au sérieux ses obligations de protéger les non-citoyens contre le renvoi vers des pays où ils risquent la persécution ou la torture. Il faut modifier la loi à cet égard de manière à la rendre conforme aux instruments internationaux relatifs aux droits de la personne auxquels le Canada est partie.

¹ *Charkaoui c. Canada* (Citoyenneté et Immigration), 2007 C.S.C. 9, 23 février 2007.

B. PRÉOCCUPATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL

1. Besoin d'une stratégie axée sur des poursuites au criminel

En proposant le projet de loi C-3, le gouvernement canadien privilégie le renvoi en vertu de la loi sur l'immigration plutôt que les poursuites criminelles. Or, il a tort, et ce, pour plusieurs raisons :

- Les procédures d'immigration n'offrent pas aux personnes visées les mêmes garanties procédurales que le système de justice pénale.
- Une des grandes différences est que la norme de preuve est beaucoup moins élevée dans bon nombre de ces procédures que dans des poursuites au criminel (« motifs raisonnables de croire » par rapport à « preuve hors de tout doute raisonnable »). Il est souvent difficile pour une personne innocente de se défendre contre des accusations fondées sur des « motifs raisonnables de croire ». En outre, les procédures d'immigration, dont la délivrance d'un certificat de sécurité, reposent sur une définition extrêmement vaste de l'interdiction de territoire pour raison de sécurité, qui englobe des associations qui ne contreviennent à aucune loi².
- La *Loi sur la preuve au Canada* permet maintenant l'usage de renseignements « secrets » au cours d'un procès³, si bien que le gouvernement ne peut prétendre qu'il a besoin de recourir à des procédures d'immigration à seule fin d'éviter d'avoir à divulguer certaines preuves.
- Les procédures d'immigration ne visent que les non-citoyens. Or, les citoyens peuvent eux aussi poser une menace pour la sécurité du pays. Le recours à ces procédures n'est donc pas à la mesure du danger dont il est censé nous protéger. Cette stratégie est également discriminatoire puisqu'elle s'applique à certaines personnes seulement, et non à d'autres.
- Les procédures d'immigration ne tiennent pas compte du caractère international des menaces pour la sécurité. Cette approche se fonde sur l'idée que la menace est circonscrite au Canada seulement, alors que la logique et les renseignements dont on dispose aujourd'hui indiquent le contraire⁴. En faisant appel à ces procédures, on fait fi de notre responsabilité de limiter les risques de violence. C'est l'attitude « pas dans ma cour ». On se débarrasse d'une personne qui pourrait présenter un risque pour la sécurité du Canada, sans se soucier que cette personne, une fois expulsée du Canada, puisse continuer de fomenter des actes de violence contre le Canada ou une autre cible.
- Le recours aux procédures d'immigration empêche la tenue d'une enquête policière normale, un moyen essentiel de lutte contre la criminalité. Quand on soupçonne des activités criminelles, on procède ordinairement à une enquête en vue de recueillir suffisamment de preuves tangibles pour intenter des poursuites, le cas échéant. Or, les affaires renvoyées à l'immigration en raison de soupçons échappent à l'attention de la police, et les preuves tangibles qui pourraient

² Par exemple, une personne peut être jugée interdite de territoire non seulement pour s'être livrée à des actes terroristes, mais pour être membre d'une organisation qui est, a été ou sera l'auteur d'actes terroristes. *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [LIPR], art. 34.

³ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 37-38. Cette disposition faisait partie de la *Loi antiterroriste* de 2001, chapitre 41, art. 43. Ces modifications soulèvent des problèmes et ont été critiquées par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Voir ci-dessous, note 22.

⁴ Voir la Chambre des lords du R.-U., *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department Intérieur*, « *Belmarsh* », [2004] UKHL 56, décembre 2004, par. 33 et 44.

contribuer à prévenir des actes de violence et mener à des poursuites risquent dans ces cas de ne jamais être mises au jour⁵.

- Le Canada est tenu, au titre de ses obligations internationales, d'intenter des poursuites contre les auteurs d'actes terroristes⁶.
- Le renvoi des personnes soupçonnées d'avoir des liens avec des activités terroristes est susceptible dans bien des cas d'exposer ces personnes à un grave risque de torture, ce qui constitue une violation de l'obligation du Canada de ne pas envoyer quiconque à la torture, conformément à la Convention contre la torture. Lorsque des personnes sont renvoyées dans des pays qui pratiquent la torture, les allégations formulées par le Canada quant à l'existence de liens avec des activités terroristes attirent l'attention des autorités dans ces pays et font encourir aux personnes renvoyées de graves risques d'être torturées⁷.
- L'utilisation de certificats de sécurité entraîne des périodes de détention prolongées de durée indéterminée. Il en va souvent également ainsi dans le contexte d'autres procédures d'immigration employées pour renvoyer des gens sur le fondement d'une interdiction de territoire pour cause de sécurité. Dans son jugement sur l'affaire *Charkaoui*, la Cour suprême a reconnu que « [l]a *LIPR* n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, mais elle peut en fait permettre une détention prolongée ou pour une durée indéterminée, ou l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période »⁸. Elle a également ajouté que « [d]es conditions de mise en liberté rigoureuses, comme celles imposées à M. Charkaoui et à M. Harkat, restreignent fortement la liberté individuelle »⁹. En 2006, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a fait part de ses inquiétudes au sujet des règles régissant la délivrance de certificats de sécurité, en vertu desquelles « certaines personnes sont restées détenues pendant plusieurs années sans avoir été inculpées, sans avoir été dûment informées des motifs de leur détention et avec un contrôle juridictionnel limité »¹⁰. Profitant d'une visite au Canada, le Groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire a lui aussi critiqué l'usage fait par le Canada des certificats de sécurité et recommandé « que la détention de personnes soupçonnées de terrorisme soit imposée dans le cadre d'une procédure criminelle et

⁵ Ian Macdonald, ancien représentant spécial au Royaume-Uni, a fait cette observation au cours de son témoignage devant le Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration de la Chambre des communes, *Témoignage*, 39^e législature, 1^{re} session, 26 avril 2007 (11:10, 11:25 et 11:45 à 12 :05).

⁶ *Convention internationale sur la répression du financement du terrorisme*, 9 décembre 1999, GA. Res. 54/109, ratifiée par le Canada le 15 février 2002, art. 4, 9 et 10; voir aussi la Résolution 1456 du Conseil de sécurité de l'ONU, 20 janvier 2003, doc. de l'ONU S/RES/1456 : « Les États doivent traduire en justice ceux qui financent, planifient, appuient ou commettent des actes de terrorisme ou donnent asile à leurs auteurs, conformément au droit international, en particulier en appliquant le principe "extrader ou juger" » (par. 3), et la Résolution 58/81 (2003) de l'Assemblée générale de l'ONU, 9 décembre 2003. Doc de l'ONU A /RES/58/81, par. 7.

⁷ Dans ses conclusions sur le Canada en 2005, le Comité contre la torture de l'ONU a dit craindre le « fait que l'État partie semble davantage enclin, eu égard au petit nombre de poursuites engagées pour des infractions en rapport avec le terrorisme et la torture, à recourir en premier lieu aux procédures relevant de l'immigration pour éloigner ou expulser certains individus de son territoire, ce qui suscite couramment des questions au regard de l'article 3 de la Convention, qu'à engager contre ces personnes une procédure pénale » [l'article 3 interdit le renvoi s'il y a risque de torture]. *Comité contre la torture*, Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : Canada, 7 juillet 2005, par. 4 e), CAT/C/CR/34/CAN. La Cour suprême a reconnu « les conséquences possibles d'un renvoi combiné à des allégations de terrorisme », qui « sont cruellement ressorties dans le rapport récent de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar ». *Charkaoui c. Canada*, par. 26.

⁸ *Charkaoui c. Canada*, par. 105.

⁹ *Ibid.*, par. 116.

¹⁰ Comité des droits de l'homme, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, par.14.

conformément aux mesures de protection prévues à ce sujet dans le droit international »¹¹. Les conditions de détention vécues par plusieurs des personnes détenues en vertu d'un certificat de sécurité ces dernières années ont été extrêmement sévères – par exemple, longues périodes d'isolement cellulaire et privation de visites intimes avec la conjointe et les enfants.

- L'utilisation de certificats de sécurité impose de graves contraintes et un lourd fardeau non seulement aux personnes visées par ces documents, mais également à leur famille. La surveillance intrusive du domicile et l'obligation faite aux membres de la famille de surveiller en tout temps la personne visée ont déjà fait partie des conditions de libération¹². La famille qui se voit imposer de telles conditions se trouve privée en grande partie de sa liberté.
- Le recours aux procédures d'immigration a donné lieu à de longues contestations judiciaires qui se sont soldées par des décisions importantes contre différents aspects des procédures¹³. Le jugement *Charkaoui* sera suivi d'autres jugements. On s'est déjà adressé aux tribunaux à propos d'autres questions, dont le renvoi dans un pays où la personne risque la torture. Les succès remportés par les contestations judiciaires prouvent que les procédures d'immigration violent de bien des façons les droits des non-citoyens.
- Le régime des certificats de sécurité s'est avéré extrêmement coûteux. Les frais juridiques et les coûts de détention des personnes arrêtées et de surveillance de celles qui sont libérées sous condition sont en effet fort élevés¹⁴.

2. Préoccupations au sujet de l'usage grandissant de renseignements gardés secrets

« Les audiences publiques et la transparence sont les caractéristiques essentielles des procédures judiciaires dans notre système de justice », selon le juge Dennis O'Connor¹⁵.

« La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l'essentiel, le principe vénérable voulant qu'une personne dont la liberté est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre », d'après la juge en chef McLachlin¹⁶.

¹¹ Conseil économique et social des Nations Unies, *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire — Visite au Canada*, E/CN.4/2006/7/Add.2, 5 décembre 2005, par. 92 [traduction].

¹² Le Groupe de travail de l'ONU sur la détention arbitraire a souligné, par exemple, qu'Adil Charkaoui avait été libéré à des conditions très strictes « qui avaient perturbé la vie de toute sa famille » [traduction]. *Ibid.*, par. 86.

¹³ Voir outre *Charkaoui*, *Suresh c. Canada* (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 C.S.C. 1.

¹⁴ Selon l'article 3.2 de Catherine Solyom intitulé *Protest groups seek abolition of controversial security certificates*, paru dans l'édition du 17 février 2007 de la *Montreal Gazette* (<http://www.canada.com/nationalpost/story.html?id=b095e28a-11c2-49fb-8320-786db78f47c5&k=38636>), l'ouverture du Centre de surveillance de l'Immigration de Kingston aurait coûté 3,2 millions de dollars. S'adressant à un comité parlementaire le 15 mai 2007, le ministre de la Sécurité publique Stockwell Day a fait état d'une somme de 2,3 millions de dollars pour la construction seulement, en faisant cependant remarquer qu'il devait vérifier l'exactitude de ce montant. Comité permanent de la sécurité publique et nationale, *Témoignage*, 39^e législature, 1^{re} session, 15 mai 2007 (11:45). La surveillance des personnes libérées sous condition occupe beaucoup de personnel de l'Agence des services frontaliers du Canada et aussi sans doute d'autres organismes.

¹⁵ *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006), [O'Connor, partie 1], p. 329.

¹⁶ *Charkaoui c. Canada*, par. 61.

L'utilisation de renseignements est tout à fait contraire aux principes absolument essentiels de transparence des tribunaux et de protection du droit de l'accusé de connaître la preuve produite contre lui et d'y répondre. Ces principes sont d'autant plus importants dans des situations où des droits fondamentaux de la personne, notamment les droits à la vie, à la liberté, et à la sécurité de la personne, sont en jeu, comme c'est le cas lors de la délivrance de certificats de sécurité.

Les renseignements secrets sont inacceptables, d'abord parce qu'ils causent une injustice aux personnes visées, et ensuite parce qu'ils minent la confiance que peut avoir la population dans son système de justice. La Cour suprême l'a bien dit : « Dans tout environnement constitutionnel, l'administration de la justice s'épanouit au grand jour – et s'étiole sous le voile du secret. »¹⁷ Un grand nombre de Canadiens se sont opposés au régime des certificats de sécurité parce que ce n'est pas une façon pour eux de s'assurer que justice est rendue.

Le principe de la publicité des procédures judiciaires est bien ancré dans la tradition juridique canadienne comme dans la législation internationale sur les droits de la personne. L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ». Le Pacte prévoit bien quelques exceptions à la règle générale de publicité, mais le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans son Observation générale n° 13, indique que « le caractère public des audiences est une sauvegarde importante, dans l'intérêt de l'individu et de toute la société »¹⁸.

Depuis plusieurs années, le gouvernement canadien fait un usage plus répandu de renseignements secrets dans différents contextes (immigration¹⁹, citoyenneté – tentative qui a échoué²⁰ –, déréglementation des organismes de bienfaisance²¹, *Loi sur la preuve au Canada*²²). C'est là un signe inquiétant de distanciation par rapport aux principes de justice fondamentale et à la primauté du droit au Canada.

Dans *Charkaoui c. Canada*, la Cour suprême a statué que l'utilisation de renseignements secrets sous le régime des certificats de sécurité « n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* »²³. La Cour suprême a fait une constatation importante qu'il faut prendre très au sérieux, à savoir que l'utilisation de renseignements qui ne sont pas communiqués donne lieu à des décisions qui ne sont pas fondées sur les faits et sur le droit et fait en sorte que la personne visée ignore une partie de la preuve produite contre elle et se trouve donc dans l'impossibilité d'y répondre²⁴. Pour elle, les personnes faisant l'objet d'une telle procédure sous le régime des certificats

¹⁷ *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, par. 1.

¹⁸ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation générale n° 13 : L'égalité devant les tribunaux et le droit d'être entendu équitablement et publiquement par un tribunal indépendant établi par la loi (art. 14)*, 13 avril 1984, par. 6.

¹⁹ La LIPR (2001) ajoutait, à l'article 86, des dispositions concernant l'interdiction de divulguer des renseignements aux audiences de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, tout comme dans des cas de délivrance de certificat de sécurité.

²⁰ *Projet de loi C-18 (Loi sur la citoyenneté au Canada)*, novembre 2002, 37^e législature, 2^e session.

²¹ *Loi antiterroriste*, art. 113.

²² Également dans la *Loi antiterroriste* (voir la note 4 ci-dessus). Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies s'en est pris au Canada à propos des modifications apportées à la *Loi sur la preuve au Canada*, qui contreviennent à l'article 14 du Pacte sur les droits civils et politiques. Comité des droits de l'homme, CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, par. 13.

²³ *Charkaoui c. Canada*, par. 65.

²⁴ *Charkaoui c. Canada*, par. 48-64.

de sécurité ne bénéficieraient pas de l'audition équitable à laquelle elles ont droit²⁵. Il faut conclure de ce jugement que l'usage de renseignements secrets est contraire aux principes de justice fondamentale. On doit donc le limiter le plus possible, et surtout ne pas songer à l'étendre. Or, c'est précisément ce que fait le projet de loi C-3.

La Cour suprême n'a pas indiqué, comme certains le croient²⁶, que le recours à un représentant spécial permet de faire usage de renseignements secrets sans pour autant violer la Charte. Elle a fait mention des représentants spéciaux en rapport avec la possibilité d'autoriser le recours à des renseignements non divulgués, malgré le fait qu'un tel recours constitue une violation des droits. L'article premier de la Charte permet en effet d'appliquer aux droits des limites raisonnables « dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Une limite n'est pas justifiable s'il existe d'autres solutions moins attentatoires. La Cour signale le recours à des représentants spéciaux dans d'autres contextes pour démontrer justement que de telles solutions de rechange existent bel et bien. Cela ne veut pas dire que l'usage de renseignements secrets sera nécessairement conforme à la Charte pourvu qu'un représentant spécial soit présent. La Cour ne s'est pas penchée sur cette question.

Les modifications à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* proposées aux termes du projet de loi C-3 dans le but de permettre l'usage de renseignements secrets en la présence de représentants spéciaux (« défenseurs ») ne devraient pas être adoptées pour les raisons suivantes :

- L'usage de tels renseignements porte atteinte au droit de la personne à la justice fondamentale. La présence d'un représentant spécial pourrait améliorer la situation, sans toutefois corriger l'injustice qui est commise en privant la personne de la possibilité de connaître toute la preuve déposée contre elle et de se défendre en conséquence.
- Le gouvernement peut recourir à une autre stratégie, c'est-à-dire des poursuites au criminel, ce qu'il s'est gardé de faire jusqu'à présent.
- L'utilisation de représentants spéciaux risque de compliquer les choses. La Cour suprême a fait observer dans son jugement que les atteintes aux droits protégés par l'article 7 de la Charte sont difficiles à valider par application de l'article premier²⁷.
- L'usage de représentants spéciaux au Royaume-Uni a été vertement critiqué de toutes parts²⁸, y compris par des personnes qui ont elles-mêmes occupé ces fonctions. En annonçant sa démission à titre de représentant spécial auprès de la Special Immigration Appeals Commission, Ian Macdonald, C.R., a dit qu'il avait l'impression qu'on s'était servi de lui pour « donner un semblant de légitimité à la détention de personnes pour une période indéfinie, sans que celles-ci soient au courant de ce qu'on leur reproche et sans accusations criminelles ni procès »²⁹. JUSTICE, un organisme de défense des droits de la personne au Royaume-Uni, a déclaré : « Selon nous, la tenue de séances à huis clos et le recours à des représentants spéciaux restreignent

²⁵ *Charkaoui c. Canada*, par. 65.

²⁶ Voir, par exemple, *Les centres de détention et les certificats de sécurité*, Rapport du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, avril 2007. p. 8 : « La Cour ayant indiqué qu'on porterait moins atteinte aux droits en permettant à un avocat spécial de participer au processus de délivrance des certificats de sécurité, il s'ensuit implicitement que si le Parlement modifiait la Loi pour prévoir l'intervention d'un avocat spécial, le processus serait alors conforme à la Charte. »

²⁷ *Charkaoui c. Canada*, par. 66.

²⁸ Tel que noté par la Cour suprême, *id.*, par. 83.

²⁹ Communiqué, « Ian Macdonald QC resigns from SIAC », 1^{er} novembre 2004, http://www.gardencourtchambers.co.uk/news/news_detail.cfm?iNewsID=268 [traduction].

considérablement le droit de l'appelant à une procédure équitable. Est ainsi restreint son droit de savoir ce qu'on lui reproche, d'être présent à l'audience contradictoire, d'interroger ou de faire interroger des témoins à charge, d'être représenté par un avocat de son choix et de se défendre à armes égales. »³⁰ Dans son rapport de juillet 2007, un comité mixte de la Chambre des communes et de la Chambre des Lords du Royaume-Uni a déclaré que ses membres avaient trouvé les témoignages qu'ils avaient entendus de représentants spéciaux [TRADUCTION] « extrêmement déconcertants, puisqu'ils ont brossé le tableau d'un système en vigueur qui est très éloigné de tout ce nous pourrions considérer comme une procédure équitable. Leurs témoignages n'ont laissé subsister aucun doute dans nos esprits que la procédure faisant appel à des représentants spéciaux, dans sa forme actuelle, omet d'assurer un "degré substantiel de justice procédurale". »³¹ Ces préoccupations ont trouvé écho dans une décision récente de la Chambre des Lords, dans laquelle les juges de la majorité ont jugé que, dans les causes dont ils étaient saisis, la présence d'un représentant spécial n'était pas suffisante pour contrer le désavantage considérable lié à l'usage de renseignements secrets, d'où les intéressés étaient privés du droit à une audience équitable³². À la lumière de cette décision, et des autres critiques, le système britannique des représentants spéciaux n'est certainement pas un exemple à suivre.

- Les conclusions de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar démontrent que les organismes de sécurité canadiens peuvent commettre des erreurs – et l'ont fait. Vingt-cinq ans plus tôt, la Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald) en était arrivée à des conclusions similaires³³. Il faut donc nous montrer très sceptique en ce qui a trait à la crédibilité des renseignements non divulgués et non vérifiés. Vu les conséquences que cela pourrait avoir pour elles, on ne devrait pas inviter les personnes accusées d'avoir des liens avec le terrorisme de faire appel, pour se défendre, à un représentant spécial, qui ne peut leur garantir une justice pleine et entière. Comme l'a indiqué la Cour suprême en parlant de l'accès aux dossiers judiciaires : « Le secret qui préside d'abord à la délivrance de mandats peut occasionner des abus et la publicité a une grande influence préventive contre toute inconduite possible. »³⁴
- Les arabes et les musulmans sont l'objet de nombreux préjugés et renseignements erronés qui donnent naissance à des stéréotypes et entraînent des évaluations fautives de la preuve. Pour éviter l'altération du processus judiciaire par les stéréotypes raciaux et religieux, et la perception que cela puisse se produire, il est très important de vérifier de façon ouverte et transparente les éléments de preuve recueillis contre les personnes présumées représenter une menace pour la sécurité³⁵.

³⁰ Mémoire présenté par JUSTICE en prévision d'un débat à la Chambre de lords, *Draft Prevention of Terrorism Act 2005 (Continuance in Force of Sections 1 to 9) Order 2007*, mars 2007, p. 7, sans les notes de bas de page. Disponible à <http://www.justice.org.uk> [traduction].

³¹ Parlement du R.-U., Joint Committee on Human Rights, Nineteenth Report, HL 157/HC 790, 30 juillet 2007, au par. 192 [ci-après le « Comité mixte du Royaume-Uni »].

³² *Sec. of State for the Home Dept v. HB*, [2007] UKHL 46, 31 octobre 2007.

³³ Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, Deuxième rapport, 1981.

³⁴ *Procureur général (Nouvelle-Écosse) c. MacIntyre*, [1982], 1 R.S.C. 175. p. 183-184. La Cour a aussi cité ces arguments utilisés par Bentham en faveur de la publicité des actes judiciaires : « L'obscurité du secret donne libre cours aux sinistres desseins. L'injustice ne peut être freinée que par la publicité des débats. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice. " La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort, et la meilleure des protections contre l'improbabilité. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même en jugement. " »

³⁵ Dans le rapport de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, le juge O'Connor recommandait que les organismes canadiens participant à des enquêtes relatives à la sécurité

- Contrairement aux causes criminelles, qui doivent s'appuyer sur des preuves concrètes, les affaires de sécurité de l'immigration se fondent souvent sur des liens présumés, des profils et des évaluations « d'experts ». Un représentant spécial ne peut contester efficacement ce genre de preuves. L'ancien représentant spécial du Royaume-Uni Ian Macdonald a expliqué dernièrement à un comité parlementaire canadien à quel point il est difficile de contester de vagues évaluations de la part de personnes qu'on ne peut contre-interroger comme il se doit parce qu'elles n'ont pas une connaissance directe de l'information sur laquelle se fonde leur évaluation³⁶. Le Comité mixte du Royaume-Uni a cité les propos suivants d'un représentant spécial : [TRADUCTION] « voici la meilleure façon de décrire ce qui se passe parfois lors de ces séances à huis clos : on n'assiste pas à la présentation d'une preuve au soutien d'une proposition, que l'on cherche à étayer au moyen des meilleurs éléments de preuve ou de tous les éléments de preuve disponibles – comme ce serait le cas dans un procès civil ou pénal –; on assiste plutôt à la présentation de certains éléments choisis d'une hypothèse plausible – et répondre à cela constitue tout un défi. »³⁷
- Certaines affaires de sécurité de l'immigration reposent en grande partie sur des renseignements fournis par des dénonciateurs. Or, on sait que ceux-ci ne sont souvent pas des témoins dignes de foi. Si les renseignements qu'ils ont fournis ne sont jamais divulgués, il est très difficile de contester avec succès leur témoignage³⁸. Les sources de renseignements étrangères, auxquelles on se fie souvent dans les cas de délivrance de certificats de sécurité, doivent elles aussi être rigoureusement contrôlées³⁹.

« Il n'est pas pertinent de dire que la procédure faisant appel à un représentant spécial est "mieux que rien". Cette procédure, dans son ensemble, est totalement dépourvue des caractéristiques essentielles d'une audition équitable. Il est important de prendre une attitude bien nette sur une question aussi fondamentale : cette procédure mine l'essence même de la justice élémentaire. Elle équivaut à une audition illusoire. »
(Lord Steyn)⁴⁰

aient des politiques claires interdisant le profilage racial, religieux et ethnique et qu'ils offrent une formation accrue sur ces questions. Il a donné pour raison qu'il fallait lutter tant contre le profilage que contre la perception de profilage, qui sont préjudiciables à un bon travail policier ou de renseignement de sécurité. O'Connor, partie 1, p. 389.

³⁶ Témoignage de Macdonald (11:10, 11:30 et 11:50).

³⁷ Comité mixte du Royaume-Uni, par. 207.

³⁸ Le Rapport de la Commission Kaufman sur les poursuites contre Guy Paul Morin renferme des mises en garde utiles contre le danger d'utiliser des dénonciateurs sous garde. Ministère du procureur général de l'Ontario, 1998, Chapitre III, Les dénonciateurs sous garde,

<http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/morin/execsumm.pdf>.

³⁹ Voir les propos d'Ian Macdonald : « Si un informateur parle au service de renseignements de l'Algérie, vous n'aurez pas accès à cet informateur pour savoir si ces renseignements sont fiables. De fait, il peut même arriver qu'il soit difficile de déterminer si les renseignements émanant des services de renseignements algériens sont fiables. C'est le problème. » Témoignage de Macdonald (12:00). Des développements récents dans le dossier d'Adil Charkaoui démontrent la nature douteuse de certains éléments de preuve menant à la délivrance de certificats de sécurité. Ainsi, en avril 2007, Ahmed Ressam est revenu sur son témoignage reliant Charkaoui à Al-Qaeda, en affirmant que ce témoignage était inexact et qu'il l'avait fait en période de stress psychologique. CBC News, « MPs speak out in support of terror suspect », 25 avril 2007,

<http://www.cbc.ca/canada/story/2007/04/25/charkaoui070423.html>.

⁴⁰ *Roberts (FC) v. National Parole Board*, [2005] UKHL 45, par. 88, avec dissidence de Lord Steyn. [traduction]

3. Procédure visée à l'article 86 de la LIPR

Les inquiétudes exprimées ci-dessus au sujet de l'utilisation de renseignements secrets dans des cas de délivrance de certificats de sécurité sont encore plus vives en ce qui a trait à la procédure visée à l'article 86 de la LIPR, qui autorise l'usage de renseignements secrets devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR)⁴¹. Le projet de loi C-3 propose de continuer de permettre l'usage de renseignements secrets en vertu de l'article 86 dans un vaste éventail de situations. La CISR est encore moins en mesure de satisfaire aux conditions d'équité procédurale fixées par la Cour suprême. Ce n'est qu'un tribunal administratif quasi judiciaire, au sein duquel seuls quelques décideurs sont des avocats, et aucun n'est juge. Ses audiences sont bien plus informelles que celles d'une cour de justice et elle offre une protection procédurale moindre. Ses décisions peuvent malgré tout entraîner des conséquences aussi graves que la délivrance de certificats de sécurité pour les personnes visées par elles, dont la détention prolongée et le renvoi du Canada vers un pays où elles risquent la persécution et la torture.

4. Utilisation de renseignements obtenus sous la torture

L'usage de renseignements obtenus sous la torture est quelque chose de très préoccupant dans le domaine de la sécurité. Outre le fait que ces renseignements sont loin d'être fiables, les personnes qui les utilisent se rendent complices en quelque sorte de la torture. La Chambre des lords du Royaume-Uni a déjà rendu ces renseignements inadmissibles dans toute procédure judiciaire⁴².

Le Parlement doit affirmer clairement la position du Canada à cet égard en adoptant des dispositions législatives interdisant sans équivoque l'utilisation de renseignements que d'aucuns pourraient vraisemblablement soupçonner d'avoir été obtenus sous la torture.

5. Besoin d'examen efficaces

Dans la partie de l'enquête de la Commission Arar portant sur l'examen de la politique, le juge Dennis O'Connor a constaté l'insuffisance des mécanismes actuels d'examen des activités de sécurité du gouvernement canadien. Il s'est bien sûr intéressé particulièrement à la GRC, mais ses recommandations visaient aussi d'autres organismes, tels que l'Agence des services frontaliers du Canada et Citoyenneté et Immigration Canada⁴³. Il a conclu à la nécessité d'instaurer des mécanismes d'examen des organismes jouissant de vastes pouvoirs discrétionnaires, afin de s'assurer qu'ils respectent la loi et les politiques, de même que les valeurs exposées dans la Charte. Il a mentionné notamment, à titre d'exemple d'utilisation de pouvoirs discrétionnaires dans des décisions sur des questions de sécurité nationale, le processus de délivrance de certificats de sécurité⁴⁴.

Quelle que soit la solution de rechange au régime de certificats de sécurité anticonstitutionnel adoptée par le Parlement, il est indispensable de mettre en pratique le plus tôt possible les recommandations du juge O'Connor destinées à assurer un examen efficace des activités en matière de sécurité, y compris celles qui touchent à l'immigration.

⁴¹ Devant la Section de l'immigration ou la Section d'appel de l'immigration, mais non devant la Section de la protection des réfugiés ni la Section d'appel des réfugiés.

⁴² *A (FC) c. le Secrétaire d'État* [2005] UKHL 71.

⁴³ La Cour suprême met ces recommandations en relief en rapport avec les conséquences possibles d'un renvoi combiné à des allégations de terrorisme. *Charkaoui*, par. 26.

⁴⁴ O'Connor, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, VIII, 6, p. 483-484.

C. PRÉOCCUPATIONS SPÉCIFIQUES RELATIVES AU PROJET DE LOI C-3

Le projet de loi est foncièrement problématique parce qu'il propose de continuer à recourir aux procédures d'immigration, plutôt qu'aux poursuites pénales, et à utiliser des renseignements secrets, niant ainsi aux intéressés le droit de connaître les éléments de preuve retenus contre eux et de se défendre en conséquence.

La *Charte* permet à l'État de restreindre des droits en vertu de l'article premier s'il peut établir que les restrictions peuvent se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. La Cour suprême note toutefois que « les atteintes aux droits protégés par l'art. 7 ne sont pas faciles à valider par application de l'article premier » car « [l]es droits protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — constituent le fondement même de notre conception d'une société libre et démocratique »⁴⁵. En outre, toute restriction de droits doit porter une « atteinte minimale » à ces droits.

Nous ne croyons pas que l'atteinte au droit à une audition équitable est justifiée. Même si d'autres croient qu'elle est justifiée, les dispositions énoncées au projet de loi C-3 ne constituent pas une atteinte minimale au droit en question.

Sont énumérées ci-dessous les principales violations de droits que le projet de loi C-3 accentue, au-delà de la décision initiale de priver certains non-citoyens de leur droit à une audition équitable.

1. Usage répandu de renseignements secrets

Dans le cadre du débat concernant les certificats de sécurité, ceux qui y sont favorables soutiennent souvent que le gouvernement doit disposer de ce moyen pour composer avec les personnes qui posent une menace à la sécurité nationale. Or, les atteintes aux droits garantis par l'article 7 peuvent seulement être justifiées en vertu de la *Charte* dans des « conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite. »⁴⁶

Et pourtant, le projet de loi C-3 tout autant que la loi dans son libellé actuel permettent la délivrance de certificats de sécurité, de même que l'usage de renseignements secrets, dans des cas où il n'y a aucune allégation selon laquelle la personne représente la moindre menace à la sécurité.

Des certificats peuvent être délivrés, et doivent être considérés comme valides par le tribunal, lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire que le non-citoyen est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité. « Constituer une menace pour la sécurité nationale » n'est qu'une des sous-catégories de motifs d'interdiction de territoire pour raison de sécurité, qui à leur tour ne constituent qu'un des motifs pouvant justifier la délivrance d'un certificat. Un certificat peut aussi être délivré notamment dans les situations suivantes :

- Il est allégué que la personne appartient ou a appartenu à une organisation qui avait une aile violente, même si l'intéressé ne faisait pas partie de cette aile. (Il convient de noter que cette définition de l'interdiction de territoire pour raison de sécurité a une portée tellement large qu'elle a pour effet de frapper d'interdiction de territoire au Canada pour raison de sécurité tous les membres actuels et passés du Congrès national africain, le parti au pouvoir en Afrique du Sud, à moins que le ministre accorde une exemption individuelle.)

⁴⁵ *Charkaoui*, par. 66.

⁴⁶ *Ibid.*, citant *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

- Un informateur allègue que l'intéressé s'est livré au recyclage de produits de la criminalité.
- Un informateur allègue que l'intéressé a commis à l'étranger des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

L'article 86 a une portée encore plus large, puisqu'il permet au ministre de demander l'usage de renseignements secrets dans le cadre de toute audience relative à l'admissibilité, audience de contrôle des motifs d'une détention ou enquête devant la Section d'appel de l'immigration. La loi n'exige même pas qu'il soit allégué que les intéressés sont interdits de territoire pour raison de sécurité ou pour cause de criminalité. Il suffit que le ministre souhaite produire des renseignements secrets. La décision du commissaire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié peut se fonder sur ces renseignements secrets s'il considère que ceux-ci sont fiables, utiles et pertinents.

Si le gouvernement croit que les droits fondamentaux de certains non-citoyens doivent être violés parce qu'ils représentent une menace à la sécurité, pourquoi l'usage de renseignements secrets n'est-il pas limité aux cas où l'on allègue que les intéressés représentent une menace à la sécurité?

2. Aucune pondération des intérêts dans le contexte de la décision d'utiliser des renseignements secrets

Le projet de loi C-3 permet l'usage de renseignements secrets lorsque leur divulgation « porterait atteinte, selon le ministre, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. »⁴⁷ Le projet de loi ne prévoit aucune pondération du risque de non-divulgation pour le non-citoyen touché en regard du risque à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. L'intérêt à ne pas divulguer l'emporte toujours sur l'intérêt à divulguer. Le juge est tenu d'autoriser l'usage des renseignements secrets, même si leur divulgation ne poserait qu'un risque négligeable tandis que leur non-divulgation aura comme conséquence qu'il sera pratiquement impossible pour le non-citoyen de connaître les éléments de preuve présenté contre lui et de se défendre en conséquence. Il peut s'ensuivre le renvoi de l'intéressé dans un endroit où sa sécurité sera sérieusement compromise.

La Cour suprême note que les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* relatives aux éléments de preuve non divulgués prévoient une pondération de l'intérêt public dans la divulgation en regard de l'intérêt public dans la non-divulgation⁴⁸.

3. Le critère de l'« atteinte à la sécurité nationale » a une portée trop large

La « sécurité nationale » est difficile, voire impossible, à définir. Ce qui constitue une « atteinte à la sécurité nationale » peut varier considérablement selon les points de vue et peut aller d'un danger réel et immédiat à des conséquences futures hypothétiques. Il est particulièrement préoccupant que la notion puisse englober l'atteinte aux relations internationales. Le droit fondamental d'une personne à une audition équitable ne devrait pas être violé du simple fait qu'une telle audition pourrait placer un autre gouvernement dans l'embarras ou pourrait compliquer les relations entre le gouvernement du Canada et un autre gouvernement.

4. Absence d'interdiction expresse de renseignements obtenus sous la torture

Le projet de loi C-3 n'interdit pas expressément l'usage d'éléments de preuve dont on peut raisonnablement soupçonner qu'ils ont été obtenus sous la torture. L'expression « digne de foi » a été ajoutée au membre de phrase « [le juge] peut recevoir et admettre en preuve tout élément [...] qu'il estime digne de foi et utile ». Cette expression pourrait être interprétée de manière à exclure les

⁴⁷ LIPR, par. 77(2) modifié conformément au loi C-3.

⁴⁸ *Charkaoui*, par. 27.

éléments de preuve obtenus sous la torture, étant donné que de tels éléments de preuve ne sont certainement pas dignes de foi. Cependant, cette question est trop importante pour être laissée à l'interprétation. Cela est d'autant plus vrai à la lumière des révélations de la Commission Arar, qui ont clairement démontré que les autorités canadiennes avaient considéré de temps à autre des éléments de preuve comme dignes de foi malgré l'existence de motifs impérieux de soupçonner qu'ils avaient été obtenus sous la torture.

5. La norme de preuve est extrêmement faible

Le projet de loi C-3 ne résout pas le problème de la norme de preuve extrêmement faible applicable pour établir une interdiction de territoire sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La norme des « motifs raisonnables de croire » est très problématique même dans les cas où tous les éléments de preuve sont divulgués. Elle l'est doublement lorsqu'une partie, la majorité ou la totalité des éléments de preuve ne sont pas divulgués. Si le ministre n'a qu'à convaincre le juge qu'il y a « des motifs raisonnables de croire » qu'une personne est membre d'une organisation donnée, et que le ministre ne divulgue pas les renseignements sur lesquels se fondent ces « motifs raisonnables », il est difficile d'imaginer comment l'intéressé peut espérer présenter une défense.

6. Aucune souplesse pour traiter différemment différents types de renseignements délicats

Le projet de loi C-3, à l'instar de la Loi dans son libellé actuel, adopte une approche « tout ou rien » à l'égard des renseignements délicats. Si le ministre le demande, le juge examine les éléments de preuve en l'absence du public, de l'intéressé et de son conseil. Pourtant, en pratique, il y a différents types de renseignements qui peuvent appeler différents types de protection. Dans certains cas, il se peut que l'on estime dangereux de divulguer des renseignements en audience publique du tribunal tandis que la communication de ces mêmes renseignements à l'intéressé et à son conseil ne posera pas nécessairement les mêmes risques. Dans *Charkaoui*, la Cour suprême souligne que la *Loi sur la preuve au Canada* a permis de trouver une solution particulière pour gérer les renseignements délicats dans le cadre du procès relatifs à l'affaire Air India⁴⁹.

7. Aucune disposition permettant d'arrêter les procédures si la justice l'exige

Le projet de loi C-3 n'impose pas au juge l'obligation d'arrêter les procédures si les circonstances particulières de l'affaire font que l'intéressé n'a aucun moyen de se défendre. Il y aura iniquité dans toutes les audiences où des renseignements secrets seront utilisés, mais il faut reconnaître qu'il y a des degrés d'iniquité et qu'il serait intolérable que la procédure soit menée à terme dans les cas d'iniquité extrême⁵⁰. L'arrêt récent de la Chambre des Lords du Royaume-Uni relative aux représentants spéciaux a affirmé la nécessité pour le juge qui entend une cause dans laquelle sont présentés des renseignements secrets d'évaluer si l'intéressé a bénéficié d'un degré substantiel de justice procédurale ou s'il a été privé du droit à une audition équitable, compte tenu des circonstances de l'espèce⁵¹.

8. Système de représentant spécial minimaliste

Comme l'a noté la Cour suprême dans *Charkaoui*, il y a différents systèmes de représentant spécial qui ont été utilisés dans différents contextes au Canada et ailleurs. Pour ce qui concerne le système britannique, la Cour attire expressément l'attention sur « trois désavantages importants avec lesquels les représentants spéciaux doivent composer »⁵². Et pourtant, c'est du système britannique, avec

⁴⁹ *Charkaoui*, par. 78.

⁵⁰ Cette possibilité est prévue dans la *Loi sur la preuve au Canada* lorsque le procureur général délivre un certificat interdisant la divulgation de renseignements.

⁵¹ *Sec. of State for the Home Dept v. HB*, [2007] UKHL 46, 31 octobre 2007.

⁵² *Charkaoui*, par. 83. Ces trois désavantages avec lesquels les représentants spéciaux doivent composer sont les suivants : « (1) après avoir pris connaissance des renseignements secrets, ils ne peuvent plus, sous réserve de rares

toutes ses faiblesses, que le projet de loi C-3 s'inspire le plus. (Note : le représentant spécial (*special advocate*) est désigné « défenseur » dans la version française du projet de loi C-3.)

a) Le défenseur n'a pas accès à tout le dossier

Le paragraphe 85.4(1) dispose que le ministre doit communiquer au défenseur une copie de tous les renseignements secrets qui ont été communiqués au juge. Le ministre n'est pas tenu de permettre l'accès à tout le dossier concernant l'intéressé, lequel peut comporter des éléments de preuve susceptibles de disculper l'intéressé⁵³.

b) Le défenseur ne peut pas communiquer avec l'intéressé après avoir pris connaissance des renseignements secrets

Le paragraphe 85.4(2) dispose qu'après avoir reçu les renseignements secrets, le défenseur ne peut communiquer avec qui que ce soit au sujet de l'instance si ce n'est avec l'autorisation du juge. Dans ces circonstances, la capacité du défenseur de défendre les intérêts de l'intéressé est extrêmement limitée. Un défenseur qui ne peut pas parler à l'intéressé ne peut pas l'aider à se défendre dans le cadre des procédures intentées contre lui.

Au Royaume-Uni, où un système de représentants spéciaux en place depuis quelques temps déjà a permis d'acquérir une expérience considérable, cette interdiction de communication a suscité de vives critiques. Un comité parlementaire a conclu que des communications additionnelles étaient nécessaires pour permettre aux représentants spéciaux non seulement [TRADUCTION] « de déterminer si la preuve de l'État pouvait être contestée au moyen d'éléments de preuve auxquels l'appelant n'avait pas accès », mais aussi « d'élaborer une stratégie juridique cohérente avec l'équipe juridique de l'appelant »⁵⁴.

Il n'est pas clair de savoir pourquoi le gouvernement a imposé des contraintes aussi sévères aux représentants spéciaux. Le gouvernement est certes soucieux d'éviter la divulgation de renseignements secrets par inadvertance, mais le CSARS n'est pas assujéti à des contraintes semblables, et il n'en est jamais résulté d'infractions à la sécurité connues. Les avocats de la Commission Arar avaient également accès à des renseignements secrets, et pourtant, ils ont pu rencontrer les avocats d'Arar et des intervenants (et les échanges qu'ils ont eu lors de ces rencontres leur ont permis d'orienter les questions qu'ils ont posées lors des audiences à huis clos). De même, les agents du SCRS interrogent régulièrement des individus tout en ayant à protéger des renseignements délicats. Pourquoi les défenseurs ne devraient-ils pas pouvoir en faire de même?

Le projet de loi C-3 prévoit à l'article 85.5 la possibilité pour le défenseur de communiquer si le juge l'autorise. En pratique, il est peu probable qu'une telle autorisation soit accordée fréquemment. En tout cas, il en va certainement ainsi au Royaume-Uni. Dans un arrêt récent de la Chambre des Lords, Lord Bingham dit : [TRADUCTION] « le représentant spécial, à partir du moment où il connaît la teneur des allégations, ne peut pas les dévoiler à la personne sous contrôle ni lui demander des instructions sans autorisation – laquelle, en pratique (selon ce que je comprends), n'est pas accordée. »⁵⁵

exceptions, recevoir d'instructions de l'appelant ou de son avocat; (2) pour les aider à assurer une défense pleine et entière en secret, ils ne disposent pas d'une équipe de juristes comme c'est le cas habituellement; (3) ils ne sont pas habilités à assigner des témoins. »

⁵³ Cette question a suscité beaucoup de controverse chez les défenseurs spéciaux au Royaume-Uni. Forcese et Waldman, *Seeking Justice in an Unfair Process*, août 2007, pp. 40-42.

⁵⁴ UK Parliament Select Committee on Constitutional Affairs, Seventh Report (2 avril 2005), par. 12.

⁵⁵ *Sec. of State for the Home Dept v. HB*, [2007] UKHL 46, 31 octobre 2007, au par. de ses motifs. Voir aussi le Comité mixte du Royaume-Uni, par. 201 : [TRADUCTION] « On nous a expliqué qu'on se prévalait rarement en pratique de la possibilité de communiquer avec la personne sous contrôle, en partie parce qu'il était peu probable que l'autorisation soit donnée en pratique si la réunion avait pour objet de discuter de quoi que ce soit ayant trait à l'instance se déroulant à huis clos [...] ».

Indépendamment de la question de savoir à quelle fréquence l'autorisation sera donnée, le fait qu'elle doive être demandée signifie que le défenseur devra divulguer au gouvernement la nature de la communication désirée, risquant ainsi de compromettre les intérêts de l'intéressé⁵⁶.

c) Le défenseur n'est pas protégé par le secret professionnel de l'avocat

Le paragraphe 85.1(3) énonce que les rapports entre le défenseur et l'intéressé ne sont pas ceux qui existent entre un avocat et son client. En conséquence, il est concevable qu'un défenseur soit contraint de dévoiler des renseignements obtenus de l'intéressé. De ce fait, les intéressés seront vraisemblablement réticents à parler au défenseur, de crainte de ce qui pourrait advenir des renseignements qu'ils divulgueraient⁵⁷.

d) Rien ne garantit que le défenseur aura les compétences et les ressources nécessaires

Le projet de loi C-3 n'assure pas que les défenseurs auront les compétences et l'indépendance nécessaires pour accomplir une tâche extrêmement difficile, sinon impossible. Rien ne garantit non plus qu'ils disposeront des ressources suffisantes pour faire une tentative convenable de défendre les intérêts de l'intéressé.

e) Le défenseur peut apparemment être engagé par le gouvernement

Le projet de loi C-3 ne précise pas qui engage les défenseurs, ce qui permet d'en déduire qu'ils sont engagés par le gouvernement. Cette hypothèse est extrêmement problématique, puisque l'on se trouve à confier à la partie adverse la responsabilité d'engager les personnes qui sont censées protéger les intérêts de l'intéressé. Notons que le CSARS prévoit un système plus approprié dans le cadre duquel c'est l'organe décisionnel, et non le gouvernement, qui engage les avocats.

f) L'intéressé n'a aucun mot à dire au chapitre du choix de son défenseur

Le défenseur est nommé par le juge, ce qui ne laisse à l'intéressé aucun mot à dire au chapitre du choix du défenseur, même à partir de la courte liste de défenseurs établie par le ministre de la Justice (voir l'alinéa 83(1)b)). La question n'est pas claire de savoir pourquoi l'intéressé devrait être privé du droit de choisir. Le fait que le défenseur soit imposé par le juge ne fera que réduire davantage la possibilité que l'intéressé fasse le moindre confiance au défenseur⁵⁸.

g) Les pouvoirs des défenseurs à l'audience sont très limités

Le projet de loi C-3 dresse à l'article 85.2 une liste très brève de pouvoirs conférés aux défenseurs dans le cadre de l'instance : présenter ses arguments à l'égard des éléments de preuve documentaire

⁵⁶ Cet argument a été exposé par plusieurs représentants spéciaux du Royaume-Uni dans un mémoire adressé au Comité de la Chambre des communes du Royaume-Uni : [TRADUCTION] « Ainsi, le représentant spécial peut communiquer avec les avocats de l'appelant seulement si la forme précise de la communication a été approuvée par son adversaire dans l'instance. Une telle exigence exclut les communications même sur des questions de pure stratégie juridique (c.-à-d. des questions sans rapport avec les aspects délicats particuliers d'une affaire). » Chambre des communes du Royaume-Uni, Comité spécial sur les affaires constitutionnelles, mémoire, « Evidence submitted by a number of Special Advocates », 7 février 2005, par. 9.

⁵⁷ La Cour suprême a reconnu l'importance du secret professionnel de l'avocat. Dans *R. v. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, par exemple, la Cour (sous la plume du juge Major) affirme (au par. 33) : « Il est essentiel qu'un avocat soit au courant de tous les faits qui ont trait à la situation de son client. L'existence d'un droit fondamental au secret professionnel de l'avocat encourage la divulgation dans les limites des rapports que l'avocat a avec son client. L'affaiblissement du secret professionnel de l'avocat peut contribuer à restreindre la communication entre un avocat et son client. »

⁵⁸ Ce point a été soulevé par les représentants spéciaux du Royaume-Uni dans leur mémoire cité plus haut, à la note 56 : [TRADUCTION] « le régime actuel ne laisse absolument *aucun* choix à l'appelant. De son point de vue, les représentants spéciaux sont choisis à la discrétion d'un conseiller juridique appartenant au pouvoir exécutif qui a autorisé sa détention. Dans ces circonstances, il ne serait pas surprenant si l'appelant faisait peu confiance – ou ne faisait aucune confiance – à son représentant spécial. » (par. 21).

et contre-interroger les témoins qui témoignent lors des parties des audiences qui se déroulent à huis clos. L'exercice de ses autres pouvoirs dépend de l'autorisation du juge⁵⁹. Le défenseur n'a pas le pouvoir d'assigner des témoins ni de présenter des éléments de preuve. Il semblerait que le défenseur soit seulement en mesure d'aider l'intéressé lorsque les renseignements secrets comportent suffisamment de contradictions internes ou lorsque des témoins cèdent en contre-interrogatoire.

Le rôle du défenseur, selon l'article 85.1, consiste à « défendre les intérêts du résident permanent ou de l'étranger lors de toute audience tenue à huis clos et en l'absence de celui-ci et de son conseil ». Compte tenu des restrictions importantes auxquelles le défenseur est assujéti, il sera presque impossible pour le défenseur de jouer son rôle de quelque manière utile.

9. Questions reliées à la protection

Le projet de loi C-3 apporte différentes modifications qui ont des incidences sur l'accès à la protection pour les réfugiés et pour d'autres qui, s'ils sont renvoyés du Canada, seront exposés au risque de persécution, de torture ou de peines ou traitements cruels et inusités, ou à une menace à leur vie. Ces questions n'ont pas reçu beaucoup d'attention jusqu'à présent dans les débats concernant le projet de loi, et le gouvernement n'a pas non plus fourni d'explications à leur sujet dans ses commentaires, ce qui laisse subsister beaucoup d'incertitudes.

Parmi ceux que les certificats de sécurité et la procédure prévue à l'art. 86 touchent effectivement ou risquent de toucher figurent des gens qui ont fui la persécution dans leur pays d'origine. Dans certains cas, il peut s'agir de personnes qui ont acquis le droit d'asile au Canada et qui sont par la suite assujéties à des procédures de renvoi. Dans d'autres cas, il peut s'agir de personnes dont la demande d'asile est en cours de traitement au moment où des procédures faisant appel à des renseignements secrets sont intentées contre elles. Le Canada a d'importantes obligations envers les réfugiés en vertu de la Convention relative au statut des réfugiés, notamment l'obligation fondamentale de non-refoulement⁶⁰. Ces obligations doivent être prises au sérieux dans le contexte des dispositions relatives aux certificats de sécurité et de la procédure prévue à l'art. 86.

En outre, à titre de signataire de la Convention contre la torture, le Canada ne doit jamais renvoyer une personne dans un pays où elle risque la torture⁶¹. Comme mentionné plus haut, qu'elles aient fui la persécution auparavant ou non, les personnes que le Canada relie au terrorisme encourent un grave risque de torture si elles sont renvoyées dans un pays qui pratique la torture.

Parmi les modifications proposées aux termes du projet de loi C-3 et qui touchent des questions reliées à la protection figurent les suivantes :

⁵⁹ Al. 85.2c) : le juge peut autoriser le défenseur à exercer « tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger ».

⁶⁰ L'article 33 de la Convention relative au statut des réfugiés énonce : « (1) Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. (2) Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays. » Puisque la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* du Canada refuse (au par. 115(2)) la protection contre le non-refoulement à un groupe de personne dont la définition est beaucoup plus large que celle du groupe visé au par. 33(2) de la Convention, le Canada ne se conforme pas à la Convention. Par exemple, le par. 115(2) de la LIPR exclut quiconque est interdit de territoire pour raison de sécurité, même si cela englobe bon nombre de gens qui ne constituent pas une menace pour la sécurité du Canada.

⁶¹ Convention contre la torture, art. 3.

- La procédure relative aux certificats de sécurité n'est plus suspendue pendant qu'un examen des risques avant renvoi (ERAR) est effectué.
- Le contrôle judiciaire de plein droit de l'ERAR (par. 79(2) actuel) est supprimé.
- L'art. 115 est ajouté parmi les procédures qui peuvent se dérouler parallèlement au processus relatif au certificat (par. 77(3)). L'article 115 est le principe du non-refoulement qui s'applique aux réfugiés. L'objectif semble consister à permettre qu'un fonctionnaire révise une décision rendue antérieurement par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié et statuant qu'une personne est une personne protégée. Cela représente un usage déconcertant d'une disposition de la Loi qui renvoie à l'engagement le plus fondamental de l'État en matière de protection – soit le principe de non-refoulement – pour miner le statut d'une personne en tant que réfugiée.

En revanche, le projet de loi omet :

- d'apporter des modifications qui rendraient les lois canadiennes conformes aux obligations du Canada en matière de droit international des droits de la personne en édictant une interdiction absolue de renvoi à la torture et en limitant les exceptions au principe du non-refoulement à celles énoncées dans la Convention relative au statut des réfugiés.
- d'assurer que les décisions concernant la protection sont rendues par des décideurs judiciaires ou quasi-judiciaires. Au lieu de cela, les décisions sont rendues par un fonctionnaire et, qui plus est, ces décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire sur permission seulement, malgré le fait que, tout particulièrement dans le contexte d'allégations de risque à la sécurité, les décisions concernant la protection sont très délicates.
- d'indiquer avec précision, le cas échéant, quand et comment il faut procéder à l'exercice de pondération des risques qu'encourt l'intéressé en regard des risques qu'encourt le Canada. Dans le contexte d'un ERAR, l'art. 113 exige expressément la pondération du besoin de protection de l'intéressé en regard du « danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada ». L'article 115 ne comporte pas une exigence explicite de pondération, mais la disposition est interprétée comme comportant implicitement une telle exigence. Or cet exercice de pondération, qui amène notamment à évaluer le danger que l'intéressé constitue pour le Canada, est distinct de la procédure devant la Cour fédérale où un juge apprécie les éléments de preuve présentés par le ministre contre l'intéressé, notamment toute allégation selon laquelle l'intéressé constitue un danger pour la sécurité nationale. Ainsi, il se peut qu'un décideur procédant à un ERAR en vertu de l'art. 115 fasse une certaine évaluation du danger que l'intéressé constitue pour le Canada, puis que le juge décide ensuite que l'intéressé ne pose pas un risque aussi grave que le prétendait le ministre. Cependant, la procédure d'ERAR / de l'art. 115 ne prévoit pas la prise en compte des conclusions du juge dans l'exercice de pondération.

De manière générale, les dispositions relatives à la protection manquent de clarté et, à vrai dire, elles créent beaucoup de confusion. Si elles sont adoptées telles quelles, elles provoqueront presque inévitablement d'autres litiges.

Les dispositions omettent aussi d'offrir les garanties substantives et procédurales qui sont nécessaires pour s'assurer que le Canada respecte les droits des personnes touchées en matière de protection.

10. Autres questions

a) Appel devant la Cour d'appel fédérale

Nous accueillons favorablement la modification proposée à l'art. 79 de manière à étendre, bien qu'encore modestement, le droit d'appel.

b) Dispositions relatives à la détention

Nous accueillons favorablement la suppression de la distinction discriminatoire entre résidents permanents et résidents non permanents relativement à la détention. Cependant l'intervalle proposé de six mois entre les contrôles de la détention est excessivement long, surtout au début de la détention. Dans le domaine de l'immigration, le calendrier normal des contrôles de la détention est le suivant : dans les 48 heures, dans les 7 jours, puis tous les 30 jours⁶². Ce calendrier tient compte du fait qu'il faut parfois quelques jours pour recueillir les renseignements pertinents concernant les motifs pour lesquels une personne devrait être mise en liberté. Il n'y a pas de raison pour qu'un calendrier analogue ne s'applique pas également aux personnes détenues en vertu d'un certificat de sécurité.

⁶² LIPR, art. 57.