

Le certificat de sécurité toujours contraire à la *Charte* : Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

Me FÉLIX-ANTOINE T. DOYON* **

Au Canada, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* met en œuvre le certificat de sécurité, qui a fait l'objet de nombreuses sagas judiciaires, particulièrement depuis 2001. En février 2007, dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême du Canada a jugé que d'autres mesures de protection devaient être intégrées au régime afin de mieux protéger les droits des personnes faisant l'objet d'une privation de liberté. Cependant, la plus haute instance du pays, dans sa décision, n'a pas pris le soin d'examiner en profondeur la norme de preuve applicable. Bien qu'en 2010, la Cour fédérale ait conclu, dans la décision *Jaballah*, que la norme des motifs raisonnables de croire se conforme aux principes de justice fondamentale, l'auteur considère que les cours de justice canadienne se méprennent dans leur angle d'approche relatif au certificat de sécurité, en ce qu'elles ne savent pas différencier le régime d'expulsion de celui qui limite le non-citoyen de sa liberté. Dans des contextes reliés à la protection de la sécurité nationale, d'autres institutions gouvernementales ont trouvé des façons de protéger la société tout en accordant aux personnes un traitement plus juste en ce qui concerne le degré de conviction exigé en matière de privation de liberté propre à un cadre de détention préventive. Cette étude se caractérise par la conclusion selon laquelle la norme de preuve applicable au régime du certificat de sécurité doit faire l'objet d'une révision, car elle représente, eu égard à la *Charte canadienne des droits et libertés*, un déséquilibre plus qu'appréciable dans le cadre de l'importance que revêt le respect des droits fondamentaux au cœur d'un contexte de droit à la sécurité nationale.

In Canada, the *Immigration and Refugee Protection Act* provides for the issuance of security certificates, which have been repeatedly challenged in the courts, particularly since 2001. In February 2007, the Supreme Court of Canada held, in *Charkaoui*, that other procedural safeguards should be incorporated into the scheme to better protect the rights of individuals who are deprived of liberty. However, in that decision, the country's highest court did not turn its attention to a thorough examination of the applicable standard of proof. Although the Federal Court held in 2010, in *Jaballah*, that the standard of reasonable grounds to believe complies with the principles of fundamental justice, the author is of the opinion that the Canadian courts have taken the wrong approach to security certificates in that they have not distinguished between the rules governing deportation and the rules governing limits on the liberty of non-citizens. In situations relating to national security, other government institutions have found ways of protecting society while affording fairer treatment for individuals in terms of the degree of certainty required for deprivation of liberty in a preventive detention context. This study is characterised by its call for a review of the standard of proof applicable to the security certificate scheme, since, with regard to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it represents a significant imbalance in terms of the importance of respect for fundamental rights in the context of the right to national security.

* LL.B, LL.M, avocat criminaliste chez Doyon Avocats et chez Bélanger Richard Avocats.

** L'auteur tient à remercier Nicole LaViolette, professeure agrégée à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa ainsi que tous les évaluateurs indépendants qui ont rendu possible la publication de cet article. L'auteur souhaite également remercier la professeure Josée Aspinall pour sa grande disponibilité et ses précieux conseils en matière de recherche et de méthodologie juridique.

Table des matières

271	I.	INTRODUCTION
274	II.	LE CERTIFICAT DE SÉCURITÉ EST UN RÉGIME DÉSÉQUILIBRÉ
274	A.	La procédure applicable engendre des impacts plus que considérables
276	B.	La procédure applicable exige un degré de conviction plus que minimal
277	1.	<i>La norme hors de tout doute raisonnable</i>
278	2.	<i>La norme de la prépondérance des probabilités</i>
278	3.	<i>La norme des motifs raisonnables de croire applicable aux certificats de sécurité</i>
281	III.	LE CERTIFICAT DE SÉCURITÉ AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX
281	A.	La norme de preuve des « motifs raisonnables de croire » dorénavant assujettie à l'examen de l'article 7 de la Charte : répercussions de la Charkaoui I et II
284	B.	La norme de preuve des « motifs raisonnables de croire » aux yeux du droit étranger : aperçu des ordonnances de contrôle de l'Australie et du Royaume-Uni
288	IV.	LORSQUE LE CERTIFICAT DE SÉCURITÉ ENTRAÎNE UNE PRIVATION DE LIBERTÉ, UNE NORME DE PREUVE DIFFÉRENTE EST REQUISE
289	A.	La norme de preuve des « motifs raisonnables de croire » est contraire aux principes de justice fondamentale
295	B.	La norme de preuve des « motifs raisonnables de croire » ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne visée
297	1.	<i>Les solutions les moins attentatoires</i>
300	V.	CONCLUSION

Le certificat de sécurité toujours contraire à la *Charte* : Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

Me FÉLIX-ANTOINE T. DOYON

Ni le public ni les tribunaux ne se sont généralement attardés à examiner les normes de preuve inférieures et les règles de responsabilité plus étendues qui sont applicables en droit de l'immigration, par contraste à celles applicables en droit criminel, en tenant compte du fait que la Cour suprême du Canada a déclaré, dans sa toute première cause abordant le droit à l'égalité, que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent une minorité discrète et isolée susceptible de faire l'objet de discrimination et du fait qu'elles peuvent faire l'objet d'erreurs judiciaires en droit de l'immigration. En fait, les débats sur la place publique ainsi que ceux devant les tribunaux ont plus souvent porté sur cette idée voulant que les personnes qui n'ont pas la citoyenneté ne jouissent pas des mêmes droits que les citoyens [notre traduction]¹.

– Kent Roach

I. INTRODUCTION

On dit que le 11 septembre 2001 a changé le monde, qu'il y a un « avant et un après » la tragédie aux États-Unis². En effet, ce crime a eu des répercussions variées dans des coins diversifiés de la planète que ce soit sur le plan politique, juridique, militaire, social ou économique³. Ainsi dit-on que pour un gouvernement, aucune

1 Kent Roach, « Ten Ways to Improve Anti-Terrorism Law » (2005) 51 Crim LQ 102 aux pp 123-24 [Kent Roach].

2 Le 11 septembre 2001, le Canada a été touché : le bilan des victimes canadiennes à New York s'élève à 24. Voir François Crépeau et Estibalitz Jimenez, « L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada » dans Emmanuelle Bribosia et Anne Weyembergh, dir, *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 249 à la p 250.

3 En 2001, un rapport mentionne que les attentats de 2001 coûteraient quelque cinq milliards de dollars à l'économie canadienne : François Crépeau, « Le contrôle des frontières : le risque d'une mise en cause de l'État de droit » dans Jean Renaud, Linda Pietrantonio et Guy Bourgeault, dir, *Les relations ethniques en question : ce qui a changé depuis le 11 septembre 2001*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2002, 41 à la p 41, citant Chambre des communes, Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *Reprendre les affaires* (27 novembre 2001).

fonction ou obligation ne peut être plus importante que celle d'assurer la protection et la sécurité de ses citoyens⁴. Lorsqu'une crise comme celle de 2001 se produit, les citoyens ont peur et s'attendent à la protection des autorités. Les gouvernements mettent alors sur la table différentes stratégies pour assurer la sécurité de leur nation, instaurer une atmosphère de paix et rétablir la confiance envers l'action étatique de protection du territoire. De toute évidence, une sécurité nationale accrue crée un environnement dans lequel nos droits les plus fondamentaux peuvent prospérer⁵. Cependant, lorsque l'importance allouée à la mise en place d'un régime de protection nationale met en péril les droits et libertés les plus fondamentaux que confère la constitution d'un pays, il est illusoire de prétendre qu'il est *sécuritaire* d'y vivre. Selon le constat d'Aharon Barak, ancien président de la Cour suprême d'Israël, « le fait de préserver la primauté du droit et de reconnaître le droit à la liberté d'une personne joue un rôle important dans la compréhension de la sécurité que se fait la démocratie » [notre traduction]⁶.

Conséquemment, le Canada doit tenter d'atteindre un juste équilibre entre d'une part, le respect des droits et libertés de chacun et d'autre part, la sécurisation au plan national des habitants du Canada. Pour ce faire, le gouvernement canadien a mis en place un mécanisme qui est « cens[é] régler »⁷ cette tension dans le contexte de l'immigration, soit le certificat de sécurité, qui se retrouve au sein de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁸. La Cour suprême du Canada a invalidé en 2007, dans *Charkaoui I*, l'ancien mécanisme en exigeant une intervention « moins attentatoire » aux droits fondamentaux de la personne visée, au sens où le certificat ne portait pas le « moins possible » atteinte aux droits de la personne désignée, tel que le commande l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹ (ci-après, la « *Charte* »). C'est pourquoi une année plus tard, soit le 28 février 2008, le législateur fédéral a adopté une loi qui réinstaure le certificat de sécurité, caractérisé cette fois-ci par les avocats spéciaux¹⁰. Malgré cette bonification du régime, le

4 *Charkaoui c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9 au para 1, [2007] 1 RCS 350, juge en chef McLachlin [*Charkaoui I*]. Voir aussi l'opinion du gouvernement canadien dans Canada, *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale*, Ottawa, Bureau du conseil privé, 2004 à la p vii.

5 À ce sujet, voir par ex l'opinion du professeur Forcese dans Craig Forcese, *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*, Toronto, Irwin Law, 2008 à la p 14 [Craig Forcese].

6 *Public Committee Against Torture in Israel v The State of Israel* (1999), HCJ 5100/94 au para 39.

7 Nous reprenons ici l'expression utilisée par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 2.

8 *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27 [LIPR].

9 *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]. Voir *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 85.

10 Le mandat de l'avocat spécial consiste à défendre les intérêts de la personne intéressée lors de toute audience tenue à huis clos et *ex parte*. Derrière des portes closes, il peut contredire les prétentions gouvernementales selon lesquelles la divulgation de renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale. Il peut également contester la pertinence, la fiabilité et la suffisance des renseignements fournis par un ministre. Pour ce faire, il peut contre-interroger les témoins et faire des représentations : voir LIPR, *supra* note 9, art 85-85.6. Pour un article récent traitant des avocats spéciaux, voir David Jenkins, « There and Back Again: The Strange Journey of Special Advocates and Comparative Law Methodology » (2011) 42 Colum HRL Rev 279.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

certificat de sécurité continue de faire l'objet de nombreux dissentiments au sein de la société, et plus spécifiquement à travers la communauté juridique.

La procédure qui émane de ce certificat permet la détention de la personne visée. Le ministre de la Sécurité publique et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peuvent « lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention de la personne visée par le certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'elle constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'elle se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi »¹¹. La norme de preuve qui caractérise la détention d'un non-citoyen pour des raisons de sécurité nationale soulève à notre avis une remise en question. Alors qu'un verdict de culpabilité criminelle doit se fonder sur une preuve hors de tout doute raisonnable, dans le cadre relatif au certificat de sécurité, on accepte la détention sur la foi d'une norme de preuve beaucoup moins exigeante, c'est-à-dire celle des motifs raisonnables de croire. Le respect des principes de justice fondamentale qui émanent de l'article 7 de la *Charte*, notamment le droit à un procès juste et équitable, soulève une remise en question que nous désignons comme suit : est-il nécessaire, dans le contexte entourant le certificat de sécurité, de réviser la norme de preuve relative au régime entraînant une privation à la liberté du non-citoyen pour des raisons de sécurité nationale ? Dans l'affirmative, quelle doit être la nature de cette norme¹² ?

L'idée d'une norme de preuve plus contraignante nous a été inspirée par *Jaballah*¹³, décision dans laquelle la Cour fédérale a affirmé que la norme de preuve applicable au certificat de sécurité respectait les exigences de l'article 7 de la *Charte*¹⁴. En toute déférence, nous allons prétendre le contraire en argumentant que la Cour aurait dû prendre le soin de différencier les régimes que met en place le certificat de sécurité, soit le régime d'expulsion d'un côté, et le régime qui entraîne la détention de l'autre. Nous démontrerons que, eu égard aux droits fondamentaux, la norme de preuve utilisée pour priver un non-citoyen de sa liberté tombe en deçà de ce qui est exigé en dehors du contexte lié à l'admissibilité. Plus précisément, notre

11 *LIPR*, *supra* note 8, art 81. Spécifiquement, la *LIPR* prévoit que le non-citoyen qui fait l'objet d'un certificat de sécurité peut être protégé contre l'expulsion si le risque de torture ou de traitements cruels et inusités est plus important que le danger que cette personne représente pour le Canada. En d'autres mots, il est fort possible que l'intéressé fasse l'objet d'une détention indéfinie. Voir *LIPR*, *supra* note 8, art 112 et s, particulièrement art 113d).

12 Le présent article contribue à la doctrine relative au certificat de sécurité en ce qu'il suggère d'approcher ce mécanisme non pas comme établissant un seul, mais bien deux régimes : le régime d'expulsion versus le régime de détention. Même si quelques-uns l'ont aussi démontré (voir Jonathan Shapiro, « An Ounce of Cure for a Pound of Preventive Detention: Security Certificates and the Charter » (2008) 33 *Queen's LJ* 519 [Shapiro]; Jonathan M Coady, « Conditional Release of Terror Suspect in Canada: Lessons from the United Kingdom » (2010) 36 *Queen's LJ* 251 [*Lessons from the UK*]), à notre connaissance, aucun n'a, à ce jour, fait une analyse constitutionnelle complète de la norme de preuve applicable eu égard à cette distinction fondamentale.

13 *Jaballah (Re)*, 2010 CF 79 au para 43, [2011] 2 RCF 145 [*Jaballah*].

14 *Ibid* aux para 48-67. Voir aussi *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 882 au para 67, [2004] 1 RCF 528 [*Charkaoui 2003*]; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421 au para 105, [2005] 2 RCF 299 [*Charkaoui 2004*].

argumentation se fondera sur l'article 7 de la *Charte* qui garantit qu'on ne peut priver une personne de son droit à la liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Nous sommes d'avis que la norme de preuve exigée doit être corrélative au degré de limitation de liberté auquel est astreinte la personne visée. D'abord, nous établirons qu'un déséquilibre existe au sein du régime étant donné les graves conséquences auxquelles fait face un individu sous l'égide d'un certificat (I). Par conséquent, nous soutiendrons qu'une interprétation correcte des droits fondamentaux (II) entraîne l'inconstitutionnalité de la norme de preuve applicable au certificat de sécurité (III).

II. LE CERTIFICAT DE SÉCURITÉ EST UN RÉGIME DÉSÉQUILIBRÉ

Le certificat de sécurité n'est pas une procédure pénale, car il ne traite nullement du cas de personnes accusées au Canada. Il s'agit plutôt d'un mécanisme qui est relatif au droit de l'immigration. En prenant le soin de s'attarder aux impacts qu'engendre la procédure, nous constaterons qu'elle génère non pas un, mais bien deux régimes (A). Après avoir différencié le régime d'expulsion de celui de la détention du non-citoyen, nous examinerons la définition de la norme de preuve qui s'applique au certificat de sécurité (B).

A. La procédure applicable engendre des impacts plus que considérables

Le mécanisme se retrouve dans la partie 1, section 9 de la *LIPR*. Le ministre de la Sécurité publique et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration initient la procédure en signant un certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire, notamment pour des raisons de sécurité¹⁵. Au centre de cette étape de la procédure, il y a habituellement une opinion en ce qui a trait au niveau de risque que représente l'individu, qui est fourni par les services de renseignements¹⁶. Une fois signé, le certificat de sécurité est transmis à la Cour fédérale qui « décide du caractère raisonnable du certificat et l'annule s'il ne peut conclure qu'il est raisonnable »¹⁷. Dans un premier temps, « le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure d'expulsion en vigueur, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête »¹⁸. Le certificat de sécurité a pour objectif direct le renvoi du Canada du non-citoyen du fait qu'il représente une menace à la sécurité nationale. Il vise des individus qui sont

15 *LIPR*, *supra* note 8, art 77.

16 Voir Rayner Thwaites, « Discriminating Against Non-Citizens Under the Charter: Charkaoui and Section 15 » (2009) 34 *Queen's LJ* 669 à la p 691.

17 *LIPR*, *supra* note 8, art 78. La décision n'est susceptible d'appel que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci : *LIPR*, *supra* note 8, art 79. Cette modification a été adoptée suite à l'arrêt *Charkaoui I*, *supra* note 4. Avant 2008, aucun droit d'appel ne pouvait être soulevé.

18 *LIPR*, *supra* note 8, art 80.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

interdits de territoire selon nos lois sur l'immigration¹⁹. L'essence de la procédure est d'avoir une sanction quasi judiciaire d'une Cour pour que cette personne soit expulsée du Canada. Par conséquent, le certificat de sécurité est essentiellement un régime qui emporte une interdiction de territoire.

Dans un deuxième temps, le certificat de sécurité permet aux ministres d'arrêter et de détenir un non-citoyen qui constitue un danger pour la sécurité nationale²⁰. L'individu peut appliquer à la Cour fédérale pour faire réviser sa détention. La *LIPR* mentionne que la détention continuera tant et aussi longtemps que la mise en liberté sous conditions peut porter atteinte à la sécurité nationale²¹, sauf si, en soupesant le risque de torture auquel l'individu fait face avec le danger qu'il représente de mettre en péril la sécurité canadienne, la Cour en vient à la conclusion qu'il faut exceptionnellement l'expulser. Effectivement, la Cour suprême, en *obiter dictum* dans *Suresh*, n'a pas exclu « la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée, soit au terme du processus de pondération requis par l'art. 7 de la *Charte* soit au regard de l'article premier de celle-ci »²² et ce, malgré l'interdiction absolue d'agir ainsi²³. La Cour a toutefois ajouté que « la torture est une pratique si répugnante qu'elle supplantera dans pratiquement tous les cas les autres considérations qui sont

19 Voir par ex *Débats de la Chambre des communes*, 39^e parl, 2^e sess, n^o 19 (19 novembre 2007) à la p 1017 (Dave MacKenzie). Comparer *Construction Gilles Paquette Ltée c Les Entreprises Végo Ltée*, [1997] 2 RCS 299, 146 DLR (4^e) 193 [*Construction Gilles Paquette Ltée* avec renvois aux RCS] (« les débats parlementaires entourant l'adoption d'une loi sont à lire avec réserve puisqu'ils ne constituent pas toujours une source fidèle de l'intention du législateur » à la p 311).

20 *LIPR*, *supra* note 8, art 81. Avant 2008, et toujours suite à l'arrêt *Charkaoui I*, *supra* note 4, un mandat délivré par le ministre était requis pour l'arrestation d'un résident permanent (ancien art 82(1) de la version de la *LIPR* en vigueur entre le 12 décembre 2006 et le 21 février 2008), alors qu'aucun mandat n'était requis pour l'arrestation des autres non-citoyens (ancien art 82(2) de la version de la *LIPR* en vigueur entre le 12 décembre 2006 et le 21 février 2008). Aujourd'hui, un mandat est requis pour tous les non-citoyens.

21 *LIPR*, *ibid*, art 82(5). Avant 2008, un résident permanent était maintenu en détention si le juge était convaincu qu'il constituait toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustrairait vraisemblablement à la procédure ou au renvoi (*ibid*, ancien art 83(3) de la version de la *LIPR* en vigueur entre le 12 décembre 2006 et le 21 février 2008). Le fardeau initial d'établir ces faits incombait aux ministres (voir *Charkaoui 2003*, *supra* note 14 au para 21) alors que dans le cas d'un étranger, la mise en liberté pouvait être accordée sur preuve que la mesure n'était pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituait pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui (*ibid*, ancien art 84(2) de la version de la *LIPR* en vigueur entre le 12 décembre 2006 et le 21 février 2008). Contrairement à l'art 81 de la *LIPR*, l'art 84(2) de la *LIPR* en vigueur entre le 12 décembre 2006 et le 21 février 2008 imposait le fardeau de la preuve au détenu, ce qui a été jugé inconstitutionnel (voir *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 100).

22 *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1 au para 78, [2002] 1 RCS 3 [*Suresh*]; voir aussi *Almrei c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 54 au para 127, [2005] 3 RCF 142.

23 Voir *Convention contre la torture et d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, RT Can 1987 n^o36 (entrée en vigueur : 26 juin 1987), art 3; *Chahal c Royaume-Uni* [GC], n^o 22414/93, [1996] CEDH 54, 23 EHRR 413 au para 80. Pour une critique relative à l'exception de *Suresh*, voir par ex Kent Roach, *September 11: Consequences for Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2003 aux pp 100-06; David Dyzenhaus, « Intimations of legality amid the clash of arms » (2004) 2:2 Int J of Constitutional Law 244 à la p 267.

mises en balance, même les considérations de sécurité »²⁴. Dans ces circonstances, le certificat de sécurité entraîne un régime de détention chez le non-citoyen.

Partant de ce dernier cas de figure, nous soutenons que le régime de détention qui émane de la *LIPR* engendre des conséquences assimilables à celles occasionnées par une déclaration de culpabilité criminelle en ce qu'elle restreint la liberté de ceux qui sont sous l'égide d'un certificat²⁵. En effet, « [c]es certificats emportent des conséquences dont la gravité dépasse souvent celle de bien des accusations criminelles »²⁶. Un exemple patent de cette dernière assertion est celui selon lequel le régime de détention se prolonge indéfiniment compte tenu de l'« exception de *Suresh* » dont nous venons de traiter. Le gouvernement canadien a construit le Centre de surveillance de l'immigration de Kingston pour emprisonner ceux qui sont sous l'égide d'un certificat de sécurité. Surnommé le « Guantanamo du Nord », cet établissement offre des conditions de détention assimilables à celles auxquelles sont assujetties les criminels²⁷. En bref, « les dispositions concernant le processus du certificat de sécurité, prévoient des motifs de culpabilité plus larges et imposent des normes de preuve moins strictes que le *Code criminel* »²⁸.

B. La procédure applicable exige un degré de conviction plus que minimal

Avant d'aborder explicitement la norme des motifs raisonnables de croire qui s'applique aux certificats de sécurité, il convient d'abord de définir certaines normes

24 *Suresh*, supra note 22 au para 76. Voir aussi *Sogi c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 853 aux para 18, 20, [2005] 3 RCF 517 (décision dans laquelle la Cour fédérale a énoncé qu'en plus de devoir prouver un risque sérieux à la sécurité canadienne avant de déporter un réfugié dans son pays, il faut que les agents de l'immigration considèrent d'autres alternatives en remplacement du refoulement).

25 Par exemple, depuis les attentats du 11 septembre 2001, cinq personnes ont fait l'objet d'un certificat et tous ont été détenus de façon prolongée : voir Sécurité publique Canada, « Rapport final – Évaluation de l'Initiative sur les certificats de sécurité » (1 septembre 2012), en ligne : Sécurité Publique Canada <<http://www.securitepublique.gc.ca/abt/dpr/eval/sci-ics-09-10-fra.aspx>>. Notons qu'il ne reste plus que trois personnes qui sont sous l'égide d'un certificat, soit Mohamed Harkat, Mahmoud Jaballah et Mohammad Mahjoub. À noter que les certificats dont faisaient l'objet Adil Charkaoui et Hassan Almrei ont été révoqués en 2009. Voir *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 1030, [2010] 4 RCF 448 ; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 RCF 163 [*Almrei*].

26 *Charkaoui c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38 au para 54, [2008] 2 RCS 326 [*Charkaoui II*]. Voir aussi Graham Hudson, « Whither International Law? Security Certificates, the Supreme Court, and the Rights of Non-Citizens in Canada » (2009) 26 *Refugee* 172 à la p 174 [Graham Hudson]; Groupe de travail concernant l'arrêt *Charkaoui*, *Certificats de sécurité: analyse et recommandations*, Barreau du Québec, 2007 à la p 15, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/medias/positions/2007/20071109-memoire-certificats-securite.pdf>> [*Conférence de Me Doyon*].

27 Voir Mike Larsen et Justin Piché, « Exceptional State, Pragmatic Bureaucracy, and Indefinite Detention: The Case of the Kingston Immigration Holding Centre » (2009) 24:2 *CJLS* 203 (« [c]ombined with the enforcement of a daily routine, "movement controls," the maximum-security setting, and pervasive surveillance, these policies give detention at KIHCC the character of a penal regime » à la p 223).

28 *Charkaoui II*, supra note 26 au para 54, citant Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux, 2006 à la p 484.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

en matière de preuve, notions sur lesquelles le lecteur sera interpellé jusqu'à la fin du texte. Leur compréhension demeure utile dans le cadre de notre analyse, car elles feront l'objet d'une réflexion.

1. *La norme hors de tout doute raisonnable*

Cette norme de preuve n'est pas utilisée en droit de l'immigration. Cependant, l'expression « hors de tout doute raisonnable » est utilisée depuis très longtemps en droit criminel. Cette norme de preuve est un corollaire de la présomption d'innocence²⁹. La présomption d'innocence est quant à elle une notion développée depuis longtemps³⁰ en matière de droit criminel³¹. Elle est tellement enracinée que certains sont d'avis qu'elle se passe d'explication. Il faut toutefois éviter le fait de décrire cette expression comme étant ordinaire, dépourvue de sens spécial³². Ainsi, un doute raisonnable se caractérise notamment par les explications suivantes : (1) « un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé » ; (2) « il repose plutôt sur la raison et le bon sens » ; (3) « il a un lien logique avec la preuve ou l'absence de preuve » ; (4) « la norme n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue » ; (5) « il ne s'agit pas d'une preuve au-delà de n'importe quel doute » ; (6) « il ne s'agit pas non plus d'un doute imaginaire ou frivole » ; (7) « il faut davantage que la preuve démontre que l'accusé est probablement coupable »³³. Le jury qui conclut seulement que l'accusé est probablement coupable doit l'acquitter³⁴. Alors qu'on ne reconnaît pas de pourcentage au niveau de conviction exigé quant à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable³⁵, il en va tout autrement de la norme de la prépondérance des probabilités.

29 *R c Lifchus*, [1997] 3 RCS 320, 150 DLR (4^e) 733 [Lifchus] (« [s]i la présomption d'innocence est le fil d'or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d'argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal » au para 27).

30 Un grand juriste du XIX^e siècle, Simon Greenleaf, n'a pas craint de souligner que l'origine de la présomption d'innocence remontait aux temps de l'Antiquité à Athènes, Sparte et Rome notamment et même jusqu'au Deutéronome : voir *Coffin v United States*, (1895) 156 US 432, 15 S Ct 394 à la p 403.

31 Généralement, l'article 11 de la *Charte* qui garantit la présomption d'innocence à son alinéa *d*) accorde sa protection après qu'une personne ait été inculpée. Une personne est « inculpée » quand une dénonciation relative à l'infraction qu'on lui reproche est déposée ou quand un acte d'accusation est présenté directement sans dénonciation : voir *R c Kalanj*, [1989] 1 RCS 1594, 48 CCC (3^e) 459 [Kalanj] avec renvoi aux RCS]. Les droits garantis par l'article 11 de la *Charte* peuvent également être invoqués par les personnes que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des sanctions punitives, c'est-à-dire des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire : voir *Charte*, *supra* note 9 à la section III A.

32 Voir *Lifchus*, *supra* note 29 au para 37.

33 *Ibid* au para 36.

34 Voir *ibid*.

35 Pour une analyse très intéressante du pourcentage relatif à la norme de preuve hors de tout doute raisonnable eu égard au droit américain et britannique, voir Chris N Heffer, « The Language of Conviction and the Convictions of Certainty: Is 'Sure' an Impossible Standard of Proof? » (2007) 5:1 International Commentary on Evidence 1062.

2. La norme de la prépondérance des probabilités

Cette norme signifie que le juge des faits décide que la preuve est telle que le tribunal peut conclure qu'il est plus probable que le fardeau a été rencontré (51/49 %³⁶). Autrement dit, « le juge doit déterminer que l'existence d'un fait contesté est plus probable que son inexistence »³⁷. La norme de la prépondérance des probabilités sera respectée si la Cour est persuadée, d'après la preuve, qu'un fait contesté est plausible³⁸. « Il n'est donc pas requis que la preuve offerte conduise à une certitude absolue [...] ou mathématique »³⁹.

3. La norme des motifs raisonnables de croire applicable aux certificats de sécurité

Pourquoi le législateur a-t-il retenu la norme des motifs raisonnables de croire? Selon le raisonnement précédent, lorsqu'on examine les justifications relatives à la norme de preuve applicable, il faut traiter séparément le régime d'expulsion de celui de la détention. D'une part, un certificat de sécurité engendre une interdiction de territoire. Dans ces circonstances, nous croyons qu'une norme de preuve peu élevée, à l'instar de celle des motifs raisonnables de croire, peut se justifier dans la mesure où la personne qui est déportée peut éventuellement bénéficier de garanties procédurales plus élevées. Dans le cas contraire, l'absence de garanties juridiques convenables devrait vraisemblablement être compensée par un degré de conviction plus élevé en ce qui a trait à l'expulsion⁴⁰.

D'autre part, le certificat de sécurité peut engendrer un régime de détention. Lorsqu'on lit les débats de la Chambre des communes concernant le projet de loi, il est apparent qu'un des principaux arguments utilisés pour justifier ce régime de

36 Ce pourcentage est communément reconnu dans la communauté juridique. Voir par ex *Snell c Farrell*, [1990] 2 RCS 311 à la p 330, 72 DLR (4^e) 289; *R v Guyett*, 2010 ONSC 4575 au para 3, 1 MVR (6^e) 123; *Karran v Anderson*, 2009 BCSC 1105 au para 43, 180 ACWS (3^e) 361; *Howard v Wal-Mart*, 160 F (3^e) 358 à la p 359 (7^e Cir 1998); Pierre Tessier et Me Monique Dupuis, « Les qualités et les moyens de preuve » dans *Collection de droit 2011-2012*, École du Barreau du Québec, vol 2, *Preuve et procédure*, Montréal, Barreau du Québec, 2011 à la p 232, en ligne : <http://www.cajj.qc.ca/doctrine/collection_de_droit/2011/2/ii/2163/index.html>.

37 *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Obodzinsky*, 2003 CF 1080 au para 8, 246 FTR 180.

38 Voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Furman*, 2006 CF 993 au para 25, 57 Imm LR (3^e) 255; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Skomatchuk*, 2006 CF 994 au para 25, 57 Imm LR (3^e) 200. À noter également que l'expression « plus probable que le contraire » s'assimile à « plus vraisemblable que le contraire » : *Li c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 1 au para 23, [2005] 3 RCF 239.

39 Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008 à la p 125.

40 Cette dernière réflexion est une opinion de l'auteur qui est inspiré notamment du document suivant : Kent Roach, *supra* note 1 à la p 123. Dans ce même ordre d'idées, rappelons qu'en matière d'extradition, seule une preuve *prima facie* de la commission d'un crime (punissable dans les pays impliqués) suffit pour extraire la mise en cause. En effet, rappelons que les conventions relatives à l'extradition sont négociées avec des États qui peuvent offrir des garanties procédurales adéquates : voir *Canada c Schmidt*, [1987] 1 RCS 500, 39 DLR (4^e) 18; *Loi sur l'extradition*, LC 1999, c 18. Prenons note que l'argumentaire du présent texte porte spécifiquement sur le régime de détention qu'engendre le certificat de sécurité.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

détention est celui de la présumée existence des « cellules dormantes »⁴¹ au pays⁴². De plus, Stockwell Day, ministre de la Sécurité publique de l'époque, a clairement expliqué que le mécanisme que met en place le certificat de sécurité a pour but premier de contourner les garanties procédurales de nature criminelle⁴³. La Cour a résumé l'approche du législateur dans l'une des affaires *Charkaoui* comme suit :

Le législateur a choisi des normes *autres que la prépondérance de la preuve* parce que c'est ce que requiert la protection de la sécurité nationale. [...] Les situations et les entités qui menacent la sécurité nationale sont souvent difficilement détectables et ont pour objectif de frapper là où la société est la plus vulnérable. Les attentats à la sécurité nationale peuvent avoir des conséquences tragiques. Les personnes qui constituent une menace à la sécurité nationale ont souvent une « mission » pour laquelle elles sont prêtes à se sacrifier, elles sont difficilement identifiables et les réseaux sans frontière dont elles font partie sont très difficiles à percer. [...] *L'importance de l'intérêt en jeu, soit la sécurité nationale, me semble justifier le recours à des normes autres que la prépondérance de la preuve* [nos italiques]⁴⁴.

Il semble ressortir de ce qui précède deux éléments : (1) le certificat de sécurité, en matière de détention, est nécessaire lorsque le gouvernement ne possède pas de « preuve admissible en justice » qu'une personne a commis ou est en train de conspirer en vue de commettre un acte criminel au Canada⁴⁵ et

41 Dans le domaine du renseignement, une cellule dormante (ou agent dormant) est un agent provisoirement et délibérément inactif. Cet état vise généralement à contrer les mesures de détection adverses (contre-espionnage). L'agent dormant pose une difficulté sérieuse pour les services de contre-espionnage, puisqu'il peut difficilement être détecté par la surveillance de ses activités, qui ne le distinguent pas d'un individu ordinaire : voir *Charkaoui 2003*, *supra* note 14 au para 52 (opinion de Jean-Paul, agent du *Service canadien de renseignement de sécurité*).

42 Voir *Débats de la Chambre des communes*, 39^e parl., 2^e sess., n^o 19 (19 novembre 2007) à la p 1017 (Dave MacKenzie) ; *Débats de la Chambre des communes*, 39^e parl., 2^e sess., n^o 19 (19 novembre 2007) à la p 1022 (Serge Ménard) ; *Débats de la Chambre des communes*, 39^e parl., 2^e sess., n^o 19 (19 novembre 2007) à la p 1059 (Claude Bachand). Pour une étude exhaustive des débats parlementaires entourant l'adoption de la Loi C-3, voir Janet Cleveland, « From sleeper cells to 3-sided cells: Justifications for security certificates expressed during the debate on Bill C-3 », Conférence de l'Association canadienne des études sur les réfugiés et la migration forcée, présentée à l'université York, 16 juin 2008, en ligne : <<http://www.cerium.ca/From-sleeper-cells-to-three-sided>>.

43 Voir *Chambre des communes, Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, SECU n^o 4 (27 novembre 2007) (Stockwell Day). Comparer *Construction Gilles Paquette Itée*, *supra* note 20.

44 *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419 au para 126, [2004] 3 RCF 32. Notons qu'au para 134 de la décision, la Cour justifie à nouveau sa position en évoquant « la nécessité de protéger la sécurité nationale ». Voir aussi sur ce dernier point *Suresh*, *supra* note 22 au para 87 ; *Secretary of State for the Home Department v Rehman*, [2001] UKHL 47 au para 16. Il est cependant important de prendre note ici que nous allons argumenter en partie II et III, ci-dessous, que malgré la nécessité d'assurer la sécurité nationale, la norme de la preuve applicable en l'espèce est difficilement justifiable.

45 Pour une opinion semblable, voir par ex Kent Roach, « The Criminal Law and Terrorism » dans *Victor V Ramraj*, Michael Horet Kent Roach, dir, *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 129 à la p 143.

(2) la norme des motifs raisonnables de croire a été mise en place pour contrer le phénomène des cellules dormantes afin d'assurer un climat sécuritaire sur le plan national. Mais que veut-on dire exactement, dans le cadre du mécanisme prévu à la section 9 de la *LIPR*, lorsqu'on mentionne que le fardeau de preuve⁴⁶ se caractérise par la norme des motifs raisonnables de croire ?

Cette norme de preuve a été définie en matière d'immigration par la Cour fédérale d'appel dans *Jolly*⁴⁷, sous la plume de l'ancien juge en chef Thurlow. « Il ne s'agit pas pour le juge désigné de rechercher la preuve de l'existence des faits mais plutôt d'analyser l'ensemble de la preuve tout en se demandant si elle permet à une personne d'avoir une croyance raisonnable qu'il y a un danger pour la sécurité nationale »⁴⁸. La démarche d'apporter la preuve de l'inexistence d'un fait constitue une façon de démontrer qu'il n'y a pas raisonnablement lieu de croire en l'existence de ce fait, en ce que « [l]a Cour ne peut conclure au caractère raisonnable d'un certificat si elle est convaincue que la prépondérance de la preuve infirme ce que prétendent les ministres »⁴⁹. Cependant, même lorsque l'intéressé fournit un commencement de preuve déniait l'existence du fait lui-même, l'exécutif gouvernemental remplit son fardeau lorsqu'il établit une possibilité sérieuse de l'existence de ce fait⁵⁰. Le juge désigné doit analyser la preuve, en se demandant ce qui peut constituer un danger pour la sécurité nationale⁵¹. La Cour suprême dans *Suresh* a défini ce qu'est un tel danger de la façon suivante :

[...] une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada » si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d'un pays est tributaire de la sécurité d'autres pays. La menace doit être « grave », en ce sens qu'elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable⁵².

46 M N Howard, Peter Crane et Daniel A Hochberg, *Phipson on Evidence*, 14^e éd, London, Sweet & Maxwell, 1990 aux para 4-01, 4-02 (« [t]he phrase "burden of proof" is used to describe the duty which lies on one or other of the parties to establish a case or to establish the facts upon a particular issue [...] [and] the burden of proof lies upon the party who substantially asserts the affirmative of the issue »). Voir aussi *Robins v National Trust Co*, [1927] AC 515 à la p 520; *Montini Foods Ltd v Deputy Minister of National Revenue (Customs and Excise)* (1985), 10 TBR 196.

47 *Le Procureur général du Canada c Jolly*, [1975] CF 216 à la p 225, 54 DLR (3^e) 277 [*Jolly*].

48 *Charkaoui 2003*, *supra* note 14 au para 39.

49 *Almrei*, *supra* note 25 au para 101. Voir aussi *Harkat (Re)*, 2010 RCF 1242 au para 190, 380 FTR 163.

50 *Jolly*, *supra* note 47 aux pp 227-29. Voir aussi *Chiau c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 2 RCF 642, 141 FTR 81 (effectivement, « le motif raisonnable dépend dans tous les cas, non pas de l'existence effective, mais de la croyance légitime et raisonnable à l'existence de tel ou tel état de choses. Il n'est nullement essentiel que les faits soient établis de façon formelle et soient admis en preuve » au para 28). Comparer avec *R c Zeolkowski*, [1989] 1 RCS 1378 à la p 1385, 61 DLR (4^e) 725.

51 *Charkaoui 2003*, *supra* note 14 au para 45.

52 *Suresh*, *supra* note 22 au para 90.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

Bien qu'elle ne soit pas au niveau de la prépondérance des probabilités, cette norme de preuve doit donc tendre vers une possibilité sérieuse⁵³ « de l'existence de faits, tenant compte de preuves fiables et fondées »⁵⁴. Or, nous sommes d'avis que la privation de liberté qui s'inscrit dans le cadre du certificat de sécurité doit également respecter certaines règles propres aux droits fondamentaux.

III. LE CERTIFICAT DE SÉCURITÉ AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX

Le principe le plus fondamental du droit de l'immigration voulant que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer était venu, en pratique, justifier la négation du droit à une audition équitable pour les non-citoyens⁵⁵. Par les affaires *Charkaoui*, la Cour suprême est venue remettre les pendules à l'heure en réitérant le droit des détenus, selon la *LIPR*, à une audition juste et équitable et en rétablissant l'application régulière du droit aux non-citoyens (A). Alors que l'équilibre actuel entre la sécurité nationale et les droits humains demeure imparfait, la manière dont certains aspects du certificat de sécurité ont été améliorés suggère que le droit étranger est une ressource précieuse pour la protection des droits des non-citoyens au Canada (B).

A. La norme de preuve des « motifs raisonnables de croire » dorénavant assujettie à l'examen de l'article 7 de la *Charte* : répercussions de *Charkaoui I* et *II*

Adil Charkaoui est arrivé au Canada le 22 juillet 1995. Cependant, les lumières d'une enquête et d'une analyse du Service canadien du renseignement de sécurité ont mené à la conclusion qu'il existait des motifs raisonnables de croire que Charkaoui constituait une menace à la sécurité nationale. Ceci a mené, en date

53 *Chiau c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 CF 297 au para 60, 195 DLR (4^e) 422 (CAF). Voir aussi *Mugesera c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 40 au para 114, [2005] 2 RCS 100; *Jaballah*, *supra* note 14 au para 43; *Toronto Coalition to Stop the War c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 957 au para 66, 374 FTR 177; *Sivakumar c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 CF 433 à la p 445, 163 NR 197 (CAF). D'ailleurs, en droit de l'immigration canadien, il ne semble pas y avoir de différences importantes entre les mots « possibilité sérieuse » – tels qu'on les retrouve à l'article 1(F) de la Convention sur les réfugiés (Convention relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137, 189 UNTS 150) sous l'expression « raisons sérieuses de penser » et l'expression « motifs raisonnables de croire ». Effectivement, ces deux expressions exigent une norme moindre que la prépondérance des probabilités. Voir *Ramirez c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 CF 306 aux pp 311-12, 89 DLR (4^e) 173; *Satiacum v Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 7 Imm LR (2^e) 178 (disponible sur WL Can), juges Chambres, Howard et Anderson (dissident); *R v Secretary of State for the Home Dept, ex parte Sivakumaran and conjoined appeals*, [1988] 1 All ER 193 à la p 196.

54 *Charkaoui 2004*, *supra* note 14 au para 39. Voir aussi *Yao v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 741, [2003] FCJ 948 au para 28; *Sabour c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (2000) 195 FTR 69 au para 15, 9 Imm LR (3^e) 61.

55 Voir *Conférence de Me Doyon*, *supra* note 26 à la p 7. Voir aussi le raisonnement, *infra* note 155.

du 16 mai 2003, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada à signer un certificat de sécurité attestant que Charkaoui était interdit de territoire pour raison de sécurité. Au moment d'initier la contestation constitutionnelle dans l'affaire *Charkaoui* en juin 2003, les textes de doctrine⁵⁶ en droit de l'immigration rapportaient que le certificat de sécurité avait déjà été validé par le refus d'autorisation d'appel de la Cour suprême dans *Ahani*⁵⁷, une affaire qui concernait l'ancêtre du certificat de sécurité, c'est-à-dire les attestations de sécurité. Ainsi, toutes les prétentions du ministère de la Justice dans l'affaire *Charkaoui* se fondaient sur cette « supposée validation » du certificat de sécurité, qui résultait d'une mauvaise compréhension de la section 9 de la *LIPR*, des arrêts *Chiarreli*, *Ahani*⁵⁸, *Suresh*, *Medovarski*⁵⁹ et de la minimisation de l'arrêt clé reconnaissant aux demandeurs d'asile l'application de la *Charte* depuis 1985 dans l'affaire *Singh*⁶⁰. Incidemment, la Cour suprême dans *Charkaoui I* a rejeté la position ministérielle selon laquelle l'article 7 de la *Charte* ne s'appliquait pas aux détenus, du fait que l'expulsion d'un non-citoyen ne justifiait pas, en soi, son application⁶¹. Dorénavant, pour déterminer si l'article 7 s'applique, il faut « tenir compte des intérêts en cause plutôt que de la caractérisation juridique de la loi contestée »⁶². Les principes de justice fondamentale s'appliquent aux instances criminelles, non pas parce qu'il s'agit d'instances criminelles, mais parce que le droit à la liberté y est toujours en jeu⁶³.

56 Voir par ex Matthew Starnes et Aiden McNeil, « Security certificate process criticized » *The Lawyers Weekly* 24:6 (11 juin 2004) 16.

57 *Ahani c Canada*, [1996] ACF n° 937 au para 4, 201 NR 233, confirmant [1995] 3 CF 669, autorisation de pourvoi à la CSC refusée (3 juillet 1997).

58 *Ibid* au para 2. Force est de constater que la décision rendue en Cour d'appel fédérale pouvait porter à confusion. En réponse à l'argument selon lequel les droits touchés dans le contexte de l'immigration sont si cruciaux que les normes de justice fondamentale exigées par l'article 7 de la *Charte* doivent être très élevées, et proches de celles reconnues comme applicables au contexte criminel où les mêmes droits fondamentaux sont en jeu. La Cour a écrit (*ibid*, au para 4) :

Dans le contexte [de l'attestation de sécurité], nous nous trouvons devant un étranger qui peut perdre le droit restreint de demeurer au Canada qu'il a acquis en obtenant le statut de réfugié, mais dont la liberté ne sera pas par ailleurs entravée. Les principes et les politiques qui sous-tendent les deux contextes sont, à l'évidence, totalement différents, et les normes des sauvegardes procédurales requises pour satisfaire à la *Charte* doivent nécessairement différer.

59 *Medovarski c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51 au para 46, [2005] 2 RCS 539: « [à] elle seule, l'expulsion d'un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l'art. 7 [...] ».

60 *Singh c Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 RCS 177, 17 DLR (4^e) 422 [*Singh*].

61 *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 17.

62 *Ibid* au para 18. Voir aussi Hamish Stewart, « Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects really Constitutional? » (2005) 54 UNBLJ 235 à la p 242 [Hamish Stewart, « Indefinite Detention »] : « the process of testing the security certificate is subject to all of the principles of fundamental justice that have been developed in criminal cases ».

63 Voir par ex *R c Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 RCS 571 [*Malmo-Levine*]. (Si, pour une raison ou pour une autre, la vie, la liberté et la sécurité n'est pas en jeu dans une procédure pénale, l'État n'a pas à se conformer aux principes de justice fondamentale). Voir *R c Transport Robert (1973) Ltée* (2003), 68 RJO (3^e) 51 au para 18.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

C'est conformément aux enseignements de *Charkaoui I* que la Cour suprême a jugé dans *Charkaoui II* que le Service canadien du renseignement de sécurité avait une obligation de conservation et de communication stricte relativement à l'article 12 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité⁶⁴ :

L'application des garanties constitutionnelles accordées par l'art. 7 de la *Charte* ne dépend toutefois pas d'une distinction formelle entre les différents domaines du droit. Elle dépend plutôt de la gravité des conséquences de l'intervention de l'État sur les intérêts fondamentaux de liberté, de sécurité et parfois de droit à la vie de la personne. Par sa nature, la procédure des certificats de sécurité peut mettre gravement en péril ces droits [...]⁶⁵.

Par conséquent, la possibilité d'une détention ou encore d'un emprisonnement met en jeu le droit à la liberté. Conformément à la présomption de common law qui est en faveur de la liberté, tout usage du pouvoir étatique qui prive les individus de ce droit le plus élémentaire doit être caractérisé par un processus fondamentalement juste⁶⁶. Considérant l'application de l'article 7 de la *Charte*, la limite que l'État impose à la liberté de la personne visée par un certificat de sécurité doit nécessairement se conformer au principe de justice fondamentale selon lequel « l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable »⁶⁷. Effectivement, « [c]'est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l'application régulière de la loi, qui doit comporter un processus judiciaire valable »⁶⁸. *Charkaoui I et II* démontrent un changement dans l'attitude de la magistrature relativement à l'analyse de ce qu'est une procédure judiciaire

64 *Charkaoui II*, *supra* note 27 au para 53 ; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, LRC 1985, c C-23. Dans *Charkaoui II*, deux des questions en litige étaient les suivantes : le SCRS a-t-il une obligation de communication des informations qu'il détient ? Le cas échéant, quels sont les fondements et la portée de l'obligation de communication des informations détenues par le SCRS ?

65 *Charkaoui II*, *supra* note 27 au para 53. Comparer *Singh*, *supra* note 61 à la p 229 (« [l]es facteurs les plus importants lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de la justice fondamentale sur le plan de la procédure dans un cas donné sont la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour les personnes concernées » à la p 229) ; *Secretary of State for the Home Department v MB*, [2007] UKHL 46 au para 24 *in fine* :

[I]n any case in which a person is at risk of an order containing obligations of the stringency found in this case [...], the application of the civil limb of article 6(1) does in my opinion entitle such person to such measure of procedural protection as is *commensurate with the gravity of the potential consequences*. This has been the approach of the domestic courts in cases such as *B, Gough* and *McCann*, and it seems to me to reflect the spirit of the Convention » [nos italiques ; notes omises].

66 Voir Hamish Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2012 à la p 94 [Hamish Stewart, *Fundamental Justice*].

67 Voir *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 28 ; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c G (J)*, [1999] 3 RCS 46, 177 DLR (4^e) 124 [G (J)].

68 *États Unis c Ferras*, 2006 CSC 33 au para 19, [2006] 2 RCS 77 [Ferras].

équitable, un changement influencé par une appréciation des normes juridiques étrangères et internationales en général⁶⁹.

B. La norme de preuve des « motifs raisonnables de croire » aux yeux du droit étranger : aperçu des ordonnances de contrôle de l'Australie et du Royaume-Uni

Un système d'ordonnances de contrôle⁷⁰ australien a été implanté sous la *Anti-Terrorism Act (No 2), 2005 (Cth)*⁷¹. Cette loi a introduit une nouvelle division 104 dans le *Criminal Code Act 1995 (Cth)*, et permet l'imposition de certaines restrictions à la liberté dans le but de prévenir des actes terroristes. Afin qu'une ordonnance de contrôle soit imposée sur un individu, un membre sénior de la Police fédérale australienne doit obtenir la permission du Procureur général et ensuite appliquer à la Cour pour que celle-ci ordonne son émission⁷². Le tribunal peut alors émettre une ordonnance de contrôle s'il « est d'avis que, selon la *prépondérance des probabilités*, chacune des obligations, interdictions et restrictions dont fera l'objet la personne

69 Cela ressort effectivement de *Charkaoui I*, arrêt dans lequel la Cour suprême s'est fondée sur le système britannique lorsqu'elle a suggéré l'utilisation des avocats spéciaux comme remède constitutionnel. Pour une opinion semblable, voir Graham Hudson, *supra* note 27 à la p 173 ; *Lessons from the UK*, *supra* note 12 aux pp 253, 269. Comparer *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313 à la p 349, 38 DLR (4^e) 161, juge en chef Dickson :

En somme, bien que je ne croie pas que les juges soient liés par les normes du droit international quand ils interprètent la *Charte*, il reste que ces normes du droit constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne.

(Le juge en chef Dickson a émis la même opinion dans *Slaight Communication Inc c Davidson*, [1989] 1 RCS 1038 aux pp 1056-58, 59 DLR (4^e) 416).

70 À ne pas mélanger avec les ordonnances de détention préventive (en anglais, preventive detention orders). Sous la loi de l'Australie, une personne peut être détenue de façon préventive pour une courte période de temps si les policiers « have reasonable grounds to believe » que cette personne est, notamment, reliée à des activités terroristes (voir *Criminal Code Act 1995 (Cth)*, art 105.4(4) et (6) [*Criminal Code Act*]). Ce type de régime est assimilable à celui que le Gouvernement Harper désire réintroduire au sein du *Code criminel* (voir par ex Marie Vastel, « Harper veut ramener des mesures antiterrorisme », *La Presse Canadienne* (7 septembre 2011), en ligne : cyberpresse.ca <<http://www.cyberpresse.ca/actualites/quebec-canada/politique-canadienne/201109/07/01-4432304-harper-veut-ramener-des-mesures-antiterrorisme.php>>).

71 Pour une discussion approfondie à ce sujet, voir Gregory Rose et Diana Nestorovska, « Australian counter-terrorism offences: Necessity and clarity in federal criminal law reforms » (2007) 31 *Crim LJ* 20 aux pp 41-46; Andrew Lynch et Alexander Reilly, « The Constitutional Validity of Terrorism Orders of Control and Preventive Detention » (2007) *FJLR* 101 [Andrew Lynch]; Anthony Gray, « Standard of Proof, Unpredictable Behaviour and the High Court of Australia's Verdict on Preventive Detention Laws » (2005) 10:1 *Deakin Law Review* 177; Paul Fairall et Wendy Lacey, « Preventative Detention and Control Orders Under Federal Law: The Case for a Bill of Rights » (2007) 31:3 *Melbourne UL Rev* 1072; Sascha-Dominik Bachmann et Matthew Burt, « Control Orders Post 9-11 and Human Rights in the United Kingdom, Australia and Canada: A Kafkaesque Dilemma? » 15:2 *Deakin Law Review* 131; Keiran Hardy, « Bright Lines and Open Prisons: The Effect of a Statutory Human Rights Instrument on Control Order Regimes » (2011) 36:1 *Alternative Law Journal* 4.

72 *Criminal Code Act*, *supra* note 70, art 104.2(2), 104.3.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

visée par l'ordonnance sont raisonnablement nécessaires, appropriées et adaptées à l'objectif poursuivi, à savoir la protection du public contre un acte terroriste » [nos italiques ; notre traduction]⁷³. Les restrictions qui peuvent être imposées en vertu d'une ordonnance de contrôle incluent, par exemple, l'interdiction de se trouver dans certains lieux, l'obligation de porter un dispositif de localisation et l'interdiction de communiquer ou de s'associer à des personnes particulières⁷⁴.

La constitutionnalité de ce mécanisme a fait l'objet d'un débat devant la High Court of Australia dans *Thomas*⁷⁵. Un des aspects clé du jugement majoritaire se traduit par la conception selon laquelle les restrictions imposées durant la durée de vie d'une ordonnance de contrôle sont conceptuellement différentes d'une détention sous garde étatique. Ainsi, le juge en chef Gleeson a rapidement renoncé à l'argument du requérant selon lequel la Cour devait nécessairement conclure à une responsabilité criminelle compte tenu de la nature des conséquences du régime. Il a reconnu qu'une ordonnance de contrôle peut impliquer une privation importante de liberté, mais a jugé que ces restrictions préventives sur la liberté par voie judiciaire étaient fondamentalement et conceptuellement différentes d'une détention sous garde étatique⁷⁶. Autrement dit, sans se prononcer spécifiquement sur la norme de preuve applicable qui est la prépondérance des probabilités, les juges majoritaires ont considéré qu'une preuve hors de tout doute raisonnable n'était pas requise lorsqu'une décision visait à restreindre la liberté d'un individu⁷⁷.

Contrairement à l'approche majoritaire dans *Thomas*, un examen de la jurisprudence relative aux ordonnances de contrôle britannique⁷⁸ suggère que l'examen d'un régime antiterroriste doit se faire dans les limites des instruments

73 *Ibid*, art 104.4(1)(d).

74 Voir la liste complète des restrictions : *ibid*, art 104.5(3).

75 *Thomas v Mowbray*, [2007] HCA 33, 233 CLR 307 [*Thomas*]. L'ordonnance de contrôle dont faisait l'objet Jack Thomas le contraignait notamment à rester dans sa maison entre 00 h 00 et 05 h 00 chaque jour ainsi qu'à se rapporter à un poste de police trois fois par semaine. Il lui était de plus interdit de quitter l'Australie et de communiquer avec 50 personnes spécifiées : voir *Jabbour v Thomas*, [2006] FMCA 1286.

76 *Thomas, ibid* au para 18. Alors que le jugement majoritaire n'a donné que très peu de poids (voire aucun) aux conséquences possibles d'une ordonnance de contrôle pour la liberté d'un individu, notons que le juge Kirby en dissidence a exprimé sa préoccupation selon laquelle le régime risquait de violer des libertés fondamentales, tel que le droit à la liberté individuelle et le droit à une procédure équitable en droit de la personne et en droit international (voir *Thomas, ibid* aux para 355, 379-80).

77 Notons que c'est l'argument selon lequel le régime ne respectait pas la séparation des pouvoirs qui a été soulevé principalement. Il ressort de *Thomas, ibid*, que la norme de preuve de la prépondérance des probabilités est, à tout le moins, nécessaire au respect de la séparation des pouvoirs. Voir par ex Andrew Lynch, *supra* note 71.

78 Notons que le système des ordonnances de contrôles sous l'égide de la *Prevention of Terrorism Act 2005*, (R-U), c 2 [POTA] a été remplacé en date du 23 mai 2011 par le système des mesures d'enquête sur la prévention du terrorisme maintenant régis par la *Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011* (R-U), c 23. Pour une comparaison de ces deux régimes, voir Clive Walker et Alexander Horne, « The Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011: One Thing but Not Much the Other? » (2012) *Crim L Rev*, 421.

relatifs aux droits humains. Mais remettons d'abord la législation relative à ces ordonnances de contrôle dans leur contexte. Après les attaques de septembre 2001, le Royaume-Uni a modifié sa loi sur l'immigration⁷⁹ de manière à permettre une détention indéfinie des non-citoyens suspects d'être impliqués dans des activités terroristes, lorsque ceux-ci ne pouvaient être déportés, par exemple, pour des considérations reliées à la torture. Cette mesure a cependant été jugée illégale en 2004 par la Chambre des Lords dans *A and others v Secretary of State for the Home Department*⁸⁰, notamment parce qu'une détention indéfinie, a-t-on jugé, était contraire à l'article 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme*⁸¹. En réponse à cette dernière décision, le Parlement du Royaume-Uni a voté la *POTA* de façon à permettre l'imposition des ordonnances de contrôle⁸². Tout comme le régime australien, une ordonnance de contrôle est un mécanisme imposant des obligations sur une personne dont l'objectif est de protéger le public contre le risque d'un acte de terrorisme⁸³. Mais dorénavant, la *POTA* « établit une distinction claire et fondée sur des principes entre les ordonnances de contrôle qui ont pour effet de priver une personne de sa liberté et celles qui n'ont pas cet effet. Elle reconnaît qu'une personne *ne peut être privée de sa liberté sur la seule foi d'un soupçon raisonnable* » [nos italiques; notre traduction]⁸⁴.

Le mécanisme est divisé en deux. D'une part, les ordonnances de contrôle non-dérogatoires, celles qui ne constituent pas une violation de la *CEDH*. Par exemple, elles peuvent réglementer le lieu de résidence d'une personne, déterminer les personnes qui peuvent y avoir accès et limiter la présence de la personne visée dans des lieux situés à l'intérieur du Royaume-Uni. La personne peut également se voir obligée d'accepter une fouille sur elle ou dans sa résidence ainsi que d'être contrainte de porter un équipement de surveillance électronique⁸⁵. Ces dernières mesures visent à restreindre la liberté et pour ce faire, la *POTA* exige « des motifs raisonnables de soupçonner que la personne est mêlée à des activités de terrorisme ou qu'elle l'a déjà été » [notre traduction]⁸⁶.

79 *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (R-U), c 24, art 23.

80 *A and others v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56, [2005] 2 WLR 87.

81 *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [CEDH]. Les Lords ont de plus mentionné qu'il n'existait pas de raison de présumer qu'un non-citoyen présentait une menace plus grande pour la sécurité de la nation qu'un citoyen (les attentats à la bombe de Londres en 2005 confirment cette dernière assertion en ce que 3 des 4 terroristes étaient des citoyens britanniques). Ils ont jugé qu'il y avait absence de lien rationnel entre la loi et les considérations de sécurité pour ainsi conclure que la mesure n'était pas strictement requise eu égard aux exigences situationnelles. Pour une discussion plus approfondie à ce sujet, voir par ex *Secretary of State for the Home Department v JJ*, [2007] UKHL 45, 85 WLR 642 [JJ avec renvois aux WLR].

82 Notons que dans *Secretary of State for the Home Department v E*, [2008] 1 AC 499, [2007] 3 WLR 720, une majorité de la Chambre des Lords a conclu que des charges criminelles doivent être entreprises lorsque la preuve est suffisante à une poursuite criminelle.

83 Voir *POTA*, *supra* note 82, art 1.

84 *JJ*, *supra* note 81 à la p 666.

85 *POTA*, *supra* note 82, art 1(4).

86 *Ibid*, art 2.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

D'autre part, dans leur forme la plus stricte, ces ordonnances de contrôle peuvent limiter le suspect à se trouver dans un endroit particulier, ce qui équivaut *de facto* à une détention⁸⁷. Vraisemblablement, ce dernier cas de figure ne peut être engendré que par une ordonnance de contrôle dérogatoire, laquelle équivaut à une violation de la CEDH, sauf si la mesure est correctement entreprise, et ce, en temps opportun⁸⁸. Dans cet ordre d'idées, contrairement à la High Court of Australia dans *Thomas*, la majorité de la Chambre des Lords a décidé dans *JJ* qu'il n'existe pas de distinction claire entre une restriction à la liberté et une détention sous garde étatique⁸⁹. Par exemple, même si les juges Bingham, Hales et Brown ont tous considéré que l'imposition d'un couvre-feu constitue une « détention dans une prison ouverte » [notre traduction]⁹⁰, le juge Brown a aussi souligné qu'une ordonnance de contrôle imposant un couvre-feu de 16 heures ne violerait pas l'article 5 de la CEDH⁹¹. Cependant, il ressort clairement de la *POTA* et de la jurisprudence y étant relative que, à tout le moins, lorsqu'on prive la personne de sa liberté en la mettant sous garde étatique, la Cour doit conclure que « la preuve démontre, selon la *prépondérance des probabilités*, que la personne visée par l'ordonnance de contrôle est mêlée à des activités de terrorisme ou qu'elle l'a déjà été » [nos italiques ; notre traduction]⁹². Effectivement, au moment de l'adoption de la *POTA*, le législateur a considéré qu'une norme de preuve plus contraignante devait caractériser une privation de liberté :

87 Craig Forcese, *supra* note 5 aux pp 598-99.

88 *Ibid.* Voir aussi CEDH, *supra* note 81, art 15(1) : « [c]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ».

89 *JJ*, *supra* note 81 aux pp 652, 655. Voir aussi *Secretary of State for the Home Department v E and another (Appellant)*, [2007] UKHL 47, 1 All ER 699 ; *Secretary of State for the Home Department v AF and Another (Appellant)*, [2008] EWCA Civ 1148 au para 35 ; *Guzzardi c Italie* (1980), 39 CEDH (Sér A) 5, 3 EHRR 333 au para 93 ; *A et autres c Royaume-Uni [GC]*, n° 3455/05, [2009] CEDH 301, 49 EHRR 29 au para 203 :

L'exigence d'équité procédurale découlant de l'article 5 § 4 n'impose pas l'application de critères uniformes et immuables indépendants du contexte, des faits et des circonstances de la cause. Si une procédure relevant de l'article 5 § 4 ne doit pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 prescrit pour les litiges civils ou pénaux, elle doit revêtir un caractère judiciaire et offrir à l'individu mis en cause des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté dont il se plaint (voir, par exemple, *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1979, § 57, série A n° 33 ; *Bouamar c. Belgique*, 29 février 1988, §§ 57 et 60, série A n° 129 ; *Wloch c. Pologne*, n° 27785/95, § 125, CEDH 2000-XI ; *Reinprecht c. Autriche*, n° 67175/01, § 31, CEDH 2005-XII).

Voir aussi *R (Cart) v Upper Tribunal* (2009), [2009] EWCH 3052 (Admin) au para 102, [2010] 1 All ER 908.

90 *JJ*, *supra* note 81 à la p 656.

91 *Ibid* à la p 679. Notons ici la dissidence de Lord Hoffman dans *JJ* selon laquelle une interprétation plus étroite du droit à la liberté devrait prévaloir, affichant de ce coup la même opinion que la majorité dans *Thomas*, *supra* note 75 au para 36. Ce raisonnement a aussi été supporté par Lord Carswell qui était d'avis que le droit à la liberté de l'article 5 de la CEDH devait être interprété restrictivement comme étant une « physical incarceration and restraint » : voir *JJ*, *supra* note 81 à la p 667.

92 *POTA*, *supra* note 82 art 4(7)(a).

Nous acceptons la *prépondérance des probabilités* comme norme de preuve pour les ordonnances dérogatoires parce que le fait de *priver* une personne de sa liberté constitue une sanction sévère. Cependant, nous n'acceptons pas cette norme pour les ordonnances non dérogatoires parce que le fait de restreindre la liberté d'une personne diffère du fait de l'en priver. Notre position est claire » [nos italiques ; notre traduction]⁹³.

Les tribunaux britanniques sont sans équivoque – la norme de preuve doit être proportionnelle au degré de restriction de liberté imposée par l'État :

Il existe clairement un moment où un couvre-feu quotidien (qui constitue en soi une restriction au droit d'une personne de circuler librement) se transforme en une mesure semblable à une assignation à résidence qui, dans les faits, laisse si peu de liberté qu'elle en devient une privation de liberté. La Loi de 2005 reconnaît elle-même que les ordonnances de contrôle pouvant être accordées peuvent être si sévères qu'elles peuvent dépasser les limites et nécessiter une dérogation à l'article 5 ; elle reconnaît également que le droit à la liberté physique constitue un droit ayant une importance telle qu'il nécessite une dérogation *mais également un critère de preuve beaucoup plus rigoureux pour l'imposition d'une telle privation : il faut établir que la personne visée est effectivement mêlée à des activités de terrorisme ou qu'elle l'a déjà été ; des motifs raisonnables de le soupçonner ne suffisent pas* [nos italiques ; notre traduction]⁹⁴.

La norme de preuve qui caractérise le certificat de sécurité ne fait aucune distinction entre le concept de restriction et celui de privation de liberté. Une norme de preuve devrait varier en fonction de la sévérité de la limitation de liberté à laquelle est astreinte la personne visée. Une privation de liberté ne devrait donc pas être imposée sur la foi d'une norme de preuve trop minimale.

IV. LORSQUE LE CERTIFICAT DE SÉCURITÉ ENTRAÎNE UNE PRIVATION DE LIBERTÉ, UNE NORME DE PREUVE DIFFÉRENTE EST REQUISE

Nous allons maintenant traiter la thèse que les motifs raisonnables de croire, en tant que norme de preuve relative à une privation de liberté, sont inconstitutionnels. Tout d'abord, la norme ne respecte pas l'article 7 de la *Charte* (A). Ensuite, la norme

93 R-U, HL, *Parliamentary Debates*, vol 431, col 1797 (10 mars 2005) (Ms Hazel Blears).

94 *JJ*, *supra* note 81 à la p 678.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

est inconstitutionnelle parce qu'elle représente, eu égard à l'article 1 de celle-ci, un déséquilibre plus qu'appréciable dans le cadre de l'importance que revêt le respect des droits fondamentaux au cœur d'un contexte de droit à la sécurité nationale (B).

A. La norme de preuve des « motifs raisonnables de croire » est contraire aux principes de justice fondamentale

Dans le cadre de l'examen du régime de détention caractérisant le certificat de sécurité, il convient de vérifier si la présomption d'innocence – qui protège traditionnellement une personne « inculpée » d'une infraction criminelle⁹⁵ – ne protège pas également la personne visée par un certificat. La Cour suprême mentionne que la présomption d'innocence, « [b]ien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte*, [. . .] relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la *Charte* »⁹⁶. Posons-nous la question à savoir si le paragraphe 11*d*) de la *Charte* s'applique en l'espèce étant donné que « lorsqu'une plainte est visée directement par une garantie très précise des art. 8 à 14, il convient alors d'examiner la contestation fondée sur la *Charte* au regard de cette disposition et non de l'art. 7 »⁹⁷.

Dans *Wigglesworth*, la Cour suprême du Canada a déclaré que « [l]'article [11] est destiné à offrir des garanties en matière de procédure dans des affaires qui peuvent entraîner des conséquences pénales, même s'il ne s'agit pas d'affaires criminelles au sens strict »⁹⁸. La Cour mentionne qu'« une véritable conséquence pénale qui entraînerait l'application de l'art. 11 est l'emprisonnement ou une amende qui par son importance semblerait imposée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que pour maintenir la discipline à l'intérieur d'une sphère d'activité limitée »⁹⁹. Il a été jugé que « [l]es procédures de nature administrative engagées pour protéger le public conformément à la politique générale d'une loi ne sont pas [...] le genre de procédures relatives à une "infraction", auxquelles s'applique

95 Voir *Kalanj*, *supra* note 31 à la p 1606.

96 *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103 à la p 119, 26 DLR (4^e) 200 [*Oakes*]. Voir aussi *R c Wholesale Travel Group*, [1991] 3 RCS 154 à la p 190, 84 DLR (4^e) 161 [*Wholesale Travel Group*]; *R c Seaboyer*, [1991] 2 RCS 577, 83 DLR (4^e) 193 [*Seaboyer*]; *R c Harrier*, [1995] 3 RCS 562, 128 DLR (4^e) 98.

97 *Dehghani c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 RCS 1053 à la p 1076, 101 DLR (4^e) 654 [*Dehghani*]. Voir aussi *R c Généreux*, [1992] 1 RCS 259 à la p 310, 88 DLR (4^e) 110; *R c Pearson*, [1992] 3 RCS 665 à la p 688, 144 NR 243 [*Pearson*].

98 *R c Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541 à la p 542, 45 DLR (4^e) 235 [*Wigglesworth*]. La Cour a établi que l'article 11 s'applique aux procédures qui entraînent de « véritables conséquences pénales ». Dans cette affaire, on a jugé que la possibilité que le Tribunal du service de la GRC inflige aux agents de cette force policière une peine d'emprisonnement d'un an pour inconduite professionnelle grave tombait sous le coup de l'article 11, même si les procédures étaient davantage de nature disciplinaire que criminelle ou quasi criminelle. Ainsi, la Cour a ajouté qu'une infraction mineure au *Code de la route*, même si elle n'entraîne aucune conséquence lourde, entrerait dans le champ d'application de l'article 11 de la *Charte* en raison de la nature criminelle ou quasi criminelle des poursuites.

99 *Ibid* à la p 561. Voir aussi *R c Shubley*, [1990] 1 RCS 3, 65 DLR (4^e) 193.

l'art. 11 »¹⁰⁰. Même si « [l]a confirmation du caractère raisonnable du certificat de sécurité n'est pas une mesure purement administrative, puisqu'un juge de la Cour fédérale en devient responsable »¹⁰¹, il semble peu probable que la personne sous l'égide d'un certificat de sécurité puisse profiter de la norme de preuve hors de tout doute raisonnable qui est « [i]nextricablement liée à la présomption d'innocence [...] »¹⁰², et ce, dans le cadre d'une analyse propre au paragraphe 11*d*). En effet, « [l]es droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* peuvent être invoqués par les personnes que l'État poursuit pour des infractions publiques comportant des *sanctions punitives*, c.-à-d. des infractions criminelles, quasi criminelles et de nature réglementaire [...] » [nos italiques]¹⁰³. Bien que le certificat de sécurité puisse être considéré comme mettant en œuvre une procédure quasi criminelle¹⁰⁴, cette dernière ne vise cependant pas à punir, mais bien à neutraliser le non-citoyen en l'isolant de la société canadienne, et ce, en attendant sa déportation¹⁰⁵. À l'inverse, les dispositions de nature criminelle mises en place, par exemple, par la *Loi antiterroriste*¹⁰⁶ visent à prévenir ou à punir des actions ou omissions antisociales¹⁰⁷. Cependant, lorsque les garanties des articles 8 à 14 ne s'appliquent pas, les principes qui les sous-tendent et les intérêts que celles-ci protègent appuient parfois la reconnaissance de principes

100 *Wigglesworth, ibid* à la p 560.

101 *Charkaoui II, supra* note 26 au para 55.

102 *R c Starr*, 2000 CSC 40 au para 97, [2000] 2 RCS 144.

103 *Wigglesworth, supra* note 99 à la p 554. Voir aussi Marc Rosenberg, « The Charter: Presumptions and the Duty on the Prosecution to Provide Evidence to the Defence » (1985) 31 MVR 181 (« [h]owever, counsel should be aware that there could be an argument that the presumption of innocence only embraces the standard of proof beyond a reasonable doubt in truly criminal cases and that some lesser standard is constitutionally permissible in quasi-criminal proceedings » à la p 182); David J Mullan, *Administrative Law*, 5^e éd, Toronto, Emond Montgomery, 2003 aux pp 213-14 (il semble que les tribunaux canadiens ont été réticents à étendre l'article 11 de la *Charte* au-delà des contextes strictement pénaux).

104 Voir Gus Van Harten, « Weaknesses of adjudication in the face of secret evidence » (2009) 13 Int'l J Evidence & Proof 1 à la p 6. Voir aussi *JJ, supra* note 82; Graham Hudson, *supra* note 26 à la p 173.

105 Michael Plaxton, « Duff's Answers » (2009) 13 Can Crim L Rev 297 à la p 299 [Michael Plaxton] (« the aim, with respect to each of their "alternative" modes of detention [en parlant notamment du certificat de sécurité], is to incapacitate rather than punish [nos italiques] »). Voir aussi *Charkaoui I, supra* note 4 au para 105 (« [i]l est donc clair que la *LIPR*, qui n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion [...] »).

106 *Loi antiterroriste*, LC 2001, c 41 [*LAT*].

107 Voir *Demande fondé sur l'art 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 RCS 248 [*Demande fondé sur l'art 83.28 du Code criminel*] (« [n]ous concluons que la Loi [*LAT*] a pour objet de prévenir et de punir les infractions de terrorisme » au para 40). Il importe de bien clarifier la distinction entre le régime du certificat de sécurité et le régime pénal qui est établi dans le cadre de la *LAT*. D'une part, le certificat de sécurité soulève un enjeu qui est relatif à une question d'admissibilité au territoire canadien. D'autre part, le régime pénal qui émane de la *LAT* soulève un enjeu qui est relatif au droit criminel, c'est-à-dire à la prévention et à la punition d'infractions terroristes. Soyons clairs, le présent article critique le régime de détention que met en œuvre, de façon indirecte, le certificat de sécurité et non pas le régime pénal qui émane de la *LAT*. Dans le présent article, les références à cette dernière loi ne visent qu'à comparer les garanties procédurales offertes dans un cadre de droit criminel relatif au terrorisme avec celles qui sont offertes dans le cadre du certificat de sécurité.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

de justice fondamentale émanant de l'article 7 de la *Charte*¹⁰⁸. Il convient donc de poursuivre notre analyse constitutionnelle de la norme de preuve applicable au certificat de sécurité eu égard spécifiquement à l'article 7 de la *Charte*.

L'article 7 est un article fondamental et substantiel. L'approche de cet article est aujourd'hui bien connue¹⁰⁹. Le demandeur doit d'abord démontrer que la conduite de l'État met en jeu l'un des trois intérêts protégés : la vie, la liberté ou la sécurité de sa personne. Étant donné que le certificat de sécurité met en jeu la liberté de la personne visée, l'article 7 trouve son application¹¹⁰. Si l'expulsion en elle seule n'est pas une « véritable conséquence pénale » au sens que donne *Wigglesworth* à cette expression¹¹¹, et donc que le fait d'être expulsé n'enfreint pas les droits garantis par l'article 7¹¹², rappelons que ce sont les conséquences reliées à la procédure en question, c'est-à-dire la détention prolongée (ainsi que la possibilité d'être expulsé et subir des traitements cruels et dégradants), qui font du certificat de sécurité un mécanisme assujéti aux principes de justice fondamentale qui découlent de l'article 7 de la *Charte*. Une fois qu'il est établi que l'article 7 est en jeu, la personne visée doit identifier un principe de justice fondamentale et démontrer que la manière dont l'État se conduit affecte son droit non conformément à ce principe. En l'espèce, il est question du respect au droit à un procès juste et équitable, un principe qui caractérise la justice fondamentale tant dans le domaine du droit international que canadien. « Le principe de justice fondamentale primordial qui est applicable ici est le suivant : l'État ne peut détenir

108 Voir Hamish Stewart, *Fundamental Justice*, supra note 66, aux pp 8-9 pour la même opinion. Voir par ex *Dehghani*, supra note 98 à la p 1076 pour une illustration de ces propos. Voir aussi *Renvoi sur la MotorVehicule Act (C-B)*, [1985] 2 RCS 486 aux pp 502-03, 24 DLR (4^e) 536 [*MotorVehicule Act*] (rappelons d'ailleurs que les garanties spécifiques qu'on retrouve aux articles 8 à 14 de la *Charte* ne sont pas séparées et distinctes de celles contenues à l'article 7 de la *Charte*) ; *Seaboyer*, supra note 97 à la p 603 ; *B (R) c Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 RCS 315 à la p 366, 122 DLR (4^e) 1 ; *Gérald-A Beaudoin et M^e Pierre Thibault, La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 2004 à la p 1007. Voir *Pearson*, supra note 98 (notons également qu'il a été jugé que « l'al. 11d) n'épuise pas le champ d'application de la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte* » à la p 668). Comparer *Belhumeur c Savard*, [1988] RJQ 1526, 54 DLR (4^e) 105 (CA) (décision dans laquelle la Cour d'appel a repris les propos de la Cour suprême dans *Wigglesworth*, et a affirmé que l'alinéa 11c) de la *Charte* ne saurait trouver application en matière disciplinaire, et elle a de plus spécifié que l'article 7 de la *Charte* ne pouvait être invoqué pour le suppléer).

109 Voir par ex Hamish Stewart, « Section 7 of the Charter and the Common Law Rules of Evidence » (2008) 40 SCLR (2^e) 415 aux pp 416-17 pour un examen complet du test de l'article 7.

110 Voir *Charakaoui I*, supra note 4 au para 18 ; *Jaballah*, supra note 14 aux para 6-8. Voir aussi Hamish Stewart, *Fundamental Justice*, supra note 67, aux pp 71-72 («[s]ection 7 is meant to ensure that any state-imposed deprivation of liberty complies with the principles of fundamental justice. For example, the liberty interest is engaged in civil contempt proceedings if incarceration is a possible consequence on a finding of contempt, even though the proceedings as a whole might not be characterized as penal »), citant *McClure v Backstein* (1987), 17 CPC (2^e) 242 à la p 248 (Ont H Ct J) ; *Burgoyne Holdings v Magda* (2005), 74 OR (3^e) 417 au para 22 (CS).

111 *Hurd c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 CF 594 à la p 601, 90 NR 31 (CAF).

112 Voir *Hoang c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] ACF n^o 1096 au para 12, 13 Imm LR (2^e) 35 (CAF).

longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable »¹¹³.

La démarche qu'il convient d'appliquer lorsqu'on analyse la norme de preuve des motifs raisonnables de croire applicable au certificat de sécurité eu égard à l'article 7 est essentiellement un processus de pondération dont l'issue dépend non seulement de considérations inhérentes au contexte général, mais également de facteurs liés aux circonstances et à la situation de la personne que l'État veut détenir¹¹⁴. D'un côté, il y a l'intérêt légitime à combattre le terrorisme et à protéger la sécurité nationale et de l'autre, il y a l'engagement constitutionnel du Canada envers la liberté et l'équité procédurale¹¹⁵. « Les mesures requises pour assurer la justice fondamentale doivent [donc] tenir compte des exigences propres au contexte de la sécurité »¹¹⁶. La question à se poser est donc la suivante : est-ce que l'affirmation selon laquelle la sécurité nationale est en jeu peut venir justifier une dérogation importante – en l'occurrence, une norme de preuve très peu exigeante – au principe selon lequel l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable, en gardant à l'esprit que si le caractère raisonnable du certificat de sécurité est confirmé, la personne va être indéfiniment en détention¹¹⁷? Un examen de la jurisprudence canadienne nous guide vers une réponse négative. Cet examen se fera en deux temps. D'abord, nous allons analyser la jurisprudence qui est relative à deux régimes de détention applicables en droit criminel et ensuite, un jugement qui est relatif à un régime en droit de l'immigration.

Dans un premier temps, dans l'affaire *Morales*, la Cour a jugé que le régime de détention préventive relatif à l'alinéa 515(10)b) du *Code criminel* était conforme

113 *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 28. Voir *G (J)*, *supra* note 67.

114 Voir *Suresh*, *supra* note 22 au para 58. Voir aussi *Suresh*, *supra* note 22 au para 118 (la Cour a également mentionné que « [p]lus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'art. 7 de la *Charte* » au para 118).

115 *Ibid*; Hamish Stewart, « Indefinite Detention », *supra* note 62 à la p 242. Notons toutefois ici le commentaire concernant le processus de pondération qui a été entrepris dans *Suresh*. Nous avons reproduit la note de page 49 *in extenso* :

“We do not think ... that courts engage in a free-standing inquiry under s. 7 into whether a particular legislative measure ‘strikes the right balance’ between individual and societal interests in general, or that achieving the right balance is itself an overarching principle of fundamental justice.” *Malmo-Levine*, [...] at para. 96. If this holding is correct, the court's own treatment of the applicable principle of fundamental justice in *Suresh* was in error. If the principles of fundamental justice entitle a person facing deportation to torture only to a fair process in which the possibility of torture is to be balanced with national security interests, then the question the court has asked is, precisely, whether the legislation authorizing this process has struck the right balance between individual and societal interests.

116 *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 27. Voir aussi Craig Forcese, *supra* note 5 à la p 37. Voir *Hunter c Southam Inc*, [1984] 2 RCS 145, 11 DLR (4^e) 641. Dans ce même ordre d'idées, notons que la Cour suprême a aussi mentionné que les impératifs liés à sécurité nationale peuvent venir tempérer les protections offertes par l'art 8 de la *Charte* en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies abusives.

117 Voir notamment Hamish Stewart, « Indefinite Detention », *supra* note 62 à la p 243 et s.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

à l'alinéa 11e) de la *Charte* en raison notamment du fait que la Couronne doit démontrer une « probabilité marquée »¹¹⁸ que l'accusé « commettra une infraction criminelle ou nuira à l'administration de la justice »¹¹⁹. Même si la disposition en litige n'a pas été analysée eu égard à l'article 7 de la *Charte*, cette norme de preuve veille à ce que toute privation de liberté ne soit pas aléatoire et demeure conforme à la *Charte*¹²⁰. L'affaire *Morales* reflète la décision antérieure de la Cour suprême dans *Lyons*¹²¹, où on a examiné si la détention des délinquants dangereux pour une période indéterminée enfreignait notamment les principes de justice fondamentale. En concluant que la détention préventive n'était pas incompatible avec la *Charte*, la Cour a d'abord souligné que la procédure en question¹²², laquelle permet une condamnation à une peine de détention dans un pénitencier pour une durée indéterminée, ne pouvait être enclenchée que dans la mesure où l'accusé a été déclaré coupable hors de tout doute raisonnable d'avoir commis un crime violent¹²³. Ensuite, au stade de la détermination de la peine, il a été jugé qu'une même norme de preuve¹²⁴ est nécessaire au respect des principes de justice fondamentale :

Les décisions auxquelles je me suis référé portent principalement sur l'usage d'une preuve par ouï-dire dans ce type de procédures et sur *la question de savoir s'il serait constitutionnellement possible de prouver la dangerosité selon une simple prépondérance de la preuve plutôt que par une preuve hors de tout doute raisonnable*. Indépendamment des conclusions précises des tribunaux américains sur ces points, je fais miennes les raisons d'ordre pratique qu'ont données ces tribunaux pour juger que l'audience visant à « étiqueter » le délinquant est le genre d'audience dans laquelle celui-ci bénéficie d'un haut degré de protection sur le plan de la procédure. En effet, j'estime que cette façon de voir cadre mieux avec la nature distinctive de ces enquêtes *et tient mieux compte de la réalité des conséquences très graves que ces procédures d'étiquetage comportent pour le délinquant*. [...] Évidemment, *les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure* [...] [nos italiques]¹²⁵.

118 Pour une définition claire de cette expression, voir par ex *R c Moore* (1973), 16 CCC (2^e) 286 à la p 291, [1973] OJ 2340. Voir aussi *R v Carbone* (1972), 20 CRNS 313 à la p 313, [1972] OJ 1226.

119 *R c Morales*, [1992] 3 RCS 711 à la p 737, 77 CCC (3^e) 91 [*Morales*].

120 Voir *Morales*, *ibid* aux pp 740-41. L'ensemble des critères de l'alinéa 515(10)b) du *Code criminel* représente une juste de cause de privation de liberté sous caution. Autrement dit, nous sommes d'avis que cette façon de faire respecte également le principe de justice fondamentale selon lequel l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure juste et équitable.

121 *R c Lyons*, [1987] 2 RCS 309, 44 DLR (4^e) 193 [*Lyons*].

122 *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 752.01.

123 *Lyons*, *supra* note 122 aux pp 324-25.

124 *Ibid* à la p 376.

125 *Ibid* aux pp 360-61.

Un délinquant jugé dangereux peut donc se voir imposer en droit criminel une peine de détention indéterminée dans la seule mesure où celle-ci repose sur une preuve hors de tout doute raisonnable d'éléments bien précis. Les décisions de la Cour suprême dans les affaires *Morales* et *Lyons*, bien qu'elles se basent principalement sur les articles 9, 11 et 12 de la *Charte*, illustrent néanmoins les protections de fond qui émanent de l'article 7 de la *Charte* en droit criminel.

Dans un deuxième temps, en droit de l'immigration, un non-citoyen inadmissible qui constitue un « danger à la sécurité publique » peut faire l'objet d'une arrestation par un agent d'immigration ainsi que d'une détention temporaire sur la foi de motifs raisonnables de croire à un tel danger¹²⁶. Or, la Cour a jugé dans *Thanabalasingham* qu'au niveau du contrôle de la détention, la norme de preuve de la prépondérance des probabilités est requise si on veut respecter les principes de justice fondamentale :

Lorsqu'il s'agit d'établir à qui incombe le fardeau de la preuve lors d'une audience relative à un contrôle des motifs de la détention, il importe de se rappeler que les articles 57 et 58 permettent que des personnes soient *détenues pour des périodes qui pourraient être longues, voire indéterminées*, sans qu'elles aient été accusées, encore moins reconnues coupables, d'aucun acte criminel. *Par conséquent, des décisions à l'égard de la détention doivent être rendues en prenant en compte l'article 7 de la Charte [...]*. En fait, cette décision s'applique de façon encore plus convaincante à l'article 58 qui prévoit que « la section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l'étranger, sauf sur preuve » que l'une des conditions énumérées a été remplie [...]. Je partage par conséquent l'opinion de la juge Gauthier selon laquelle c'est le ministre, *s'il veut que la détention soit maintenue, qui doit établir, selon la prépondérance des probabilités*, que l'intimé constitue un danger pour le public [nos italiques]¹²⁷.

Les décisions *Morales*, *Lyons* et *Thanabalasingham* sont des démonstrations de ce que les principes de justice fondamentale exigent avant qu'un individu puisse être privé de sa liberté au nom de la protection du public¹²⁸, et ces jugements tendent à démontrer que la norme de preuve des motifs raisonnables de croire ne se conforme pas aux principes de justice fondamentale¹²⁹.

126 *LIPR*, *supra* note 8, art 55(2)(a).

127 *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Thanabalasingham*, 2004 CAF 4 aux para 14-15, [2004] 3 RCF 572.

128 Voir notamment *Lessons from the UK*, *supra* note 12 aux pp 289-90.

129 Hassan Almrei, qui faisait l'objet de certificat de sécurité jusqu'à récemment, a prétendu lui aussi que la norme contrevient au droit à une audience équitable garanti par l'article 7 de la *Charte*. La Cour n'a pas eu à se prononcer sur ce point, car Almrei s'est vu annuler son certificat de sécurité en date du 14 décembre 2009 (voir *Almrei*, *supra* note 25 au para 21). Rappelons aussi que Mahmoud Jaballah a lui aussi prétendu la même chose et que ce dernier n'a pas eu gain de cause. Voir *Jaballah*, *supra* note 13 au para 39.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

Par conséquent, il ne semble pas contraire à la *Charte* de ne pas exiger une preuve hors de tout doute raisonnable dans le cadre du régime de détention du certificat de sécurité, car « la présomption d'innocence en tant que principe de justice fondamentale aux termes de l'art. 7 de la *Charte* "n'exige pas nécessairement de preuve quelconque hors de tout doute raisonnable, parce que l'étape en cause du processus ne comporte pas de détermination de la culpabilité" »¹³⁰. Or, dans la mesure où la norme des motifs raisonnables de croire exige moins qu'une prépondérance des probabilités, nous pensons que l'écart entre la norme hors de tout doute raisonnable et la norme de preuve présentement applicable est un écart nettement disproportionné, car « il demeure qu'il ne saurait y avoir conformité avec l'art. 7 sans une protection véritable et substantielle »¹³¹.

Une fois que le tribunal détermine qu'une loi ne respecte pas l'article 7 en ce qu'elle ne se conforme pas aux principes de justice fondamentale, « il devient alors impossible de trouver un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la personne au-delà de ce que prévoient les principes de justice fondamentale » [notre traduction]¹³². Si une loi viole l'article 7, en principe celle-ci peut être justifiée par l'article 1 comme étant une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Cependant, la Cour suprême du Canada n'a jamais justifié une violation de l'article 7 par l'article 1¹³³. Aux fins de cette étude, nous allons considérer qu'en principe, il est possible de justifier une violation par le test de l'article 1.

B. La norme de preuve des « motifs raisonnables de croire » ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne visée

La *Charte* ne protège pas les droits de façon absolue. En effet, l'État peut restreindre les droits garantis – y compris le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne protégé par l'article 7 – dans des limites dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Évidemment, les atteintes aux droits protégés par l'article 7 sont difficilement justifiables : « [l']article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans

130 *R c Demers*, 2004 CSC 46 au para 34, [2004] 2 RCS 489, citant *Pearson*, *supra* note 98 à la p 685. À noter que le contexte de cette citation ne s'inscrit pas dans un cadre propre au certificat de sécurité.

131 *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 27.

132 Hamish Stewart, « Indefinite Detention », *supra* note 62 à la p 241 (cela traite spécifiquement du cas du certificat de sécurité). Voir aussi *R c Malmo-Levine*, *supra* note 63 au para 96 ; *R c Mills*, [1999] 3 RCS 668 au para 66, 180 DLR (4^e) 1 ; *R c Swain*, [1991] 1 RCS 933 à la p 977, 63 CCC (3^e) 481 ; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 RCS 76 (décision dans laquelle la Cour a engagé la discussion, à l'étape de l'article 7, à savoir si l'atteinte constituait un juste équilibre).

133 Il y a toutefois certains jugements dissidents qui auraient confirmé une violation conformément à l'article 1 de la *Charte*. Voir notamment *R c Hess*, [1990] 2 RCS 906, [1990] 6 WWR 289, où la juge McLachlin était dissidente au sujet de la notion de la « non-responsabilité sans faute ».

des circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite »¹³⁴.

Étant donné que les droits protégés par l'article 7 peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents, les dérogations aux principes de justice fondamentale, plus précisément au droit à une audition équitable, sont donc difficiles à justifier en application de l'article premier¹³⁵. Toutefois, leur justification n'est pas impossible, surtout dans des circonstances extraordinaires mettant en cause des préoccupations sérieuses et des problèmes complexes. Nous suggérons donc ici d'évaluer la norme de preuve qui devrait caractériser la détention d'un non-citoyen pour des raisons de sécurité nationale en application du test de l'article premier de la *Charte*, lequel transcende le concept que nous désignons « équilibre des alternatives »¹³⁶. Comme nous le savons, ce test a été développé dans l'arrêt *Oakes* par le juge en chef Brian Dickson¹³⁷. Si la loi (au sens large) échoue au « test de *Oakes* » sur un seul des points, elle est inconstitutionnelle¹³⁸. Il s'agit, rappelons-le, d'assurer l'équilibre entre le respect des droits fondamentaux des individus et les intérêts sociétaux relativement au droit à la sécurité nationale. L'article 1 reflète la façon dont cet équilibre doit être obtenu. Le test servant à déterminer si une atteinte est justifiée, exige d'abord que cette restriction vise un objectif urgent et réel, et ensuite qu'elle soit proportionnée, c'est-à-dire (a) qu'elle ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, (b) qu'elle porte le moins possible atteinte aux droits et (c) que son effet attentatoire soit proportionnel à l'importance de l'objectif poursuivi.

134 *Motor Vehicle Act*, *supra* note 110 à la p 518. Voir aussi *R c Heywood*, [1994] 3 RCS 761 à la p 802, 120 DLR (4^e) 348.

135 Voir *G (J)*, *supra* note 67 au para 99.

136 L'argumentaire qui suit est fortement inspiré du raisonnement suivi dans *Charkaoui I*, *supra* note 4 aux para 66-84. Pour une analyse récente du test de l'article 1 développé dans *Oakes*, voir Stéphane Bernatchez, « Les traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada » (2005-06) 36 RDUS 166 aux pp 234-62 ; Sujit Choudhry, « So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter's* Section 1 » (2006) 34 SCLR (2^e) 501.

137 Anecdotiquement, « on raconte que le juge Dickson était insatisfait de la section d'une version préliminaire du jugement traitant de l'article 1. Il a donc donné la version à Joel Bakan, son clerc de 23 ans, en lui demandant de retravailler la section traitant des limites raisonnables. Présentant une longue nuit à venir, Bakan se serait armé d'une bouteille de sherry et se serait mis à la construction du désormais célèbre test de proportionnalité à trois étapes » [notre traduction]. Voir FL Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Toronto, broadview, 2000 à la p 111. Bakan fut supposément influencé par la jurisprudence américaine : voir *Central Hudson Gas & Electric Corp v Public Service Commission of New York*, 447 US 557 (1980).

138 Il est de circonstance ici de noter que « [c]ompte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité [comme norme de preuve] sera, pour reprendre l'expression de lord Denning, "proportionné aux circonstances" » : *Oakes*, *supra* note 97 à la p 138. Voir aussi Luc B Tremblay et Grégoire CN Webber, « Introduction : La fin de *Oakes*? » dans Luc B Tremblay et Grégoire CN Webber, dir, *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Thémis, 1 à la p 2.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

Dans un premier temps, la protection de la sécurité nationale du Canada ainsi que la prévention d'actes terroristes constituent assurément un objectif urgent et réel¹³⁹. Dans un deuxième temps, « dans le contexte de la sécurité nationale, la signature d'un certificat pour raison de sécurité en vertu de l'art. 77 de la *LIPR* a nécessairement un lien avec le caractère dangereux de l'individu »¹⁴⁰. Il reste donc à déterminer si le moyen choisi par le législateur – c'est-à-dire, une procédure de délivrance et d'examen d'un certificat entraînant la détention de la personne visée au Canada, en application d'une norme de preuve caractérisée par les motifs raisonnables de croire – porte le « moins possible » atteinte à ses droits. Cette étape du test cherche à déterminer si le moyen législatif utilisé pour atteindre l'objectif porte atteinte au droit garanti par la *Charte* dans la plus petite mesure raisonnablement possible¹⁴¹. Par la suite, on doit déterminer s'il existe d'autres moyens d'atteindre le même objectif en portant moins atteinte au droit. Cette étape est considérée comme la plus importante, et c'est celle à laquelle les lois échouent le plus fréquemment¹⁴².

1. Les solutions les moins attentatoires

Serait-il raisonnable dans une société libre et démocratique d'utiliser la norme hors de tout doute raisonnable lorsqu'on détermine, en vue de le priver de sa liberté, si un non-citoyen représente un danger pour la sécurité nationale¹⁴³? L'affirmative semble à première vue raisonnable lorsqu'on observe la *LAT* en matière criminelle, car même si les garanties juridiques ne sont pas exactement les mêmes qu'en ce qui

139 Comparer *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 68.

140 *Ibid* au para 89.

141 Voir *Oakes*, *supra* note 97 à la p 139. Voir aussi *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295 à la p 352, 18 DLR (4^e) 321 ; *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199 au para 160, 127 DLR (4^e) 1 ; *Multani c Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6 au para 50, [2006] 1 RCS 256.

142 Voir Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, éd étudiante, Toronto, Carswell, 2011 au para 38.11.

143 L'utilisation de la norme hors de tout doute raisonnable pour déterminer qui est un danger semble à première vue illogique. Voir Isabel Grant, « Dangerous Offenders » (1984) 9 Dal LJ 347 (« [h]ow does one prove beyond a reasonable doubt that at some time in some setting, an individual is likely to endanger some person. Surely if we add "beyond a reasonable doubt" to a "future likelihood" the sum total can be no greater than a balance of probabilities [...] » à la p 360). Cependant, la Cour suprême a jugé dans *Lyons*, *supra* note 122 à la p 365, qu'au contraire, il peut être logique d'exiger une telle norme :

Dans mon esprit il semble clair que, logiquement, on peut conclure qu'une personne constitue un danger pour la société sans pour autant prétendre que cela oblige le tribunal à se dire capable de prévoir l'avenir. [...] Cela dit, il me semble que, lorsque l'appelant soutient que la preuve d'une probabilité hors de tout doute raisonnable ne constitue tout de même qu'une simple preuve d'une probabilité, il devient évident que ce qu'il met en doute est non pas la norme de preuve, mais le fait que certaines personnes jugées « dangereuses » n'auront pas été dangereuses en réalité [souligné dans l'original].

a trait à une accusation « ordinaire »¹⁴⁴, le respect de la norme hors de tout doute raisonnable demeure une règle fondamentale. Cependant, nous l'avons mentionné, contextuellement, les dispositions de nature criminelle mises en place, par exemple par la *LAT*, visent à prévenir ou à punir des actions ou omissions antisociales alors que le but du certificat de sécurité n'est pas de punir, mais bien de neutraliser le non-citoyen en l'isolant de la société canadienne, et ce, en attendant sa déportation¹⁴⁵. De plus, la question est de déterminer s'il existe non pas une mesure qui porte *absolument* le moins possible atteinte aux droits de la personne visée, mais bien de déterminer s'il existe une mesure qui porte *raisonnablement* le moins possible atteinte à ses droits. Dans le contexte du régime de détention applicable au certificat de sécurité, une telle mesure existe selon nous en matière de norme de preuve, ce qui engendre la fin de notre réflexion sur l'applicabilité de la norme hors de tout doute raisonnable.

Nous l'avons vu, dans des contextes reliés à la protection de la sécurité nationale, d'autres institutions gouvernementales ont trouvé des façons de protéger la sécurité nationale tout en accordant aux personnes un traitement plus juste en ce qui concerne le degré de conviction exigé. D'une part, alors que la majorité de la High Court of Australia dans *Thomas* insiste sur la distinction stricte à faire entre une contrainte par voie judiciaire sur la liberté d'un individu et une détention sous garde étatique, le juge Kirby qui est dissident prône le respect des droits humains et du droit international¹⁴⁶. D'autre part, la majorité de la Chambre des Lords britannique interprète largement le droit à la liberté garantie par l'article 5 de la *CEDH* et souligne qu'une restriction à la liberté et une détention préventive sous garde étatique ne sont pas substantiellement différentes. Au contraire, les deux stratégies font partie d'un continuum et ne diffèrent que par le degré de restriction imposé. Mais les systèmes d'ordonnances de contrôle de ces deux pays ont un point en commun : ils utilisent de façon minimale la norme de preuve de la prépondérance des probabilités lorsqu'ils visent à priver le citoyen de sa liberté.

144 Par exemple, la *Loi sur la preuve au Canada*, LRC 1985, c C-5, art 38 confère au procureur général du Canada la capacité de délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère, ou qui concernent une telle entité, dans le but de protéger la défense ou la sécurité nationale. La Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité de cet article : voir *R c Ahmad*, 2011 CSC 6 au para 23, [2011] 1 RCS 110 [*Ahmad*].

145 Voir Michael Plaxton, *supra* note 106 à la p 299 ; *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 106 ; *Demande fondée sur l'art 83.28 du Code criminel*, *supra* note 107 au para 40.

146 *Thomas*, *supra* note 75. Il est intéressant de noter que la décision *Thomas* a été rendue en Australie, un des seuls pays à ne pas posséder de charte des droits parmi ceux dont le système juridique est basé sur le droit anglo-saxon, tel le Canada.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

Le recours à une norme de la preuve plus exigeante en matière de privation de liberté bénéficie d'un appui dans la doctrine canadienne¹⁴⁷. Des spécialistes des droits humains et de la lutte au terrorisme se sont réunis à l'Université d'Ottawa en 2006, et ils ont eux aussi partagé le point de vue selon lequel la norme de la prépondérance des probabilités doit caractériser la lutte contre le terrorisme lorsque celle-ci vise à priver un individu de sa liberté, particulièrement en matière d'immigration¹⁴⁸.

147 Voir Roach, *supra* note 1 à la p123; Shapiro, *supra* note 12 à la p 523; *Conférence de M^e Doyon, supra* note 26 à la p 15; Wayne MacKay, « Human Rights in the Global Village: The Challenges of Privacy and National Security » (2006) 20 NJCL 1 à la p 33; Wayne MacKay, « In Defence of the Courts: A Balanced Judicial Role in Canada's Constitutional Democracy » (2007) 21 NJCL 183 à la p 223; Barbara Jackman, « Charter Rights to Privacy and Security: The Impact of International Terrorism and Globalization » (2006) 19 NJCL 229 à la p 246; Christiane Wilke et Paul Willis, « The Exploitation of Vulnerability: Dimensions of Citizenship and Rightlessness in Canada's Security Certificate Legislation » (2008) 26 Windsor YB Access to Just 25 à la p 29; *Lesson from the UK, supra* note 13 à la p 290. En effet, « it is wrong always, everywhere, and for anyone, to believe anything upon insufficient evidence » : HLHo, « Re-imagining the criminal standard of proof: lessons from the 'ethics of belief' » (2009) 13 International Journal of Evidence & Proof, 198 à la p199, citant William Kingdon Clifford, *Lectures and Essays*, vol 2, London, Macmillan, 1879 à la p 186. Dans un même ordre d'idées, il est intéressant de noter l'opinion du Comité de Recherche en Sécurité Nationale de l'École de droit d'Harvard relativement aux demandes d'habeas corpus qui ont traîné aux cas de détention à la prison de Guantanamo Bay, à Cuba :

Nous débutons notre sondage en abordant une question qui, de prime abord, peut sembler faire le consensus chez les juges : l'attribution et l'évaluation du fardeau de la preuve. À la suite de l'affaire *Boumediene* [*v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008)], tous les juges de tribunaux de district ont choisi et appliqué la même norme, à savoir, parvenir à un degré d'unanimité dans leurs décisions malgré l'envergure des enjeux sur lesquels ils doivent se prononcer. Dans tous les jugements portant sur des cas d'habeas corpus à Guantanamo, les juges ont prétendument exigé que le gouvernement ait le fardeau de prouver, par une *prépondérance de la preuve*, que le détenu répondait à la définition de la catégorie de personnes pouvant faire l'objet d'une détention [notre traduction] [nos italiques].

Voir Benjamin Witters, Robert M Chesney et Larkin Reynolds, « The Emerging Law of Detention 2.0: The Guantánamo Habeas Cases as Lawmaking » (2011), en ligne : Project on Law and Security <http://www.brookings.edu/~media/Research/Files/Reports/2011/5/guantanamo%20wittes/05_guantanamo_wittes_chapter_2.pdf> à la p 12.

148 Voir Nicole Laviolette et Craig Forcese, *The Human Rights of Anti-terrorism*, Toronto, Irwin Law, 2008 à la p 17 et s, particulièrement les principes suivants :

5.1.3 L'on ne peut utiliser des *mesures administratives* pour *priver* une personne de sa liberté sans que soit tenue une instance dans le cadre de laquelle on reconnaît la personnalité juridique de la personne et qui satisfait aux normes du droit international des droits de l'homme en matière d'application régulière de la loi. Ces instances doivent, à *tout le moins*, respecter les critères suivants:

a) le fardeau de la preuve selon la *prépondérance des probabilités* doit toujours incomber à l'État; [...] [nos italiques].

5.3.2 Lorsque des recours en immigration sont intentés en relation *avec des situations liées au terrorisme*, ces procédures doivent se conformer aux principes internationaux de non-discrimination et d'application régulière de la loi et, de plus :

a) le fardeau de la preuve selon la *prépondérance des probabilités* doit toujours incomber à l'État; [...] [nos italiques].

Même si pour atteindre son objectif le législateur n'est pas tenu d'utiliser la solution parfaite, ou celle qui soit la moins attentatoire¹⁴⁹, nous concluons que la procédure d'examen du caractère raisonnable du certificat de contrôle de la détention établie par la *LIPR* ne peut se justifier parce qu'elle ne porte pas raisonnablement le moins possible atteinte au droit à une procédure juste et équitable. Le gouvernement a mis en place la norme des motifs raisonnables de croire. Rien n'explique clairement pourquoi les rédacteurs de la loi n'ont pas prévu une norme de preuve plus contraignante – si ce n'est que la présence des cellules dormantes – comme cela est présentement le cas au Royaume-Uni et en Australie. Le législateur a simplement utilisé la norme habituelle, c'est-à-dire celle relative aux interdictions de territoire, sans toutefois s'arrêter suffisamment sur les conséquences graves occasionnées par le certificat de sécurité.

Du point de vue de la personne visée, le recours à la norme de preuve de la prépondérance des probabilités n'est peut-être pas parfait, puisque la personne ne peut bénéficier de la présomption d'innocence. En revanche, un tel système protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'article 7 de la *Charte* et ce, sans compromettre la sécurité. Même si les préoccupations concernant la confidentialité ont justifié de modifier la manière dont la preuve est présentée dans les cas impliquant la sécurité nationale, ces préoccupations ne devraient pas affecter le niveau de preuve requis. La charge pour le gouvernement doit demeurer la même; il doit à tout le moins justifier une privation de liberté en démontrant une probabilité que la sécurité nationale l'exige. Certes, *Charkaoui I* souligne qu'il peut exister certaines disparités dans le niveau de protection constitutionnelle lorsque le Canada poursuit un but légitime qui est lié à l'immigration, mais en aucun cas la Cour suprême n'étend cette différence à des situations qui sont sans rapport avec l'admissibilité au territoire canadien. Par conséquent, le législateur doit faire davantage pour satisfaire aux exigences d'une société libre et démocratique¹⁵⁰.

V. CONCLUSION

Pour conclure, même si les conséquences reliées à l'émission d'un certificat de sécurité s'assimilent à celles qu'on retrouve en matière criminelle, on constate que le faible degré de conviction de la norme de preuve des motifs raisonnables de croire déséquilibre la procédure. La Cour dans *Jaballah* a toutefois légitimé la norme en

149 Voir *R c Chaulk*, [1990] 3 RCS 1303, [1991] 2 WWR 385.

150 Voir par ex *Dehghani*, *supra* note 98 (« [c]ertes, les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues » à la p 1077).

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

fondant principalement sa décision sur le principe du *stare decisis*¹⁵¹. Mais la Cour est allée un peu plus loin en réaffirmant la légitimité de la norme de preuve en se fondant sur la jurisprudence britannique relative au contexte d'expulsion¹⁵². Selon nous, les cours de justice canadienne se méprennent dans leur angle d'approche relatif au certificat de sécurité, en ce qu'elles ne savent pas différencier le régime d'expulsion de celui qui limite le non-citoyen de sa liberté. D'ailleurs, comme nous l'avons observé, si la Cour dans *Jaballah* voulait s'inspirer du droit étranger, la jurisprudence relative aux ordonnances de contrôle aurait dû caractériser son raisonnement. Une approche conforme aux droits fondamentaux tend à démontrer que, d'une part, le certificat de sécurité va à l'encontre de l'article 7 de la *Charte* et, d'autre part, qu'il ne respecte pas l'équilibre des alternatives qui doit régner dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Nous pouvons à présent répondre aux questions posées en introduction. Est-il nécessaire, dans le contexte entourant le certificat de sécurité, de réviser la norme de preuve relative au régime entraînant une privation à la liberté du non-citoyen pour des raisons de sécurité nationale? La réponse est « oui ». Dans l'affirmative, quelle doit être la nature de cette norme? La réponse est « à tout le moins, la nature de cette norme doit être celle de la *prépondérance des probabilités* ». Si notre étude ne démontre pas nécessairement que la norme des motifs raisonnables de croire ne doit pas être utilisée dans le cas où on restreint la liberté de quelqu'un, elle démontre qu'une

151 En fait, étant donné que la Cour d'appel fédérale dans *Charkaoui 2004*, *supra* note 14 au para 105 avait conclu que la norme de preuve n'était pas « trop minimale ou trop faible » et que la Cour suprême, en appel de cette décision dans *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 39, a mentionné que « [c]'est la norme des "motifs raisonnables de croire" que les juges doivent appliquer lorsqu'ils contrôlent le maintien en détention sous le régime des dispositions de la *LIPR* régissant les certificats », la Cour dans *Jaballah*, *supra* note 13 au para 54 *in fine*, a jugé qu'elle était liée au sens du principe du *stare decisis*. Cependant, nous insistons sur le commentaire suivant qui concerne cette décision rendue en Cour d'appel fédérale qui, comme nous venons tout juste de voir, a eu des répercussions plus que considérables dans *Jaballah*. La Cour a légitimé ses propos en s'appuyant sur la décision *R c Storrey*, [1990] 1 RCS 241, 53 CCC (3^e) 316 [*Storrey*], dans laquelle elle mentionne que la norme des motifs raisonnables de croire « commande l'établissement d'un équilibre raisonnable entre le droit des particuliers à la liberté et la nécessité de protéger la société contre le crime. C'est pourquoi il suffit que la police établisse l'existence de motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation [...] » (*Charkaoui 2004*, *supra* note 14 au para 104). La Cour est dans l'erreur en ce qu'elle ne particularise pas le contexte de *Storrey*, qui est tout à fait différent de celui du certificat de sécurité; le premier concerne l'arrestation en droit criminel et le second concerne une détention indéfinie. En toute déférence, l'équilibre qui existe relativement à la norme de preuve applicable en matière d'arrestation n'a strictement rien à voir avec celle applicable au certificat de sécurité, si ce n'est que pour la portion de l'arrestation que permet la procédure de la section 9 de la *LIPR*. Justement, si on analyse la norme de la preuve applicable au certificat de sécurité en la comparant aux garanties en matière criminelle, il faut le faire parallèlement à des régimes de détention qui caractérisent le droit criminel. Nous l'avons vu, un tel parallèle milite en faveur d'une norme de la preuve plus contraignante, selon une approche conforme aux droits fondamentaux.

152 Voir *Jaballah*, *supra* note 13 aux para 58-64. Nous avons mentionné dans notre texte que *Charkaoui I* et *II* démontrent un changement dans l'attitude de la magistrature au sujet des droits auxquels ont droit les personnes nommées par un certificat de sécurité dans le contexte de l'équilibre qui doit régner entre le droit à la sécurité nationale et les droits humains, un changement influencé par une appréciation des normes juridiques étrangères et internationales en général. L'attitude du juge dans *Jaballah* en est une autre démonstration en ce qu'il prend le soin d'examiner la jurisprudence britannique.

norme de la preuve plus contraignante doit prévaloir lorsque l'État prive¹⁵³ un non-citoyen de sa liberté en raison de considérations liées à la sécurité nationale.

Sous un angle différent maintenant, la Cour suprême du Canada a jugé dans *Charkaoui I* que le certificat de sécurité était conforme au droit à l'égalité régi par l'article 15 de la *Charte*¹⁵⁴, car « [l']immigration au Canada, sauf pour les citoyens canadiens ou les personnes qui ont un domicile canadien, est un privilège défini dans la loi et le règlement, ou autrement, mais ce n'est pas un droit »¹⁵⁵. Clairement, la position actuelle est qu'« un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas, de ce seul fait, contraire à l'art. 15 de la *Charte* » [nos italiques]¹⁵⁶. Cependant, les conclusions de notre étude démontrent qu'il faut différencier entre le régime d'expulsion et le régime de détention du certificat de sécurité. Dans le premier, c'est le statut relativement à l'admissibilité de l'individu qui est en jeu – un privilège et non un droit – alors que dans le second, c'est la liberté de l'individu qui est considérée – un droit et non un privilège¹⁵⁷. Dans la mesure où il faut traiter de façon distincte le régime relatif à l'admissibilité de celui de la détention, la procédure applicable aux certificats de sécurité va-t-elle à l'encontre du droit à l'égalité protégé par l'article 15? Nous posons ici simplement la question.

153 Rappelons que les cours de justice australiennes, tel qu'il ressort de la majorité dans *Thomas*, *supra* note 75, sont d'avis qu'une privation de liberté doit s'interpréter restrictivement (voir *Criminal Code Act*, *supra* note 74) alors que la jurisprudence relative aux articles 5 et 6 de la *CEDH*, tel qu'il ressort de la position majoritaire dans *JJ*, démontre qu'une privation de liberté doit s'interpréter largement.

154 Le raisonnement a été le suivant. Étant donné que le « principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer » (*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c Chiarelli*, [1992] 1 RCS 711 à la p 733, 90 DLR (4^e) 289; *Lavoie c Canada*, 2002 CSC 23 au para 44, [2002] 1 RCS 769) et que seuls les citoyens se voient conférer au para 6(1) de la *Charte* le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir, un régime d'expulsion qui ne s'applique qu'au non-citoyen ne représente pas une discrimination interdite. Pour une analyse exhaustive de la question, voir Julie Gaudreau, « Quel droit à l'égalité pour les non-citoyens? Réflexion inspirée de l'affaire *Charkaoui* » (2008) 49:2 C de D 205. Autrement dit, la *Charte* elle-même autorise la différence de traitement, de sorte que conclure qu'il y a atteinte au para 15(1) équivaudrait à conclure que la *Charte* contrevient à elle-même. Effectivement, il existe un principe selon lequel une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution : voir par ex *New Brunswick Broadcasting Co c Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 RCS 319, 100 DLR (4^e) 212; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont)*, [1987] 1 RCS 1148, 40 DLR (4^e) 18.

155 *Gana c Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1970] RCS 699 aux pp 704-05, 13 DLR (3^e) 699. Voir aussi *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Rogan*, 2011 CF 1007 au para 25, 100 Imm LR (3^e) 235; *Singh*, *supra* note 60 à la p 209 *in fine* (« [l]es tribunaux ont constamment décidé que l'immigration est un privilège et non un droit »), citant Walter Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights*, 2^e éd, Toronto, McLelland & Stewart, 1975 à la p 273. Comparer *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143, 56 DLR (4^e) 1.

156 *Charkaoui I*, *supra* note 4 au para 129.

157 Le droit à la liberté, protégé par l'article 7 de la *Charte*, est conféré à chacun d'entre nous. Le mot « Chacun », conclu la Cour suprême, « englobe tout être humain qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujéti à la loi canadienne » : *Singh*, *supra* note 61 à la p 202. La liberté, contrairement au droit à l'admissibilité, est donc un droit qui appartient tant au citoyen qu'au non-citoyen.

Étude de la norme de preuve du régime de détention applicable

Tout compte fait, les événements du *World Trade Center* ont changé le monde dans lequel on vit. Toutefois, tout n'a pas changé. Les règles de base émanant notamment de la *Charte* demeurent les mêmes et nous croyons toujours en l'état de droit. Comme nous avons pu le constater brièvement, ce cadre fondamental qui existe au Canada existe aussi en droit international et en droit étranger. Bien sûr, la démocratie ne peut pas accepter des crimes comme ceux commis par les auteurs des attentats, au risque de se miner elle-même. D'une part, le dilemme est celui de poser des gestes qui favoriseront un approfondissement et un élargissement de cette démocratie, et non sa réduction. D'autre part, le dilemme est aussi celui de poser des gestes qui favoriseront une diminution des activités terroristes, et non une augmentation. Eu égard à ce dernier cas de figure, notons les propos de Jacques Baud :

Sur un plan stratégique, le centre de gravité de mouvements terroristes – et particulièrement les mouvements islamistes – est très souvent lié à la légitimité de l'action. L'État ou l'autorité qui fait face à une situation terroriste doit en tenir compte et éviter de permettre à l'adversaire de légitimer sa violence. *Le respect de la justice et du droit devient ainsi un impératif stratégique, alors que le non-respect ne peut au mieux qu'apporter des bénéfices tactiques* [nos italiques]¹⁵⁸.

Quoi qu'il en soit, atteindre l'équilibre entre la sécurité d'un pays et les droits et libertés fondamentaux n'est pas une mince tâche. Cependant, une solution conforme aux valeurs d'une société libre et démocratique doit nécessairement atteindre cet équilibre.

158 Jacques Baud, *Le Renseignement et la Lutte contre le Terrorisme : Stratégies et perspectives internationales*, Panazol, Lavauzelle, 2005 à la p 158. Jacques Baud est un ancien membre des services du renseignement suisse et un expert en politique de sécurité. Avec une longue expérience des missions de sécurité en environnement humanitaire, il s'est spécialisé dans l'étude des conflits modernes, des méthodes de la guerre secrète et des services de renseignement. Il conseille des organismes officiels et des entreprises dans la recherche de solutions sécuritaires. Voir aussi Alex J Bellamy, *Fighting Terror: Ethical dilemmas*, Londres, Zed books, 2008 à la p 20 :

The key point for us is that the way in which the war on terror is conducted must at the very least avoid undermining this goal and should aim to contribute to it. The only way we will do this is if people – particularly people within Al Qaeda's constituency – believe that the way we apply military force is legitimate, just, discriminating, proportionate and compassionate. Every time we fail to live up to these standards, we make it harder to undermine popular support for Al Qaeda and we reduce our chances of victory. [...] *We cannot win the war on terror unless we conduct it in a manner that is commonly seen as legitimate.*