

Université de Montréal

La protection de la vie privée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme au Canada

Par
Prudencio Selly Adom'megaa

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en droit (L.L.M.)

Août 2019

La lutte contre le terrorisme implique, entre autres, la mise en œuvre de mesures législatives préventives et punitives pour gérer les menaces auxquelles le Canada est exposé. Dans cet ordre d'idée, l'État et ses agents ont recours à plusieurs outils, dont « les technologies de sécurités » (reconnaissance faciale, la vidéo surveillance, l'empreinte digitale, etc.), pour réaliser leurs différents mandats. Le fonctionnement de ces mécanismes suscite des questionnements quant à la protection de la vie privée.

Le partage des renseignements personnels entre différents ministères, le consentement relatif à la collecte des renseignements, le droit d'accès des parlementaires aux secrets d'État, etc. sont des enjeux qui surgissent lorsque le pouvoir exécutif déploie ses actions sécuritaires. Nous constatons que les modifications législatives pour lutter contre le terrorisme créent un déséquilibre par rapport à la protection de la vie privée.

En effet, contrairement à la lutte contre le terrorisme, la vie privée jouit d'une protection constitutionnelle selon la Charte canadienne des droits et libertés. L'un des défis qui s'imposent au pouvoir exécutif, législatif et judiciaire est de mener leurs actions dans le respect de la primauté du droit dans un contexte de sécurité nationale.

Mots clés : Droit – vie privée – terrorisme – biométrie – parlementaires – juges – renseignements – sécurité nationale – normes – constitution – pouvoir – démocratie – liberté

The fight against terrorism implies, amongst others, the execution of preventative and punitive legislation to manage the threats from which Canada is exposed. In this context, the state and its agents have access to many tools, such as “security technology” (facial recognition, video surveillance, fingerprinting, etc.), to achieve their different mandates. The operation of these mechanisms raises questions and concerns in regards to privacy protection.

The sharing of personal information between different ministries, the consent pertaining to the collection of personal information, and legislators’ right of access to state secrets, etc., are issues that arise when the executive power undertakes security measures. It’s found that the legislative changes to fight against terrorism create an imbalance with respect to privacy protection.

Indeed, unlike the fight against terrorism, the right to privacy is constitutionally protected under the Canadian Charter of rights and freedoms. One of the challenges that must be recognized by the executive, legislative and judiciary authorities is to conduct their actions according to the rule of law in the context of national security.

Key words : Law – privacy – terrorism – biometrics – members of parliament – judges – information – national security – norms – constitution – power – democracy – freedoms

Table des matières

<i>Liste des sigles et abréviations</i>	5
<i>Introduction</i>	7
<i>Partie I : La protection de la vie privée ou la marche vers un « déséquilibre » prédictible</i>	14
A. Définitions des concepts du droit à la vie privée et du terrorisme.....	15
1) L’impasse définitionnelle de la « vie privée »	15
2) L’ambiguïté du terrorisme et la contribution juridique.....	25
B. L’analyse juridique du tandem terrorisme et vie privée	32
1) Vers un déséquilibre prédictible dans le cadre de la lutte au terrorisme.....	32
2) La spécificité du terrorisme dans l’analyse judiciaire du binôme vie privée et terrorisme	34
3) Une place primordiale pour le pouvoir judiciaire	38
<i>Conclusion partielle:</i>	41
<i>Partie II : L’élargissement du concept de sécurité nationale : la nécessité de repenser la protection de la vie privée</i>	43
A. Le terrorisme au centre de la tourmente	44
1) Définitions de la sécurité nationale :	44
2) La lutte antiterroriste ou la consolidation de l’amalgame entre la sécurité nationale et la sécurité publique	49
B. L’approche politico-juridique canadienne autour du débat de l’élargissement	53
1) Les implications juridiques de l’élargissement de la notion de sécurité nationale	54
2) Quelle place pour le respect de la vie privée dans le cadre de la lutte antiterroriste ?	61
3) Le pouvoir judiciaire dans le paradigme de la lutte antiterroriste.....	70
<i>Conclusion partielle</i>	73
<i>Partie III : Le renforcement des principes démocratiques en matière de sécurité nationale : un enjeu fondamental au Canada</i>	75
A. Vie privée et démocratie	75
B. La séparation des pouvoirs et la lutte contre le terrorisme : un regard sur le pouvoir judiciaire	77
1) La sécurité nationale et les risques d’instrumentalisation de la justice.....	80
2) La nécessité d’une remise en question permanente du rôle des tribunaux	87
C. La surveillance des agences de sécurité : le cas du SCRS	93
1) Le comité de surveillance des activités du SCRS	94
2) La surveillance des activités du SCRS dans un cadre collaboratif	96
D. Le pouvoir législatif et la protection de la vie privée	98
<i>Conclusion partielle</i>	104
<i>Partie IV : Perspectives de développement des technologies de sécurité : le cas de la biométrie</i>	106
A. Une mesure de lutte contre le terrorisme : la biométrie.....	109
1) La biométrie au service de la lutte contre le terrorisme.....	109
2) Application de l’article 8 de la charte des droits et libertés canadienne	111

B. Réflexions autour de l'utilisation et de la détermination de la technologie biométrique dans la lutte contre le terrorisme	115
1) Quelques enjeux relatifs à la vie privée	115
2) Les perspectives d'intégration de la biométrie relativement à la lutte au terrorisme 125	
C. L'utilisation du test d'oakes au dépend de la recherche d'équilibre entre la sécurité et le vie privée.....	132
1) L'objectif réel et important	133
2) Le critère de proportionnalité.....	133
3) L'article 1 de la charte	134
<i>Conclusion partielle</i>	135
<i>Conclusion générale</i>	137
<i>Table de la législation</i>	140
<i>Textes internationaux</i>	140
<i>Textes canadiens</i>	140
<i>Jurisprudence canadienne</i>	141
<i>Bibliographie</i>	143
<i>En ligne</i> :	149

Liste des sigles et abréviations

Termes juridiques

C. cr.	Code criminel
LAT 1	Loi antiterroriste (2001)
LAT 2	Loi antiterroriste (2015)
LPRP	Loi sur la protection des renseignements personnels
LCISC	Loi sur la communication des informations ayant trait à la sécurité du Canada
LPRPDE	Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents électroniques
LSCRS	Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité
LSDA	Loi sur la sûreté des déplacements aérienne
SCISA	Security of Canada Information Sharing Act

Sigles des agences gouvernementales

ASFC	Agence des Services Frontaliers du Canada
CSARS	Comité de Surveillance des Activités de Renseignement de Sécurité
CST	Centre de la Sécurité des Télécommunications
CIA	Central Intelligence Agency
CAODFC	Centre d'Analyse des Opérations et Déclaration Financières du Canada
CPVP	Commissariat à la Protection de la Vie Privée
FBI	Federal Bureau of Investigation
GRC	Gendarmerie Royale du Canada
SCRS	Service canadien de renseignement pour la sécurité du Canada

Outils de sécurité

AN	Ampèremètre Numérique
CAPS	Computer Assisted Passenger Screening
FLIR	Forward Looking Infra-Red
LPD	Liste des Personnes Désignés
PPP	Programme de Protection des Passagers

RF Reconnaissance Faciale
RP Renseignements personnels

Introduction

Historiquement, dans l'Empire romain, la vie privée a connu de grands changements avec l'introduction du christianisme dans la société. La famille est devenue une cellule de plus en plus importante dans laquelle s'expriment la vie personnelle et la croissance de l'individualisme. La vie privée se manifeste, entre autres, à travers le secret et la liberté. « Si la vie personnelle et familiale a besoin de secret pour s'épanouir, c'est aussi parce que le secret est une condition de sa liberté »¹. Durant le moyen âge, on a vu la transition de la « confession publique vers la confession individuelle et de l'achat par les serfs du droit de se marier librement »². Au cours de la renaissance avec la place importante de l'État, la distinction apparaît plus clairement entre la sphère privée et la sphère publique par le biais de leurs structures respectives. Les services de l'État prennent forme, l'alphabétisation et la lecture participent à la définition des contours de l'individualisme. La vie privée se distingue de la vie publique par l'intrusion ou le retrait de l'État dans notre quotidien et connaît une consécration à l'issue de la Seconde Guerre mondiale en étant reconnue comme un droit de l'homme. Le respect de la vie privée est « reconnu dans les nouvelles déclarations des droits de l'homme » et à l'article 8 de la *convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*³.

Nous distinguons des sources de protections textuelles (*Déclaration canadienne des droits*⁴, *la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁵, *Charte des droits et libertés*⁶) et jurisprudentielles (*Affaire Hunter*⁷, *affaire Rouleau*⁸, etc.) de la vie privée. Le secret et l'utilité de l'intimité font partie d'un ensemble qu'est la protection de la vie privée selon l'approche jurisprudentielle. Autrement dit, la « jurisprudence ne fait de distinction entre la liberté de la vie privée et le secret de la vie privée. Elle n'identifie pas non plus un droit à

¹ Pierre KAYSER, *La protection de la vie privée*, Paris; Aix-en-Provence, Economica ; Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 4.

² *Id.*

³ *Id.*, p. 5; COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Convention européenne des droits de l'homme*, art. 8, en ligne : <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf> (consulté le 4 janvier 2019).

⁴ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44.

⁵ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, (2015) L.C. 2000, ch.5.

⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, (2015) Lois constitutionnelles de 1867 à 1982.

⁷ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S 145 (C.S.C.).

⁸ *R. c. Rouleau*, 2002 C.Q. 7572.

l'intimité ni un droit au libre développement de la personnalité qui soient distincts de la protection de la vie privée en général »⁹. On distingue plutôt des atteintes physiques (détention, fouilles corporelles) et morales (la télésurveillance, la surveillance vidéo) à la vie privée. Fondamentalement, le droit à la vie privée est protégé par les tribunaux en fonction du contexte dans lequel il est menacé et par rapport aux autres libertés et droits qui sont concurrentiels. Ainsi, à l'instar de la liberté d'expression par exemple, la sécurité est l'un de ces domaines où le droit à la vie privée constitue un enjeu pertinent, car il est parfois perçu comme un obstacle aux élans sécuritaires.

Quant à la sécurité, c'est une « notion polysémique » pouvant être décrite comme « la confiance bien ou mal fondée d'être à l'abri de tout péril »¹⁰. C'est un ensemble qui regroupe plusieurs aspects sur lesquels l'individu cherche à être en sécurité ; par exemple financière, juridique ou physique. En général, la sécurité nationale est souvent invoquée comme l'argument ultime qui justifie plusieurs limites et atteintes aux libertés et droits fondamentaux. Cela nous conduit à vouloir comprendre le sens qui se cache derrière cette forme de sécurité. Elle se rattache à la viabilité de l'appareil étatique c'est-à-dire la protection des institutions de l'État, de son personnel et tous les éléments qui le composent. Nous pouvons nous accorder avec Anne Marie D'Aoust, David Grondin et Alex Macleod pour dire que l'État « devient l'objet référent »¹¹. Elle faisait essentiellement référence aux menaces militaires qui se posaient en ce qui concerne la défense du territoire contrôlé par l'État, mais il y aura des évolutions dans cette conception. Désormais, sans être consensuelle la sécurité nationale inclut la population ; « l'État » n'est plus le seul référent et la menace peut être de toute nature (politique, environnementale, économique, etc.). Dans le cadre de ce mémoire, nous nous inscrivons dans une conception large du champ sémantique de la sécurité nationale tout en affirmant que « c'est une conception qui met l'accent sur la défense militaire de l'État, de son territoire et de sa population contre une menace considérée existentielle »¹². Ceci nous conduit à nous questionner sur la nature du terrorisme pour voir s'il est pertinent de l'aborder en termes de sécurité

⁹ Benoit PELLETIER, « La Protection de la vie privée au Canada », (2001) 35 *Rev. Jurid. Themis* 485-522.

¹⁰ Karim BENYEKHLEF et Nicolas W. VERMEYS, *Le droit à la sécurité, la sécurité par le droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2011.

¹¹ Anne-Marie D'AOUST, David GRONDIN et Alex MACLEOD, « Les études de sécurité », dans Alex MACLEOD, Dan O'MEARA et CENTRE D'ÉTUDES DES POLITIQUES ÉTRANGÈRES ET DE SÉCURITÉ (dir.), *Théories des relations internationales: contestations et résistances*, [2e éd.], Montréal, CEPES : Athéna éditions, 2010 à la page 353.

¹² *Id.* à la page 375.

nationale : faut-il le considérer exclusivement comme un acte criminel ou comme un acte de guerre ?

Au Canada, le terrorisme est un phénomène qui ne peut être ignoré car son évolution à l'international affecte notre perception de la sécurité, autant au sein de la population qu'au sein des organismes chargés de la sécurité nationale. Le 23 juin 1985, des attaques terroristes ont été perpétrées contre un avion d'Air India faisant plus d'une centaine de victimes¹³. On note aussi « le massacre par le feu en 1979 d'une famille immigrante par un groupe d'extrémistes racistes »¹⁴ sur le sol canadien. Plus récemment, le 20 octobre 2014 nous apprenions l'attentat ayant tué un militaire et ayant blessé un autre à Saint-Jean-sur-Richelieu. Le 22 octobre 2014, nous avons assisté aux fusillades d'Ottawa¹⁵ que l'ancien premier ministre Stephen Harper a qualifié d'acte terroriste. L'observation de ces événements montre qu'à travers le temps ces actes de violence continuent d'avoir des incidences sur le territoire canadien et qu'il demeure pertinent de nourrir notre esprit critique face à cet enjeu sécuritaire.

Selon nous, la sécurité nationale constitue l'une des raisons d'être de l'État et un des enjeux de la société moderne. À l'instar des autres États, le Canada est aux prises avec plusieurs types de menaces sécuritaires notamment d'ordre environnemental, technologique, géographique. Dans le cadre de ce mémoire, nous nous penchons essentiellement sur un phénomène, à savoir : le terrorisme et son rapport avec les droits fondamentaux dans le système juridique canadien. Ces derniers étant vastes à analyser, nous nous pencherons sur un de leurs aspects en particulier, à savoir : le droit à la vie privée. Lorsque nous l'analysons au regard de la menace terroriste, sa protection paraîtrait obsolète pour le vivre ensemble. Pourtant, ce choix ne tient pas au hasard car l'évolution des technologies de sécurité nous conduit à continuer de porter un regard critique sur le sujet.

¹³ Stéphane LEMAN-LANGLOIS et Geneviève OUELLET, « L'évolution du terrorisme au Canada, 1973-2006 », dans Jean-Paul BRODEUR, Stéphane LEMAN-LANGLOIS, BIBLIOTHÈQUE NUMÉRIQUE CANADIENNE et Inc EBRARY (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, coll. Bibliothèque numérique canadienne. Collection des éditeurs canadiens, Montréal, Québec, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009 à la page 65.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ « Attentat à Ottawa : le tireur espérait partir pour la Syrie », en ligne : <https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2014/10/23/le-canada-traumatise-apres-l-attaque-du-parlement-par-un-tireur-isole_4510844_3222.html> (consulté le 9 septembre 2018).

Le terrorisme représente un enjeu sécuritaire qui met à l'épreuve les fondements de la société et plus précisément le respect de la vie privée. Les gouvernements soutiennent que le terrorisme est la menace principale pour notre démocratie. Depuis les événements du 11 septembre 2001 jusqu'en 2006 l'autorité fédérale a dépensé environ 15 milliards de dollars dans le cadre de la lutte contre le terrorisme¹⁶. Par ailleurs, les mesures juridiques et leurs incidences dans la lutte contre le terrorisme conduisent Nathalie des Rosiers à affirmer que « l'appareil démocratique perd donc un levier important qui est l'obligation gouvernementale de démontrer et d'expliquer au public (par la voie judiciaire) les choix politiques qui s'offrent »¹⁷ lorsqu'elle se questionne sur l'encadrement des pouvoirs publics.

Tout en considérant la complexité définitionnelle du phénomène, le pouvoir exécutif est confronté à l'obligation de trouver un moyen pour sécuriser la population. Il ne fait aucun doute que le terrorisme est un enjeu de sécurité réel qui touche le Canada. Le terrorisme n'y est pas nouveau et la sécurité a toujours été une quête sans fin pour l'humanité. Alors, pourquoi ce n'est qu'en 2001 que le système juridique canadien s'est doté d'une *Loi antiterroriste*¹⁸ ? N'existait-il pas de mesures juridiques appropriées pour faire face à cette forme de violence ? Plusieurs chercheurs (Kent Roach¹⁹, Craig Forcese²⁰, Stanley Cohen²¹) se sont penchés sur la critique de cette loi depuis son entrée en vigueur²². Leurs réflexions nous poussent à nous questionner sur certaines applications de cette loi par rapport à la protection de la vie privée.

¹⁶ S. LEMAN-LANGLOIS et G. OUELLET, préc., note 13 à la page 11.

¹⁷ Nathalie DES ROSIERS, « Les principes de justice fondamentale en Matière de sécurité nationale », (2010) 42 *Ott. Law Rev.* 369-388.

¹⁸ *Loi antiterroriste*, (2001) L.C. 2001, ch. 41. Nous utiliserons l'abréviation LAT1 tout au long de ce mémoire.

¹⁹ Kent ROACH, « Canada's response to terrorism », dans Victor V. RAMRAJ, Michael Yew Meng HOR, Kent ROACH et George WILLIAMS (dir.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, coll. Cambridge books online, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 514-540.

²⁰ Craig FORCESE, « Through a Glass Darkly: The Role and Review of National Security Concepts in Canadian Law », (2005) 43 *Alta. Law Rev.* 963-1000.

²¹ Stanley A. COHEN, *Privacy, crime and terror: legal rights and security in a time of peril*, Markham, Ont., LexisNexis Butterworths, 2005.

²² Émilie GRENIER, *Le Canada face au terrorisme international: analyse d'une loi antiterroriste*, coll. Collection Justice internationale, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 19.

L'un des défis dans la lutte contre le terrorisme est la posture du droit dans le processus de sécurisation²³. En d'autres mots, quelle dynamique existe-t-il entre « le rôle du droit dans le maintien de la sécurité et les incidences de la quête de sécurité sur le droit dans toutes ses formes »²⁴ et plus précisément celui du respect de la vie privée ? Ces considérations nous conduisent à jauger si l'approche juridique canadienne est efficace dans la protection de la vie privée par rapport à la lutte au terrorisme.

A priori, le terrorisme est considérablement en baisse au Canada²⁵ ce qui devrait logiquement conduire à une plus grande protection de la vie privée. Sauf que d'aucuns pourraient prétendre à juste titre que les actes terroristes sont en diminution au Canada du fait des mesures de sécurité mise en place. « Certainement, une intensification des efforts de collecte de renseignements a eu lieu, mais on a également voulu développer un nouveau cadre juridique »²⁶ pour contenir la menace. Dans ce débat sans fin, l'approche canadienne est pertinente dans la mesure où c'est le système judiciaire qui contrôle la limite à ne pas franchir dans le non-respect de la vie privée²⁷. Il veille à la protection de la vie privée et à la sécurité de la population suivant un postulat (à notre avis questionnable) selon lequel un équilibre devrait être trouvé entre les mesures de sécurité et les droits fondamentaux²⁸.

De plus, il existe plusieurs institutions qui ont pour mandat de veiller à sécuriser le territoire. Évidemment, ces institutions ne sont pas au-delà des lois canadiennes et leurs activités doivent être conformes aux mandats qui leur incombent. Le service canadien de renseignements de sécurité (SCRS) est l'une de ces institutions dont les activités sont critiquées par ceux qui estiment qu'il y a un recul dans la protection de la vie privée²⁹. Le SCRS est encadré par un comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) dont l'une des

²³ « Concept clé de l'École de Copenhague qui indique le processus par lequel un problème politique, social, économique ou écologique est désigné comme un enjeu de sécurité. » A.-M. D'AOUST, D. GRONDIN et A. MACLEOD, préc., note 11 à la page 375.

²⁴ Karim BENYKHLEF, Nicolas W. VERMEYS et Nicolas W. VERMEYS, « Introduction - Le droit à la sécurité... La sécurité par le droit », dans Karim BENYKHLEF et Nicolas W. VERMEYS (dir.), *Le droit à la sécurité, la sécurité par le droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 3-13 à la page 3.

²⁵ S. LEMAN-LANGLOIS et G. OUELLET, préc., note 13 à la page 59.

²⁶ N. DES ROSIERS, préc., note 17.

²⁷ *Id.*

²⁸ É. GRENIER, préc., note 22, p. 120.

²⁹ *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 C.F. 1050.

missions est de veiller à la manière dont le SCRS remplit ses mandats. C'est dans ce cadre qu'il peut être amené à « faire effectuer ou accomplir lui-même des recherches dans le but de s'assurer que le SCRS n'exerce pas ses pouvoirs de manière abusive (...) et il enquête sur les plaintes dirigées contre le SCRS, les refus d'une habilitation provenant de la Loi sur la citoyenneté ou de la loi canadienne sur les droits de la personne »³⁰. Ainsi, les organismes publics qui interviennent pour lutter contre le terrorisme sont assujettis à une forme de régulation qu'incarnent le CSARS et les tribunaux.

Cependant les acteurs judiciaires étant membre de la société et observant le déroulement des actes terroristes ne sont pas neutres dans leurs rôles de gardien de la vie privée. Le terrorisme est traité de manière particulière tout en portant en lui un vent de changement dans le paysage juridique. « Malgré tous les rapprochements qui peuvent être faits, l'argument de la spécificité a triomphé et a justifié le développement d'un nouveau modèle. L'envergure du risque, dit-on, justifie une approche différente »³¹. Dans un tel contexte où les pouvoirs judiciaires et exécutifs s'accordent pour donner une orientation commune à la lutte antiterroriste, plusieurs questions surviennent relativement à l'indépendance judiciaire dans la protection de la vie privée. Nous relevons que : « plutôt que d'insister pour une démonstration justifiable en vertu de l'article 1[de la charte], ou encore d'une déclaration en vertu de l'article 33 de la charte, les tribunaux canadiens ont en général accepté de tempérer les principes de justice fondamentale pour tenir compte de la spécificité terroriste ». Il y a lieu de noter que ces changements ont des conséquences directes ou potentielles sur l'érosion du respect de la vie privée et, par ce fait, une remise en cause de l'autonomie du système juridique par rapport à l'appréhension du terrorisme.

De facto nous soutenons l'idée selon laquelle le système juridique canadien ne tend pas à protéger le respect de la vie privée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Ceci dans la mesure où il adopte une compréhension du terrorisme similaire à celle du pouvoir exécutif. « Les tribunaux ont accepté de modifier le rôle des avocats et des juges et d'intégrer la spécificité de la guerre contre le terrorisme au sein des principes de justice fondamentale, plutôt que de critiquer les choix législatifs »³². Notre hypothèse ne se base pas sur l'apparente similitude de la

³⁰ *Id.*

³¹ N. DES ROSIERS, préc., note 17.

³² *Id.*

compréhension du phénomène mais sur l'autonomie du pouvoir judiciaire dans la définition de l'orientation structurelle à adopter. Autrement dit, il est difficilement concevable, pour nous, qu'il faille adopter une approche qui tend à modifier de façon permanente le cadre juridique canadien pour un phénomène difficilement prévisible. Loin de nous l'idée de plaider pour une approche juridique passive dans cette lutte contre le terrorisme. Néanmoins, le terrorisme est un phénomène exceptionnel dans le paysage canadien et il faudrait adopter une approche d'urgence capable de s'adapter à chaque situation sans pour autant mettre l'appareil judiciaire en état d'alerte permanent.

Le sujet n'est pas nouveau et la doctrine est parsemée d'œuvres pertinentes dont nous nous servirons pour nourrir nos observations. L'exercice qui se présente à nous est de chercher à comprendre cet enjeu sécuritaire, c'est-à-dire qu'entendons-nous par terrorisme ? Qu'est-ce que la vie privée ? Ceci dans le but de dégager des hypothèses par rapport à la recherche d'équilibre prônée, entre autres, par le pouvoir judiciaire entre la vie privée et les mesures de sécurité (Partie I). Ensuite nous aurons à réévaluer ces hypothèses dans le cadre de la lutte contre le terrorisme dans une perspective de sécurité nationale (Partie II).

Selon le professeur Benyekhlef, la vie privée repose sur deux fondements principaux à savoir son utilité dans la création de rapports sociaux (altérité) et son utilité dans la définition de soi-même (personnalisation)³³. C'est suivant cette grille de lecture que nous retiendrons deux axes fondamentaux pour jauger les hypothèses qui auront été dégagés dans les parties I et II. En d'autres termes, la critique de l'encadrement démocratique des actions du pouvoir exécutif nous permet de se pencher sur la dimension sociétale de la vie privée (Partie III). Finalement, le regard que nous poserons sur l'utilisation de la biométrie dans la lutte contre le terrorisme nous permettra de questionner la posture du droit par rapport à la protection de la dimension individuelle de la vie privée (Partie IV).

³³ Karim BENYEKHLEF, « Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée », dans Pierre TRUDEL, France ABRAN, Denis ASSELIN, UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC et COLLOQUE « DROIT DU PUBLIC À L'INFORMATION ET VIE PRIVÉE: DEUX DROITS IRRÉCONCILIABLES? » (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée: deux droits irréconciliables? : actes du Colloque tenu à Montréal les 9 et 10 mai 1991*, Montréal, Editions Thémis, 1992 aux pages 17-19.

Partie I : La protection de la vie privée ou la marche vers un « déséquilibre » prédictible

Lors de la 29^e séance du comité permanent de la justice et des droits de la personne, le ministre Lawrence MacAulay affirme que : « nos organismes d'application de la loi et de sécurité ont besoin de ce projet de loi parce que nous devons empêcher les terroristes d'entrer au Canada et protéger les Canadiens contre le terrorisme (...) Nous avons besoin d'outils sans cesse plus puissants pour identifier, poursuivre, condamner et punir les terroristes et ceux qui les aident »³⁴. Conséquemment, est-ce que les Canadiens doivent échanger leur vie privée contre une plus grande sécurité ? D'aucuns pourraient répondre que celui qui n'a rien à se reprocher ne devrait pas s'inquiéter d'être surveillé même à son insu ou que la vie privée ne serait qu'un rempart pour de potentiels terroristes ou criminels. Néanmoins, il faudrait souligner que l'une des principales caractéristiques des démocraties, comparativement aux dictatures, est le niveau de protection de la vie privée des citoyens. « The point that can be made, however, is that no society with a reputation for providing liberty in its own time failed to provide limits on the surveillance power of authorities »³⁵. Ainsi, pendant que les réflexions s'opèrent sur les différents enjeux liés à la sécurité nationale et à la vie privée, le Canada demeure une des démocraties qui doit composer avec le phénomène terroriste.

Tout d'abord, rappelons-nous que les attentats du 11 septembre 2001 n'ont aucun lien direct avec le Canada autant dans leur planification que dans l'identité des assaillants. Toutefois, ces événements ont contribué à l'accélération de l'adoption de la LAT1³⁶. En revanche, l'attentat contre le vol 182, survenu au-dessus de l'Atlantique, ayant à son bord plusieurs Canadiens marqua moins l'imaginaire canadien et de toute évidence influencera moins le système

³⁴ Stéphane LEMAN-LANGLOIS, « Le terrorisme, crime ou acte de guerre ? », dans Jean-Paul BRODEUR, BIBLIOTHEQUE NUMERIQUE CANADIENNE et Inc EBRARY (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, coll. Bibliothèque numérique canadienne. Collection des éditeurs canadiens, Montréal, Qué., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009 aux pages 146-148; « Témoignages - JUST (37-1) - no 29 - Chambre des communes du Canada », en ligne : <<https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/37-1/JUST/reunion-29/temoignages>> (consulté le 25 août 2019).

³⁵ Alan F. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York, Atheneum, 1967, p. 22.

³⁶ *Loi antiterroriste*, préc., note 18.

juridique³⁷. Ensuite, dans l'affaire Maher Arar, que nous exposerons plus loin, le juge Dennis O'Connor blâma autant la Gendarmerie Royale du Canada (GRC), le Service canadien de Renseignement sur la Sécurité (SCRS), le gouvernement dans son ensemble et les médias pour avoir orchestré une campagne de salissage de Maher Arar relativement à son implication aux activités terroristes³⁸. De son côté, Lisa Austin attirait notre attention quant aux potentielles atteintes à la vie privée des Canadiens : « Currently there are proposals to expand the use of CAPS and to integrate it with law enforcement and national security intelligence data »³⁹. À cet égard, nous observons une multitude de problèmes de diverses natures (institutionnelle, politique, médiatique, etc.).

Relativement à ces enjeux mentionnés, on ne saurait émettre une hypothèse pertinente quant aux interactions entre la vie privée et la lutte au terrorisme dans le système juridique canadien sans se questionner sur ce qu'est la vie privée et comment comprendre le phénomène du terrorisme (A). Ces réflexions définitionnelles nous éclaireront quant à l'analyse que nous effectuerons sur ces deux notions (B).

A. Définitions des concepts du droit à la vie privée et du terrorisme

1) L'impasse définitionnelle de la « vie privée »

En voulant définir la vie privée, nous nous heurtons rapidement à la difficulté de pouvoir restreindre ce droit constitutionnel à une quelconque définition. En réalité, « il apparaît donc difficile, voire impossible, d'en arriver à une définition consensuelle du droit à la vie privée »⁴⁰. Cela n'empêche pas d'en dégager certains traits complémentaires pouvant permettre de déterminer l'objet à l'étude. L'individu doit bénéficier de la faculté de se définir comme être

³⁷ Stéphane LEMAN-LANGLAIS, « Terrorisme et crime organisé, contrastes et similitudes », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme: concept, acteurs et réponses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007 aux pages 91-109.

³⁸ Noël ANDRÉ, « Terrorisme et journalisme : un témoignage », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme: concept, acteurs et réponses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007 aux pages 123-135.

³⁹ CAPS (Computer Assisted Passenger Screening) LISA AUSTIN, « Is privacy a casualty of the war on terrorism ? », dans Patrick MACKLEM, Kent ROACH et RONALD J DANIELS (RONALD JOEL) (dir.), *The security of freedom essays on Canada's anti-terrorism bill*, coll. DèsLibris. Books collection, Toronto, University of Toronto Press, 2001, en ligne : <<http://www.deslibris.ca/ID/418179>>.

⁴⁰ K. BENYEKHLEF, préc., note 33 à la page 18.

humain à part entière c'est-à-dire la possibilité d'être capable de se distinguer de l'autre. La vie privée constitue cette sphère qui nous permet de parler, d'agir, de penser hors de toute contrainte sociale. Ce qui ne peut être dit en public devrait trouver écho dans la vie privée et cette possibilité vient apporter une pierre importante à l'édifice qu'est la liberté. Confronté à cette saine difficulté de trouver une définition⁴¹ consensuelle à la vie privée, le système juridique canadien parvient à l'encadrer comme étant un droit fondamental d'ordre constitutionnel. Sans être explicitement mentionné dans la constitution comme tel, c'est la Cour suprême qui viendra effacer les doutes sur la constitutionnalité de cette notion « par une interprétation large des articles 7 et 8 de la charte canadienne des droits et libertés »⁴². Dans les lignes à suivre nous exposerons plusieurs aspects constitutifs de la vie privée.

a) Les principales caractéristiques de la vie privée

Le droit à la vie privée a connu un long chemin pour aboutir à sa forme actuelle compte tenu de la complexité qu'incarne sa définition⁴³. De plus, Gerety soutient qu'il est nécessaire d'aboutir à une définition précise de ce que nous entendons par la vie privée⁴⁴. Pour le juriste, la définition d'une telle notion est nécessaire *a priori* pour y apporter une reconnaissance juridique qui conduira à sa réelle protection.

Selon Westin, « privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others »⁴⁵. À l'instar de celle de Miller⁴⁶, la définition de Westin révèle essentiellement deux notions reliées à la vie privée à savoir « le contrôle de l'information et de l'identité »⁴⁷. Ces deux notions permettent à l'individu de garder son autonomie et d'en assurer sa dignité. Toutefois, de l'avis de Gerety et d'un point de vue positiviste, cette définition de Westin est trop vague pour prétendre à une quelconque juridicité. Par ailleurs, la définition d'André Roux retient le secret et la

⁴¹ *Id.* aux pages 17-19.

⁴² B. PELLETIER, préc., note 9.

⁴³ K. BENYEKHLEF, préc., note 33 aux pages 17-18.

⁴⁴ Tom GERETY, « Redefining Privacy », (1977) 12 *Harv. Civ. Rights-Civ. Lib. Law Rev.* 233-296; Karim BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 38.

⁴⁵ A. F. WESTIN, préc., note 35, p. 7.

⁴⁶ « une définition similaire en substance » Arthur Raphael MILLER, *The assault on privacy: computers, data banks, and dossiers*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1971, p. 25; K. BENYEKHLEF, préc., note 44, p. 44.

⁴⁷ K. BENYEKHLEF, préc., note 44, p. 44.

tranquillité comme principaux composants de la vie privée. « De façon générale (...) la vie privée est cette partie de la vie qui n'est pas consacrée à une activité publique et où les tiers n'ont en principe pas accès afin d'assurer à la personne le secret et la tranquillité auxquels elle a droit »⁴⁸. Notons que cette définition est issue d'une analyse jurisprudentielle et ne permet pas de saisir de façon pragmatique les contours précis de la vie privée. Au contraire, l'auteur nous plonge dans le flou définitionnel en retenant le secret et la tranquillité comme concepts clefs⁴⁹.

Une tentative de théorisation de la vie privée du professeur Prosser l'a conduit à identifier quatre traits qui s'articulent autour de la vie privée comme suit : l'intrusion dans l'intimité d'une personne ; la révélation publique de faits privés compromettants ; une publicité qui tendrait à discréditer un intime aux yeux du public et des récupérations dans l'intérêt de l'accusé au détriment de la défense⁵⁰. Au vu de nombreuses contestations⁵¹ de cette théorisation de Prosser, Westin ajoutera la surveillance électronique et psychologique comme dimension essentielle à donner à la vie privée⁵².

À la suite de plusieurs études de décisions des tribunaux, Glenn a relevé deux comportements qui sont sanctionnés par les cours, à savoir l'intrusion et la diffusion. D'une part, l'intrusion fait référence à l'aspect territorial et personnel, par exemple le droit à la solitude. D'autre part, la diffusion fait référence à l'aspect informationnel qui peut être illustré par le droit à l'anonymat. Dans son étude, Glenn affirme que « l'intrusion injustifiée » et l'absence de faits justifiables ont guidé les juges dans leurs tâches⁵³.

Relativement à ces efforts de théorisation de la vie privée, un point de convergence concernant le droit à la vie privée se retrouve autour de 3 volets pour cerner les contours définitionnels. On distingue : l'aspect territorial, individuel (en tant que personne) et informationnel à la vie privée. L'aspect territorial se réfère à la propriété privée c'est-à-dire

⁴⁸ André ROUX, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat les particuliers et [sic]*, coll. Collection Droit public positif, Paris, Economica, 1983, p. 8; K. BENYEKHLEF, préc., note 44, p. 40.

⁴⁹ K. BENYEKHLEF, préc., note 44, p. 40-41.

⁵⁰ William L. PROSSER, « Privacy », (1960) 48 *Calif. Law Rev.* 383-423, 389.

⁵¹ K. BENYEKHLEF, préc., note 44, p. 16.

⁵² A. F. WESTIN, préc., note 35, p. 133-168; K. BENYEKHLEF, préc., note 44, p. 15.

⁵³ Patrick GLENN, « Le droit au respect de la vie privée », 1979, 882.

l'espace où l'on n'est pas dérangé et où l'on est le maître des lieux. L'aspect individuel se réfère au caractère psychologique et physique de la personne.

Le droit à la vie privée serait relié directement à la notion de dignité humaine et au respect de l'espace personnel. Vues sous cet aspect, la détention et l'arrestation porteraient atteinte à la vie privée⁵⁴. L'aspect informationnel fait référence à l'apport de Westin dans sa critique de la catégorisation de Prosser⁵⁵. À l'ère des nouvelles technologies, l'enjeu autour de la vie privée continue de susciter des inquiétudes tout en trouvant des sources de réponses sous cet aspect informationnel (par exemple la protection des renseignements personnels).

La nécessité d'avoir une définition précise du concept de la vie privée s'explique, entre autres, par le fait que le positivisme juridique (le droit posé) réclame une précision pouvant permettre la reconnaissance à chacun la possibilité de jouir des libertés qui leur sont conférées par les textes de loi. Néanmoins, lorsque Rankin analyse la vie privée sous l'angle du droit propriétaire⁵⁶, il apparaît aisément des carences dans la protection de la vie privée par rapport à la démocratie et au développement de l'être humain dans sa complexité. À partir de ce constat, nous nous résoudrons à éviter de trouver une définition complète du droit à la vie privée sans pour autant omettre de relever ses caractéristiques pouvant permettre de le manipuler relativement aux questions de terrorisme. Au surplus, nous sommes en accord avec Lucas⁵⁷, Pouillet⁵⁸ et Glenn⁵⁹ pour soutenir que le droit à la vie privée devrait s'analyser sous l'angle de la personnalité et non en tant que bien matériel. En fait, à notre sens « la vie privée ne peut se ramener à une notion

⁵⁴ Le corps humain constitue le fondement sur lequel repose sa définition de la vie privée alors que l'aspect informationnel de la vie privée n'est qu'un « value of privacy ». Il dira: « But generally, the collection of data by government and other institutions, as described by westin and miller, is not a loss of privacy per se, but rather a threat to one's privacy » Richard B. PARKER, « A Definition of Privacy », (1973) 27 *Rutgers Law Rev.* 275-297, 285; K. BENYEKHEF, préc., note 44, p. 41.

⁵⁵ A. F. WESTIN, préc., note 35; K. BENYEKHEF, préc., note 44, p. 15.

⁵⁶ La réclamation de la vie privée informationnelle présuppose que toute information à propos d'un individu est fondamentalement reliée à la notion de propriété. Donc c'est un droit de propriété qu'une personne aurait sur ses informations selon Rankin. Murray RANKIN, « Privacy & (and) Technology: A Canadian Perspective », (1984) 22 *Alta. Law Rev.* 323-347, 326; K. BENYEKHEF, préc., note 44, p. 53.

⁵⁷ André LUCAS, *Le droit de l'informatique*, coll. Thémis. Droit, Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. 353.

⁵⁸ Yves POUILLET, « Le fondement du droit à la protection des données nominatives: Propriété ou Libertés », dans UNIVERSITE DE MONTREAL. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC (dir.), *Nouvelles technologies et propriété: actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal : Paris, Thémis ; Litec diffuseur, 1991 aux pages 184-185; K. BENYEKHEF, préc., note 44, p. 53.

⁵⁹ En reconnaissant que la solitude et l'anonymat relève de la vie privée, on ne peut plus considérer la théorie propriétaire. K. BENYEKHEF, préc., note 44, p. 54.

simple. C'est une constellation de valeurs concordantes et opposées, de droits solidaires et antagonistes, d'intérêts communs et contraires. Bien plus, cette constellation évolue avec le temps et varie d'un milieu culturel à un autre »⁶⁰. La vie privée répond au moins à une double fonction à savoir permettre à l'individu de se réaliser pleinement dans sa complexité et jauger la nature de nos organisations sociales⁶¹.

b) La vie privée : un droit constitutionnel au Canada.

Considérant la multitude d'efforts définitionnels de la vie privée, il convient d'en distinguer le sens philosophique et juridique⁶². D'un point de vue constitutionnel, comment le système juridique canadien traite-t-il cette épineuse notion de la vie privée par rapport à un enjeu sécuritaire comme le terrorisme ? Si la vie privée est un élément qui échappe à une définition précise, le droit « constitutionnel à la vie privée » tend à garantir quelques aspects de son existence. Ainsi, l'un des problèmes qui se posent est de savoir si le droit à la vie privée est un droit autonome ou une diversité de droits. À cette question nous sommes en accord avec Alain-Robert Nadeau pour soutenir que c'est un droit autonome⁶³. Il se compose de plusieurs notions ayant tous un lien direct ou indirect a priori avec le droit constitutionnel à la vie privée. À titre d'exemple, le secret bancaire, l'inviolabilité du domicile, la confidentialité des données personnelles, la liberté d'expression, la liberté de religion, etc. sont tous des aspects d'un même corpus qu'est le droit constitutionnel à la vie privée.

Malgré la distinction entre le droit constitutionnel à la vie privée et la notion philosophique de la vie privée, nous devons mentionner qu'ils sont intimement reliés et l'interaction de ces deux perspectives d'approches concourt à une meilleure compréhension et protection. Historiquement, la common law ne reconnaissait pas le droit à la vie privée et nulle

⁶⁰ CANADA. MINISTÈRE DES COMMUNICATIONS, *L'ordinateur et la vie privée; rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le Ministère de la justice*, Ottawa, Information Canada, 1972, p. 10-11.

⁶¹ « L'exemple le plus frappant de l'anéantissement de la sphère d'autonomie de la famille et des groupes sociaux dans les régimes politiques totalitaires est sans aucun doute illustré par le stakhanovisme qui a caractérisé la société soviétique au cours de l'ère stalinienne. Le régime stalinien avait érigé en dogme absolu la dénonciation des individus jugés "déviantes" par rapport aux normes étatiques établies. Les activités politiques "déviantes" de monsieur Stakhanov avait été dénoncées aux autorités gouvernementales par son propre fils, lequel est ainsi devenu un héros national » Alain-Robert NADEAU, *Vie privée et droits fondamentaux: étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, Scarborough, Ont., Carswell, 2000, p. 3.

⁶² *Id.*, p. 19.

⁶³ A.-R. NADEAU, préc., note 61.

part dans la Charte canadienne ce droit n'apparaît expressément. Cependant, la Cour suprême est parvenue dans une interprétation large et libérale de l'article 8 de la Charte à reconnaître un statut fondamental du droit à la vie privée enchâssée dans la constitution canadienne⁶⁴. De plus, la complexité du concept et l'autonomie juridique dont il jouit trouvent leur fondement dans une multitude d'articles de la constitution tout en concourant à sa protection contre les immixtions étatiques. « Au Canada, en plus des articles 7 et 8, les articles 2, 6, 10, 13, 26 et l'alinéa 11c) de la charte canadienne seraient aussi susceptibles de garantir le droit constitutionnel au respect de la vie privée »⁶⁵. Relativement à la multitude de définitions possible, c'est en matière de droit public et de criminalité (sécurité publique) que nous aurons à circonscrire l'analyse de la vie privée en tant que droit constitutionnel, car il demeure que le terrorisme constitue une infraction criminelle.

c) L'influence du droit pénal sur la vie privée

Comme nous l'avons relevé, plusieurs auteurs et la jurisprudence canadienne sont en accord avec une catégorisation de la vie privée qui s'articule entre l'aspect territorial, personnel et informationnel. Le droit pénal canadien s'est développé en prenant en compte ces trois dimensions ce qui a donné lieu à certaines garanties juridiques lorsque la recherche de la sécurité collective présente des contradictions avec la vie privée. Stanley Cohen nous rapporte une multitude d'enseignements jurisprudentiels issue des interactions qu'il peut y avoir entre le droit criminel et le droit à la vie privée. Nous les résumons premièrement autour du concept d'attente raisonnable et deuxièmement autour de l'importance que le droit pénal accorde à la protection de la vie privée.

- La nécessité de déterminer l'attente raisonnable de la vie privée

L'attente raisonnable de la vie privée ne fait pas exception quant à sa nature. Comme toute utilisation du mot « raisonnable », c'est un concept relativement flou dans la jurisprudence, car elle ne répond pas à une définition précise d'application, mais doit faire l'objet d'analyse du juge. Elle s'insère dans le rapport entre l'État et l'individu et dépend d'un constat d'immixtion de l'État⁶⁶. « La rationalité » de l'attente d'un individu quant au respect de sa vie privée dépend du

⁶⁴ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7, par. 159-160; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, par. 15 (C.S.C.).

⁶⁵ A.-R. NADEAU, préc., note 61, p. 156.

⁶⁶ *Id.*, p. 109.

contexte dans lequel celui-ci en fait la réclamation. L'affaire *Hunter c. Southam Inc.* établit le fait que l'article 8 de la charte ne garantit pas seulement l'inviolabilité du domicile, ni « ne le limite aucunement à la protection des biens (...) », mais « (...) garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives »⁶⁷. Ainsi une personne peut avoir une attente raisonnable par rapport à ses biens matériels, sa personne physique et ses informations même lorsqu'il est question d'arrestation ou de perquisition. Dans l'affaire *Plant*⁶⁸, la police a dû collecter des informations relatives aux données d'utilisation d'électricité dans le but de procéder à ses enquêtes par rapport à la culture de cannabis dans la résidence de Mr Plant. Tout d'abord, le juge Sopinka affirme « il est normal que l'art. 8 de la Charte protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu »⁶⁹. Ensuite dans le cas en l'espèce le juge a conclu que la police n'avait pas agi au-delà de l'attente raisonnable de vie privée de Mr Plant en recueillant des copies de son utilisation d'électricité.

Tout comme dans *Aubry*⁷⁰, en matière de droit pénal l'individu peut avoir une attente raisonnable à sa vie privée lorsqu'il est dans un espace public par exemple lorsque nous faisons des activités en plein air ou lorsque nous entretenons des débats informels dans un local universitaire. Dans un avis juridique concernant la vidéo surveillance, le juge La Forest renchérit ce principe en ces mots : « Ce serait faire une parodie de la Charte que de permettre au gouvernement de détruire une attente légitime de vie privée sans autre formalité que d'informer les citoyens que leurs mouvements et leurs activités peuvent être surveillés; en particulier, là où le secteur surveillé est un lieu public central très utilisé pour le commerce, les loisirs, les voyages et l'interaction sociale »⁷¹. En matière criminelle, « l'attente raisonnable de la vie privée » constitue un pilier important dans le défi de protéger la vie privée.

⁶⁷ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7, par. 22.

⁶⁸ *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 (C.S.C.).

⁶⁹ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 23.

⁷⁰ *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 R.C.S. 591 (C.S.C.).

⁷¹ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 34; COMMISSARIAT A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, « Opinion du juge La Forest » (10 avril 2002), en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et-annonces/2002/opinion_020410/> (consulté le 5 août 2019).

- La nécessité de protéger la vie privée en matière de sécurité

Comme nous le verrons plus loin dans ce mémoire, la lutte au terrorisme semble être porteuse de contradiction par rapport à la nécessité de respecter le droit constitutionnel à la vie privée. Cependant, le droit pénal rappelle l'importance de la vie privée et les différents intervenants étatiques doivent en tenir compte dans l'exercice de leur fonction suivant le principe de la primauté du droit. Nous pouvons lire dans l'arrêt *Plant* l'affirmation selon laquelle la dignité humaine, l'intégrité et l'autonomie sont des expressions de la vie privée⁷². Ce rappel jurisprudentiel solidifie l'importance qui doit être accordée au droit à la vie privée même si la sécurité est l'enjeu principal. L'idée n'est pas de plaider pour un absolutisme dans la protection de la vie privée, mais de faire ressortir son importance dans un contexte de sécurité. À cet effet, l'encadrement d'une immixtion étatique se base sur le consentement qui doit être éclairé, sans contrainte, volontaire et complète⁷³. La vie privée revêt d'une importance capitale dans le travail des agents de l'État comme S. Cohen nous le rappelle: « The fact that the government lawfully acquires personal information does not mean that it can necessarily share that information with others, even if those others are other government departments or agencies »⁷⁴. Ici par exemple, nous observons que la communication des renseignements personnels relative à la lutte au terrorisme représente un point problématique. Ceci dans la mesure où les mesures législatives qui s'orienteraient à l'encontre de ces acquis juridiques devront faire l'objet d'une justification étatique.

d) Les limites au droit à la vie privée

En règle générale nous pouvons convenir qu'il n'y a pas d'absolue dans la jouissance des droits et libertés que la Charte protège⁷⁵. Il n'y a pas non plus de hiérarchie entre les différents droits et libertés contenus dans la Charte⁷⁶. Ces deux principes constitutionnels orienteront notre développement quant aux limites au respect de la vie privée dans un contexte de criminalité.

⁷² *R. c. Plant*, préc., note 68.

⁷³ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 31.

⁷⁴ *Id.*, p. 32.

⁷⁵ L'article 1 de la charte permet de se déroger au respect des droits constitutionnels. On peut lire aussi : « Trois principes étayés par les dispositions particulières de la charte sont en jeu dans le présent pourvoi. Ce sont les principes de la défense de pleine et entière, de la vie privée, et de l'égalité. Aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres ». *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61 (C.S.C.).

⁷⁶ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, par. 878 (C.S.C.).

Ainsi, la charte protège le respect de la vie privée sauf si une loi ou un jugement (devant respecter la constitution) vient apporter des limites à ce droit. « Whether the authority to intrude upon privacy is statutory, regulatory or derived from the common law, the law itself must be reasonable »⁷⁷. Conséquemment, l'État peut porter atteinte au respect de la vie privée sur la base de la primauté du droit.

Suivant l'arrêt *Feeney*, une intervention policière sans mandat vient enfreindre en principe l'article 8 de la Charte⁷⁸. Toutefois, le respect de la vie privée est négligeable lorsqu'il y a une urgence ou lorsque les événements se déroulant imposent une violation de la vie privée. Ainsi, « the officer must believe on reasonable grounds that his or her own safety, or the safety of others, is at risk. The officer's decision to search must also be reasonably necessary in light of the totality of the circumstances »⁷⁹. Si l'autorité publique peut enfreindre l'article 8 en fonction des circonstances, cela reste une exception au principe général.

Cela nous conduit à soutenir que l'atteinte à la vie privée devra atteindre un degré aussi minimal que possible. Stanley Cohen affirme: « any evidence obtained as a result of interceptions at pay telephones in the absence of reasonable and probable grounds for believing that a target was using the telephone, was obtained in contravention of section 8. The majority also stated that it is appropriate in such instances for authorizing judge to impose minimization conditions to safeguard the public's interest in privacy »⁸⁰.

En somme, suivant le principe de la primauté du droit, de la dynamique d'une situation donnée, la norme voulant que la vie privée ne puisse être violée sans une approbation juridique préalable connaît des limites. Cependant, les interventions qui violent l'article 8 de la charte doivent être suffisamment encadrées de sorte qu'il n'y ait qu'une atteinte minimale à ce droit. Dans cet ordre d'idée la Cour suprême soutient que « l'existence de motifs raisonnables et probables, établis sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de

⁷⁷ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 38; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265 (C.S.C.).

⁷⁸ *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13 (C.S.C.); S. A. COHEN, préc., note 21, p. 42.

⁷⁹ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 42.

⁸⁰ *Id.*, p. 48.

preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la charte »⁸¹.

Pour poursuivre, dans l'affaire *Hunter c. Southam Inc.* il était question de l'admissibilité des perquisitions dans les locaux d'*Edmonton Journal* (une branche de la firme Southam Inc.) par le directeur des enquêtes et des recherches sur les coalitions (W Hunter). Il fallait statuer sur la constitutionnalité de l'article 10 (1) et (3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* par rapport à l'art 8 de la charte. Au paragraphe 25 du développement du juge Dickson, on peut lire :

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre raisonnablement à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi⁸².

Conséquemment, les limites du droit à la vie privée ne sont pas prédéterminées à partir du moment où l'élément central est l'élévation de l'existence effective d'une attente raisonnable à la vie privée. C'est en fonction d'une pondération entre les droits en jeu que le juge pourra déterminer si les limites ont été atteintes ou s'ils ne l'ont pas été.

L'affaire *R. c. Dyment* traite de la transmission de prélèvement sanguin de M. Dyment par l'équipe médicale à la police suite à une hospitalisation de ce dernier après un accident de la route. La police a porté des accusations criminelles à l'encontre de M. Dyment lorsqu'elle a constaté la présence anormale de stupéfiant dans son sang. La cour affirme dans ses considérations générales que le droit à la vie privée est une caractéristique des sociétés libres et démocratiques. L'État moderne a pour mission de garantir sa protection. Mais, la cour reconnaît qu'il puisse y avoir des situations pouvant conduire à son non-respect. « Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres conditions exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut

⁸¹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7.

⁸² *Id.*, par. 25.

être enfreint »⁸³. Ainsi, dans ces cas, il est du devoir de l'État d'encadrer les situations où des atteintes puissent être portées à l'article 8.

2) L'ambiguïté du terrorisme et la contribution juridique

a) Le terrorisme comme construit social

Le terrorisme est un phénomène historique qui s'illustre à travers la violence politique. Il se manifeste dans le temps sans distinction d'une civilisation à l'autre. Si plusieurs chercheurs se sont lancés à vouloir le définir, force est d'admettre qu'il n'existe toujours pas de définition consensuelle sur le phénomène. Hier, le terrorisme jouissait d'une connotation positive⁸⁴ alors qu'aujourd'hui, d'aucuns le présente comme une menace sécuritaire pouvant relever [tantôt] de la criminalité voir d'acte de guerre. En considérant ce caractère changeant de notre objet d'étude et de la difficulté à le définir, comment pourrions-nous l'expliquer afin d'en comprendre les tenants et aboutissants ? Notons que selon Hoffman⁸⁵, nous assistons à une « nouvelle figure du terrorisme » avec des actes terroristes en décroissance accompagné d'une violence plus grande et « considérable ». Son hypothèse rejoint le cadre canadien où le phénomène terroriste est extrêmement rare à observer dans la société canadienne. Si nous considérons certains actes de violence qualifiée de terrorisme quant à leur amateurisme, à leur violence et à leurs acteurs, devrions-nous soutenir l'hypothèse « d'un nouveau terrorisme » ? Même en répondant à ce questionnement, le défi de trouver une définition reste entier.

Avant de procéder à l'analyse du concept de « nouveau terrorisme », relevons quatre facteurs qui expliquent la difficulté de parvenir à définir le terrorisme. Premièrement, le terrorisme est caractérisé par l'imposition d'une moralité dont font preuve les sujets qui se lancent à sa définition. Le mot est porteur d'une connotation péjorative au point que plusieurs intervenants recommandent au chercheur de se défaire de ce jugement moral. Vanessa Martin

⁸³ *R. c. Dymont*, préc., note 64, par. 23.

⁸⁴ « Bien que le mot "terrorisme" ait eu à l'origine une connotation positive (Rosepierre qualifiait son régime de terroriste avec fierté), ce mot est souvent utilisé pour dénigrer les tactiques de ses adversaires et non pour décrire un phénomène particulier » Martin LEBLANC, *Ethique et violence politique: Repenser la réponse des démocraties libérales à la menace terroriste*, Ph.D., Ann Arbor, United States, 2008, p.30, en ligne : <<http://search.proquest.com/docview/304800946/abstract/7F5CB047729643BEPQ/1>> (consulté le 13 novembre 2016).

⁸⁵ Leonard WEINBERG, Ami PEDHAZUR et Sivan HIRSCH-HOEFLER, « The Challenges of Conceptualizing Terrorism », (2004) 16-4 *Terror. Polit. Violence* 777-794.

Vanasse parle de la subjectivité des intervenants⁸⁶ (les chercheurs, les agents de l'État, les juristes) comme premier obstacle à dépasser pour parvenir à une définition. Nous pouvons observer que le concept du terrorisme peut être utilisé pour délégitimer un acte de violence par celui qui en subi les frais sans pour autant que l'acte en soi indépendamment de sa violence, ne relève du terrorisme. Deuxièmement, nous nous accordons avec Alex Schmid pour soutenir le fait que le terrorisme est un « contested concept » :

Brian Jenkins (RAND Corporation), one of the first researchers in the field of terrorism, has called the definition problem the “Bermuda triangle of terrorism”. The late Bowyer Bell (MIT), in turn, held “tell me what you think about terrorism, I tell you who you are”. Philip Schlesinger, a British sociologist, even argued “...that no commonly agreed definition can in principle be reached, because the very process of definition is in itself part of a wider contestation over ideologies or political objectives”⁸⁷.

Il existe autant de définitions que d'études sur le terrorisme ce qui nous éloigne du consensus et nous rapproche d'une multiplicité définitionnelle. Troisièmement, il en existe plusieurs types malgré une controverse autour de la notion de « terrorisme d'État ». Nous distinguons plus aisément : « le terrorisme révolutionnaire, le terrorisme anticolonial, le terrorisme idéologique, le terrorisme contemporain, le nouveau terrorisme »⁸⁸. Ces différentes formes de terrorisme s'accompagnent d'une particularité géographique, car leur manifestation se retrouve plus dans une partie du globe que dans une autre. Théoriquement, ce qui pourrait être qualifié de terrorisme dans un pays donné pourrait avoir une différente dénomination dans un autre. Enfin, c'est un phénomène évoluant et ne peut admettre une définition qui le fixerait dans le temps. « There is a more than two hundred year old history of the term terrorism that makes any definition, fixed in time, problematical »⁸⁹. En ayant mentionné la subjectivité des acteurs, la controverse du terrorisme, une proposition de typologie et son historicité nous pouvons soutenir que l'entreprise de parvenir objectivement à une définition est une tâche complexe.

⁸⁶ Vanessa MARTIN VANASSE et Marc-Olivier BENOIT, « La définition du terrorisme: un état des lieux », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme: concept, acteurs et réponses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007.

⁸⁷ Alex SCHMID, « Terrorism - the definitional problem. », (20040322) 36-23 *Case West. Reserve J. Int. Law* 375-3419, 396.

⁸⁸ M. LEBLANC, préc., note 84, p. 29.

⁸⁹ A. SCHMID, préc., note 87, 398-399.

Au sujet de la notion de « nouveau » terrorisme de Bruce Hoffman, nous objectons une approche relationnelle qui nous conduit à soutenir l'hypothèse d'un terrorisme en évolution. Cela implique que nous considérons le terrorisme comme un phénomène qui porte en lui son histoire et constitue le résultat des interactions des acteurs qui construisent sa forme actuelle. Dans une note de recherche portant sur les réflexions théoriques autour de l'ancien et du nouveau terrorisme, Antoine Mégie conforte notre objection. Parler de « l'ancien terrorisme » c'est faire référence aux organisations terroristes et leurs actes avant le 11 septembre 2001. La distinction entre l'ancien et le nouveau se retrouve au niveau de l'analyse structurelle des organisations terroristes. L'ancien terrorisme est caractérisé par une forme structurelle organisée hiérarchiquement alors que le nouveau terrorisme serait caractérisé par une organisation en réseau avec une forte autonomie de chaque cellule quant à la conduite des actions à mener. Toutefois, l'observation du terrorisme, selon un cadre relationnel, nous conduit à déceler une évolution plus qu'une nouveauté. Notons qu'« en réalité, l'incertitude qui entoure les connaissances sur les groupes islamistes radicaux et sur le contexte dans lequel ils se situent explique en grande partie pourquoi la piste de la rupture et de la nouveauté est fréquemment privilégiée »⁹⁰. Ainsi, nous pouvons soutenir que le terrorisme suit une tendance qui s'exprime en termes de continuité avec des éléments de son histoire, une adaptation et un désir de perdurer. Ce sont les contraintes qui donnent lieu à la structure organisationnelle. « La forme organisationnelle ne résulte pas forcément d'une stratégie rationnelle pensée par les dirigeants, mais plutôt de contraintes diverses, géographiques, financières et humaines »⁹¹.

À première vue, les attaques terroristes ne dépendent pas d'une chaîne de commandement structuré comme on le verrait dans une lutte armée. Concernant le terrorisme islamiste, par exemple, les revendications des terroristes seraient incohérentes, dogmatiques et essentiellement basées sur une instrumentalisation « radicale » de l'islam. Le terrorisme international se déploierait sous forme de réseau où chaque cellule serait autonome. Au surplus, l'amateurisme de certaines attaques confirmerait cette vision d'un terrorisme nouveau qui ferait rage en occident dont le Canada n'en serait pas épargné. En effet à la suite des attaques terroristes en France l'inquiétude des Canadiens a augmenté car la couverture médiatique essayait d'exposer le

⁹⁰ Antoine MEGIE, « La «scène terroriste» : réflexions théoriques autour de l'«ancien» et du «nouveau» terrorisme », (2010) 43-4 *Can. J. Polit. Sci.* 983-1003, 388.

⁹¹ *Id.*, 988.

concept de « loups solitaires » principaux responsables de ces actes terroristes. Il faut nuancer ces observations bien qu'elles puissent être parfois justifiées. L'amateurisme croissant des actes terroristes ne doit pas cacher le caractère organisé et hiérarchisé des groupes terroristes d'hier et d'aujourd'hui. À ce titre un document fondateur du groupe Al-Quaeda met en scène le rôle fondamental que jouent les camps d'entraînements dans leur lutte. « Matrice organisationnelle et idéologique, ces camps se caractérisent par une hiérarchie et une centralisation importantes »⁹². De plus, les groupes terroristes poursuivent des projets politiques construits autour d'une mémoire collective où la géopolitique joue un rôle de levier dans leurs réalisations.

b) L'approche juridique sur l'ambiguïté définitionnelle du terrorisme

La justice canadienne reconnaît la complexité de définir le terrorisme, mais elle soutient que le terme n'est pas pour autant « inconstitutionnel ». Cela s'inscrit, probablement, dans une volonté de lutter contre le phénomène. Avant l'adoption de la LAT1, la Cour suprême canadienne se basait sur une des définitions internationales contenues dans *la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* en tant qu' « acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque »⁹³. Cette définition présuppose qu'il y ait une « situation de conflit armé » et que l'acte en soit visé des civiles ou des personnes étrangères au conflit. Nous observons que cette définition ne nécessite pas que l'acte soit perpétré sur des bases idéologiques ou religieuses et semble s'inscrire dans un contexte géopolitique de violence relatif au mouvement de libération nationale par exemple. Bien que le Canada soit engagé dans des luttes armées à l'étranger, on observe que cette définition s'inscrirait difficilement dans la société canadienne.

⁹² *Id.*, 387.

⁹³ UNITED NATIONS, *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, art. 2 b), en ligne : <<http://www.un.org/french/millenaire/law/cirft.htm>> (consulté le 10 septembre 2018).

Même si cette loi introduit une définition du terrorisme pour le moins questionnable, la Cour suprême validera l'art. 83.01 du Code criminel (C.cr)⁹⁴. La définition du terrorisme permettrait au pouvoir législatif de légiférer en la matière afin d'outiller les agents de l'État à mieux mener leurs activités de sécurisation dans toutes ses formes. Le législateur canadien aborde la question de la définition du terrorisme à travers le concept d'« activité terroriste ».

Au paragraphe a), l'art. 83.01 énumère une dizaine d'infractions criminelles qui vise des actes comme : les prises d'otages ; le financement des actes reliés aux traités de l'annexe de la *convention internationale pour la répression du financement du terrorisme* ; un meurtre ou un enlèvement d'un diplomate, etc. Ces actes sont réputés constituer une action « terroriste » au terme de l'art. 83.01 paragraphe a) du Code criminel⁹⁵. Ces infractions sont issues de traités internationaux et forment un ensemble d'actes répréhensibles par la voie pénale conformément au droit pénal de chaque signataire.

⁹⁴ *Code criminel*, (2017) L.R.C. (1985), Ch. C-46, art. 83.01 (1) a) Soit un acte — action ou omission, commise au Canada ou à l'étranger — qui, au Canada, constitue une des infractions suivantes : (i) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en oeuvre la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970, (ii) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en oeuvre la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971, (iii) les infractions visées au paragraphe 7(3) et mettant en oeuvre la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1973, (iv) les infractions visées au paragraphe 7(3.1) et mettant en oeuvre la Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 17 décembre 1979, (v) les infractions visées au paragraphe 7(2.21) et mettant en oeuvre la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, faite à Vienne et New York le 3 mars 1980, et modifiée par l'Amendement à la Convention sur la protection physique des matières nucléaires, fait à Vienne le 8 juillet 2005, ainsi que la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, faite à New York le 14 septembre 2005, (vi) les infractions visées au paragraphe 7(2) et mettant en oeuvre le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signé à Montréal le 24 février 1988, (vii) les infractions visées au paragraphe 7(2.1) et mettant en oeuvre la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, conclue à Rome le 10 mars 1988, (viii) les infractions visées aux paragraphes 7(2.1) ou (2.2) et mettant en oeuvre le Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, conclu à Rome le 10 mars 1988, (ix) les infractions visées au paragraphe 7(3.72) et mettant en oeuvre la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1997, (x) les infractions visées au paragraphe 7(3.73) et mettant en oeuvre la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1999;

⁹⁵ *Code criminel*, préc., note 94.

Au paragraphe b), on observe une description d'action pouvant causer des blessures graves ou la mort, pouvant compromettre la santé ou la sécurité et pouvant mettre simplement en danger la vie humaine. La cible de ces actes intentionnels peut-être l'État et ses agents, la société civile ou une partie de celle-ci et des personnes morales. Ces mêmes actes ne sont pas qualifiés d'action terroriste s'ils prennent place dans une situation de conflits armés ou toute autre situation régulée par le droit international quant aux recours à la force armés par les États⁹⁶.

En réalité, l'art.83.01 C.cr ne définit pas de manière satisfaisante (à notre avis) le terrorisme alors que l'objectif annoncé par la LAT1 passe par cette définition. À défaut de parvenir à une définition plus ou moins complète du terrorisme, on observe simplement une superposition de dispositions déjà existante dans le Code criminel. Kent Roach démontre clairement le caractère répétitif des actes que l'art. 83.01 C.cr qualifie de terrorisme et soutient que :

the existing criminal law is very broad. It applies to those who agree to commit crimes; those who go beyond mere preparation to commit crimes; those who counsel others to commit crimes; and those who knowingly assist in the commission of crimes or escape from crimes. I can only echo the words of professor Douglas Schmeiser, who writing thirty years ago in the aftermath of the October Crisis, concluded that the ordinary criminal law *adequately covers dangerous conduct by insurgents*⁹⁷

En conséquence, l'art. 83.01 fragilise le Code criminel en plus d'atténuer la confiance du public envers les législateurs et l'administration de la justice dans son ensemble. Quel est le fondement de l'art. 83.01 C.cr ? À partir de quel moment le complot, un ou plusieurs meurtres, un enlèvement, etc. deviennent-ils des actes terroristes ? Aucune des deux versions de la loi antiterroriste ne répond à cette question fondamentale. D'ailleurs, Nathalie Des Rosiers déplore la position des tribunaux canadiens qui ont accepté la spécificité du terrorisme sans pour autant exiger des législateurs des justifications et particulièrement en ce qui a trait à l'art. 83.01 C. cr qui constitue encore une fois l'un des fondements de la loi tout entière⁹⁸.

⁹⁶ *Id.*, art. 83.01 b).

⁹⁷ Kent ROACH, « The new terrorism offences and the Criminal law », dans Ronald J. DANIELS et Patrick MACKLEM (dir.), *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, University of Toronto Press, 2001 aux pages 142-154.

⁹⁸ N. DES ROSIERS, préc., note 17.

À cet égard, plusieurs hypothèses peuvent expliquer l'insuffisance de l'art. 83.01 C.cr et l'attitude des tribunaux relatifs à cet article en particulier. Nous émettons des doutes quant à la juridicité du concept de terrorisme. De plus, l'art. 83.01 C.cr vient conforter l'analyse définitionnelle d'Alex Schmidt. Ce dernier soutient qu'il existe quatre grandes approches définitionnelles du terrorisme à savoir : l'approche scientifique ou universitaire, étatique, médiatique et culturel ou socio politique. Ces différentes approches sont constamment en communication et traduisent le défi de parvenir à une définition satisfaisante du terrorisme. Ainsi, suivant une approche étatique (« second, there are the state's statements about terrorism including those expressed in the form of laws, judicial rulings and regulations »⁹⁹), il est aisément concevable que l'analyse de l'art. 83.01 C. cr puisse réussir le test constitutionnel. Cependant, dans une perspective académique cet article ne résisterait pas nécessairement à ce test.

Nous retiendrons ceci comme une définition fonctionnelle : « Terrorism is, in most cases, essentially a political act. It is meant to inflict dramatic and deadly injury on civilians and to create an atmosphere of fear, generally for political or ideological (whether secular or religious) purpose. Terrorism is a criminal act, but it is more than mere criminality »¹⁰⁰. Le terrorisme est un concept qui remplit plusieurs fonctions, dont l'établissement d'un régime juridique dérogatoire au droit commun; la « justification de l'urgence » ; « attribuer un label d'infamie à une forme de violence particulière, aux fins de sa délégitimation et de légitimation de l'action étatique corrélative »¹⁰¹. Compte tenu de nos réflexions précédentes, nous nous accordons avec Émilie Grenier pour soutenir que l'introduction de la LAT1 avait pour objectif ultime le durcissement des sanctions relatives aux actes terroristes. Nous soutenons également l'hypothèse selon laquelle l'objectif de prévention des attaques occupe une place subsidiaire dans le rôle que joue la LAT1.

⁹⁹ L. WEINBERG, A. PEDHAZUR et S. HIRSCH-HOEFLER, préc., note 85, 779.

¹⁰⁰ A. SCHMID, préc., note 87, 411.

¹⁰¹ François DUBUISSON, « La définition du « terrorisme » : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique », *Conflu. Méditerranée* 2017.102.29-45.

B. L'analyse juridique du tandem terrorisme et vie privée

1) Vers un déséquilibre prédictible dans le cadre de la lutte au terrorisme

D'une part, la vie privée est une notion pour le moins complexe à définir et qui jouit d'une reconnaissance constitutionnelle. D'autre part, on observe que le terrorisme est un fait qui échappe à toute définition complètement satisfaisante. En conséquence, la question fondamentale est de savoir comment atteindre un équilibre entre deux objets échappant l'un comme l'autre à une définition qui les figerait dans le temps. Ne serait-ce pas illusoire de postuler la recherche d'un équilibre entre la protection de la vie privée et la lutte contre le terrorisme ? Cette question nous conduit à nous positionner sur la juridicité du concept de terrorisme (a) et sur sa spécificité (b).

a) La juridicité du concept de « terrorisme »

Si la recherche d'un équilibre entre la lutte contre le terrorisme et la protection de la vie privée devrait être le fil conducteur, encore faut-il être capable de se questionner sur la juridicité du terrorisme. De plus, lorsqu'on tient compte de la hiérarchie des normes à quel moment la lutte au terrorisme s'élève à un rang constitutionnel comparativement à la vie privée protéger par, au moins, les art. 7 et 8 de la Charte ? Encore une fois, l'idée n'est pas de nier l'importance de la lutte contre le terrorisme mais d'utiliser les moyens adéquats pour y parvenir sur la base de la primauté du droit.

Dans l'arrêt *Suresh*, la juge en chef McLachlin devait statuer sur la constitutionnalité du concept de terrorisme, elle dira que : « malgré l'absence de définition, faisant autorité, du terme « terrorisme » figurant à l'art. 19 de la *Loi sur l'immigration* (...) nous nous contenterons plutôt de conclure que ce terme fournit un fondement suffisant pour qu'une décision soit rendue et qu'il n'est donc pas imprécis au point d'être inconstitutionnel »¹⁰². Ainsi l'arrêt *Suresh* concrétise pour le moins la juridicité du concept sans en faire la démonstration profonde ni l'analyse de ses effets juridiques. Conséquemment, cela fait persister le doute quant au fondement juridique du concept au sens de l'art. 83.01 du C. Cr (qui va au-delà de celle proposée à l'art. 19 de la *convention*

¹⁰² *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 93 (C.S.C.).

*internationale pour la répression du financement du terrorisme*¹⁰³ que nous nommerons dans les lignes à suivre comme : « la convention »).

La sécurité juridique imposerait que l'infraction d'« activité terroriste » ne puisse être traitée de manière arbitraire par le système juridique, l'État et ses agents. Auquel cas, il y aurait des doutes (du moins en apparence) quant à la protection des droits et libertés de la charte, plus précisément celui de la vie privée. Notons que « de manière générale, les définitions sont extrêmement nombreuses, car toutes les incriminations pénales sont — et doivent être — exactement définies par la loi et le principe est qu'elles sont d'interprétation stricte ; telle est la règle en matière pénale pour des raisons compréhensibles »¹⁰⁴. Dans cette perspective, la définition du terrorisme au sens de l'article 83.01 C. Cr est une exception à la règle générale dont les conséquences juridiques n'ont pas fait l'objet de développement par les tribunaux.

Parallèlement, lorsqu'on soumet le concept à une évaluation de la théorie de l'imprécision en matière pénale, on remarque que le terrorisme n'est pas imprécis mais adhère à la thèse de la souplesse et de l'intelligibilité d'un concept. « Ainsi, il ne faut pas confondre imprécision et souplesse (...) une loi est souple et non imprécise lorsqu'elle établit des critères d'appréciation qui sont susceptibles d'être interprétés et jugés par les tribunaux »¹⁰⁵. L'art. 83.01, malgré ses insuffisances, jouit d'une souplesse, d'une interprétation multiple et d'une intelligibilité pouvant guider le travail des juges. Evidemment l'art. 83.01 C.Cr n'est pas une loi, cependant le parallèle que nous établissons ne remet pas en cause notre analyse dans la mesure où cela rejoint l'affirmation de la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Suresh*¹⁰⁶ cité plus haut.

b) La détérioration de la protection de la vie privée

Tout comme nous avons démontré que les insuffisances définitionnelles du terrorisme remettent en question la sécurité juridique du Code criminel, nous avons également observé que

¹⁰³ *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, préc., note 93, art. 19.

¹⁰⁴ Philippe MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 16e édition, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2016, p. 44.

¹⁰⁵ Gisèle COTE-HARPER, « La valeur constitutionnelle de l'imprécision et de la portée excessive d'un texte de loi », dans Jean TURGEON et Pierre RAINVILLE (dir.), *Traité de droit pénal canadien*, 4e édition refondue et augmentée..., coll. La référence, Cowansville, Québec, Éditions YBlais, 1998, en ligne : <<http://www.lareferencev2.editionsyvonblais.com/maf/app/authentication/signon?sp=montreal-13>> (consulté le 10 juin 2017).

¹⁰⁶ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102.

les tribunaux constituent un ensemble de balises structurelles pour protéger le droit à la vie privée à travers le pouvoir d'interprétation des concepts de nature ambiguë. Cependant, les évolutions dans la lutte antiterroriste donnent lieu à un déséquilibre quant à la protection de la vie privée. À ce propos, Kent Roach attire notre attention sur la nouvelle *Loi antiterroriste* (LAT2)¹⁰⁷ qui conduit à un déséquilibre entre la sécurité et la vie privée. Relativement à cette loi, on déplore un élargissement du champ d'application de la collecte et du partage d'informations qui ne sont pas nécessairement reliés directement aux enjeux terroristes. « Even if it were more reasonable in its scope, this bill fails to include proper safeguards. Information can injure. Improperly shared information may result in rumours and innuendo being reconceived as fact, and used to justify action »¹⁰⁸. Déjà, la participation déficitaire du commissariat à la vie privée reflète la menace d'un déséquilibre en défaveur de la vie privée¹⁰⁹. De plus, nous avons relevé qu'en absence de définition stricte du terrorisme, c'est l'appareil judiciaire (à travers le juge) qui constitue la balise constitutionnelle aux actes arbitraires qui peuvent subvenir dans le cadre de la lutte au terrorisme. Cela présuppose que l'impact du juge est subordonné à une éventuelle poursuite ou accusation. « As Justice Dennis O'Connor recognized in the Arar commission report, standard judicial review cannot effectively review information sharing because so few cases end in prosecutions. People may not even know that secret information about them has been shared »¹¹⁰. Ainsi, si le concept de terrorisme a pu résister au test de la constitutionnalité, les signes de détérioration par rapport à la protection de la vie privée permettent de remettre en doute la pertinence de l'équilibre à rechercher entre la sécurité et la vie privée.

2) La spécificité du terrorisme dans l'analyse judiciaire du binôme vie privée et terrorisme

Les lois antiterroristes visent à fournir les outils législatifs pour prévenir et sanctionner le terrorisme dans le respect des limites constitutionnelles¹¹¹. Notons que la lutte contre le

¹⁰⁷ *Loi antiterroriste* (2015), (2017) L.C. 2015, ch. 20.

¹⁰⁸ « Bill C-51 moves us closer to end of privacy », *Toronto Star*, sect. Opinion (2015), en ligne : <<https://search.proquest.com/docview/1655670521/abstract/3531DB2309D54BCFPQ/1>> (consulté le 10 juin 2017).

¹⁰⁹ « In 2014, the privacy commissioner issued a report that recognized that the privacy act had not been substantially amended since the 1980s and that the commissioner required more powers to ensure integrated review of secret information. Those amendments are not included in Bill C-51 » *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 186 (C.S.C.).

terrorisme peut prendre la forme d'une intensification des recherches de renseignements pour prévenir les attaques potentielles sans changements législatifs, d'une mise en place de mesures d'urgence pour réagir à temps ou d'une modification permanente des législations¹¹². À travers la LAT1, le Canada a pérennisé des mesures d'urgence en modifiant, entre autres, le Code criminel introduisant ainsi un « nouveau » cadre juridique pour lutter contre le terrorisme. « Le gouvernement du Canada a choisi notamment d'édicter des dispositions législatives particulières touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle, plutôt que de recourir à des pouvoirs exceptionnels comme ceux conférés par la loi »¹¹³. Ainsi, a priori on peut soutenir que le terrorisme introduit une spécificité dans le paysage juridique canadien en matière de droit pénal.

a) La juridisation du terrorisme

Dans *(Re) Vancouver Sun*, le problème fondamental était lié à l'application de l'article 83.28 du Code criminel¹¹⁴. Traditionnellement, il en ressort que le principe général est la publicité des débats en justice. Toutefois, l'article 83.28 C. cr. introduit une procédure d'enquête judiciaire ne s'inscrivant pas dans cette conception traditionnelle du droit pénal. Le juge Holmes ayant accordé l'ordonnance d'investigation avait exclu les avocats des accusés de même que le public du processus qui devrait conduire à l'écoute du témoin. Cependant, ni le juge ni le procureur général ne pouvaient justifier la sensibilité des renseignements que le témoin allait fournir. Quant à l'admissibilité d'une telle requête d'ordonnance, le juge reconnaît l'ambiguïté de l'article sans pour autant en conclure qu'il ne peut être inopérant. Suivant l'analyse de la cour, ces modifications qu'apporte l'article 83.28 ne sont pas anticonstitutionnelles, mais témoignent d'une « évolution procédurale »¹¹⁵ compatible avec la constitution. Le but était de collecter des renseignements auprès d'un témoin dont la nature était inconnue avec l'aide et la supervision d'un juge. « Il est fort possible qu'une grande partie des investigations judiciaires soient, par nécessité, tenues secrètes. Il est également fort possible que leur existence même doive parfois

¹¹² N. DES ROSIERS, préc., note 17.

¹¹³ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111, par. 39; *Code criminel*, préc., note 94, art. 83.28 (2) Sous réserve du paragraphe (3), l'agent de la paix peut, pour la conduite d'une enquête relative à une infraction de terrorisme, demander à un juge, en l'absence de toute autre partie, de rendre une ordonnance autorisant la recherche de renseignements. (3) L'agent de la paix ne peut présenter la demande que s'il a obtenu le consentement préalable du procureur général.

¹¹⁴ *Code criminel*, préc., note 94, art. 83.28.

¹¹⁵ *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 55 (C.S.C.).

demeurer secrète (...) Il s'agit d'une procédure tout à fait nouvelle, et — à notre connaissance — la présente affaire est la première dans laquelle on l'utilise »¹¹⁶. Dans un tel contexte, nous voyons de potentiels torts à la protection de la vie privée et à l'autonomie du pouvoir judiciaire (du moins en apparence). À partir du moment où l'impartialité et l'indépendance du juge sont remises en cause, celui-ci compromet de prime abord son rôle de gardien des droits fondamentaux, dont le droit à la vie privée.

En réalité, nous considérons que le problème fondamental concernant la spécificité du terrorisme dans le droit canadien est le caractère ambigu du concept. Serait-il un « simple » crime de société ou un acte mettant en danger la sécurité de la nation ? Une analyse du crime et de la sécurité nationale nous donne des pistes de réflexion. Il va de soi qu'il existe des similarités entre un acte criminel et un acte terroriste. Pourtant, Stanley Cohen soutient l'hypothèse selon laquelle il faut distinguer ces deux notions. Lorsqu'on appréhende l'acte terroriste sous l'angle de la sécurité nationale il faut dépasser cette qualification d'acte criminel « régulier » relevant de la sécurité publique. Lorsque l'acte terroriste relève de la sécurité nationale, il se distingue par la notion de prévention. Il faut une distinction claire entre la prévention inhérente au droit pénal et celle inhérente au droit de la sécurité nationale.

b) Différenciation entre l'approche préventive en droit criminel et en matière de sécurité nationale

Historiquement, l'action étatique contre les crimes prend place après la commission de ces derniers ou lorsque la police a des motifs raisonnables de croire qu'un crime sera commis. L'action de la police est dirigée vers des crimes ou potentiels crimes spécifiques. L'évolution du droit pénal a conduit à une tendance plus prononcée de prévenir les crimes de la part des policiers, des élus et du système judiciaire. En conséquence, plusieurs outils sont à la disposition du système pénal canadien pour les prévenir, dont le régime juridique encadrant la libération provisoire, les sanctions et le traitement des dangereux criminels¹¹⁷.

¹¹⁶ *Id.*, par. 41; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111, par. 33.

¹¹⁷ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 59-80.

Rappelons que la libération provisoire prend effet à la suite d'accusations criminelles ou en cour de procès criminel. Lorsqu'un accusé est en détention, la notion de protection du public est primordiale lorsque le juge devra accorder ou refuser une libération provisoire. Le régime juridique encadrant la libération provisoire peut constituer alors un outil de prévention de crime. « *Morales* concerned the nature of the bail system and highlights the fact that one of the fundamental purposes of the bail regime is to prevent crime »¹¹⁸. Le traitement des dangereux criminels vise à prévenir le public de toute action criminelle future d'un récidiviste par exemple. Cela pourrait se traduire par la voie de sanction où les sentences visent à décourager la commission de l'acte en question. « In recognizing that some individuals are not positively affected by « normal standards of behavioural restraint » that serve as the foundational principles of the sentencing regime, it is permissible to shift additional weight to the goal of prevention »¹¹⁹. Dans l'arrêt *Lyons*, le juge en chef Dickson prend le soin de mentionner le caractère exceptionnel d'une telle approche et on notera qu'un exercice d'équilibre des droits et libertés doit peser dans l'évaluation du juge. L'engagement de maintenir l'ordre public concourt à prévenir les actes criminels potentiels. Dans le cas d'une agression sexuelle sur une personne de moins de seize ans, « pursuant to the recognizance, restrictions and prohibitions upon the potential offender's movements may be imposed even if the person has not committed an offence and has no previous criminal record »¹²⁰. Dans l'arrêt *Budreo*, la cour reconnaît la nature préventive de l'article 810 C. cr tout en rappelant la nécessité d'équilibrer les droits et libertés en jeu¹²¹.

Les agents de paix disposent d'outils législatifs et judiciaires pour prévenir la commission des crimes notamment l'art. 495 (1) a) C. cr¹²² ; l'art.810 C.cr ; l'arrêt *Dieleman*¹²³ etc. Cependant la vocation du droit pénal n'est pas la prévention de menaces relevant de la sécurité nationale telles que le terrorisme. Les pouvoirs de la police qui ne nécessitent pas une accusation sont

¹¹⁸ *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711 (C.S.C.); S. A. COHEN, préc., note 21, p. 68.

¹¹⁹ *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, par. 27 (C.S.C.); S. A. COHEN, préc., note 21, p. 64.

¹²⁰ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 69.

¹²¹ *R. v. Budreo*, 2000 ON C.A.; S. A. COHEN, préc., note 21, p. 70; *Code criminel*, préc., note 94, art. 810 (1) Peut déposer une dénonciation devant un juge de paix ou la faire déposer par une autre personne, la personne qui craint, pour des motifs raisonnables, qu'une autre personne : a] soit ne lui cause ou cause à son époux ou conjoint de fait ou à son enfant des lésions personnelles ou n'endommage sa propriété;

¹²² *Code criminel*, préc., note 94, art. 495 (1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat : a] une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel;

¹²³ *Ontario (Attorney-General) v. Dieleman*, 1994 ON C.S.

proactifs et préventifs « but does not represent a strong variant on the ordinary rules governing the criminal process »¹²⁴. La prévention de crime suivant le droit pénal vise un événement précis (« specific event »). Généralement, ce n'est qu'à la suite de la commission de l'acte répréhensible que les outils de prévention prennent effet dans le but d'assurer le droit à la sécurité. Au contraire, la notion de prévention dans un contexte de sécurité nationale conduit à mener des actions (par exemple : la collecte d'information) avant la commission de l'acte criminel. En termes de sécurité nationale, la prévention est de nature proactive alors qu'elle est réactive dans un contexte traditionnel de droit criminel.

3) Une place primordiale pour le pouvoir judiciaire

a) L'importance de la place fondamentale du pouvoir judiciaire

Les tribunaux sont les garants des droits et libertés dans le respect de la primauté du droit. Ce postulat est avéré particulièrement pertinent dans la protection de la vie privée dans un contexte de lutte contre le terrorisme à travers le droit criminel. Nous avons mentionné le rôle important des juges relativement aux effets juridiques que peuvent entraîner l'insuffisance définitionnelle et les nouvelles procédures reliées à la lutte contre le terrorisme qui ne garantissent pas *a priori* la protection de la vie privée. Par exemple, lorsque toute la classe politique québécoise qualifie la tuerie de Québec d'acte terroriste alors que dans les faits parmi les onze chefs d'accusation aucune n'est reliée à l'infraction de terrorisme, la question de définir le terrorisme vient toujours nous hanter¹²⁵. Le gouvernement a choisi de créer un nouveau cadre juridique à l'intérieur du droit criminel canadien pour prévenir et lutter contre le terrorisme. En conséquence, on se retrouve avec un concept non juridique qui relève à la fois du droit criminel et du droit de la sécurité nationale.

L'ambiguïté qu'entraîne la lutte contre le terrorisme sur le plan juridique donne lieu à un rôle prépondérant de l'appareil juridique pour venir baliser et rendre intelligible l'intention du pouvoir exécutif. À titre d'illustration, nous nous référons au renvoi sur l'interprétation de

¹²⁴ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 73.

¹²⁵ Jean-François CLICHE, « Des accusations de terrorisme superflues? », *La Presse* (1 février 2017), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/justice-et-faits-divers/201702/01/01-5065405-des-accusations-de-terrorisme-superflues.php>> (consulté le 21 juin 2017).

l'article 83.28 C.cr¹²⁶. L'article faisant référence à l'investigation judiciaire pour obtenir des renseignements (parallèlement à un procès en cour) quant au cas en l'espèce. L'interrogatoire du témoin devant s'effectuer exclusivement entre le juge et le procureur donne lieu à des inquiétudes relatives à l'article 7 de la charte. À cet effet le juge, tout en prenant en compte les objections (possibilités d'auto incrimination du témoin, l'équité procédurale, etc.), note que : « lorsqu'un tel risque existe, le juge qui préside l'investigation peut établir ou modifier, si nécessaire, les modalités de l'ordonnance de manière à accorder, comme il se doit, l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dans les procédures d'extradition ou d'expulsion »¹²⁷.

Dans le cadre de la lutte au terrorisme au Canada, l'appareil judiciaire se positionne en tant que balise structurelle des mesures retenues par le pouvoir exécutif et législatif. De manière générale, cette présence judiciaire est légitime compte tenu de la nature problématique du phénomène terroriste¹²⁸. Il faut toujours l'appréhender dans une perspective relationnelle s'établissant entre la puissance publique et les potentiels terroristes sans pour autant faire un amalgame des deux entités. L'introduction de la LAT1 a soulevé plusieurs inquiétudes dans la société civile et auprès des juristes, car il y avait des craintes relatives à la portée excessive de la définition d'un « acte terroriste » comme nous l'avons mentionnée. Par exemple, est-ce qu'une manifestation déclarée illégale donnant lieu à des actes de violence pourrait tomber dans la définition d'acte terroriste ? Au surplus, est-ce qu'un professionnel qui est mené à apporter un soutien à un potentiel terroriste pourrait être accusé à son tour de terroriste ? C'est à travers une interprétation téléologique que la cour viendra dissiper plusieurs de ces inquiétudes relatives à la LAT1. Une manifestation illégale donnant lieu à des actes de violence ne sera pas considérée comme du terrorisme tout autant qu'un professionnel qui, dans le cadre de son travail en toute inconscience des intentions d'un potentiel terroriste, ne pourra faire l'objet de poursuite relatif aux infractions terroristes. La juge Mc Lachlin soutient que : « avant de déclarer une personne

¹²⁶ «(5) L'ordonnance enjoint à la personne désignée dans celle-ci de se présenter au lieu fixé par le juge saisi de la demande ou par celui désigné en vertu de l'alinéa b) afin d'y être interrogée, sous serment ou non, et de demeurer présente jusqu'à ce qu'elle soit libérée par le juge présidant l'interrogatoire; l'ordonnance peut en outre : a) enjoindre à cette personne d'apporter avec elle toute chose qu'elle a en sa possession ou à sa disposition et de la remettre au juge présidant l'interrogatoire; b) désigner un autre juge pour présider l'interrogatoire; c) fixer les modalités que le juge estime indiquées, notamment pour la protection des droits de la personne que l'ordonnance vise ou de ceux des tiers, ou celle de toute investigation en cours.» *Code criminel*, préc., note 94, art. 83.28 (5).

¹²⁷ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111, par. 79.

¹²⁸ N. ANDRE, préc., note 38.

coupable de l'infraction prévue à l'art. 83.18, le juge doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que la personne avait l'intention d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter. L'intention se démontre par preuve directe ou s'infère de la preuve de ce que savait l'accusé et de la nature de ses actes »¹²⁹. Donc, compte tenu de la place prépondérante du pouvoir judiciaire, son indépendance et son impartialité revêtent une attention particulière.

b) Au sujet de l'indépendance et de l'impartialité de la justice et du juge

L'indépendance et l'impartialité judiciaire ont largement fait l'objet d'analyse par les tribunaux à travers tout le développement qu'a connu le système juridique canadien. La juge McLachlin fait un rappel du caractère fondamental de l'impartialité judiciaire, elle-même subordonnée à l'indépendance institutionnelle du pouvoir judiciaire et individuel du juge qui l'a représentée¹³⁰. En effet, nous nous questionnons sur l'autonomie du pouvoir judiciaire lorsqu'il est question de porter un jugement sur des enjeux liés au terrorisme par exemple en autorisant l'écoute électronique ou d'autres techniques intrusives d'enquête. Dans le renvoi, l'appelant soulève l'argument selon lequel la procédure de l'art. 83.28 C.cr laisse paraître une instrumentalisation du pouvoir judiciaire. De plus, la juridisation du terrorisme et sa spécificité accueillie dans le droit criminel viennent étayer les doutes quant à l'autonomie du pouvoir judiciaire dans la lutte contre le terrorisme. Ceci d'autant plus que les conséquences sur l'administration de la justice et la perception des justiciables sont des données inconnues. « Cette perception que les pouvoirs judiciaire et exécutif s'associent lors d'une enquête conduite en vertu de cette disposition résulte, à mon avis de la difficulté qu'aura le juge qui la préside. À l'intérieur d'un pareil système, à protéger les droits et libertés des personnes interrogées, de sa trop grande discrétion, des objectifs législatifs ainsi que de la nature même des procédures qui pourront se tenir à huis clos »¹³¹. Si tel est le cas, le droit à la vie privée serait sérieusement menacé car le pouvoir judiciaire ne pourrait plus légitimement exercer son rôle de protecteur de la charte et d'arbitre entre les droits fondamentaux et les actions inconstitutionnelles de l'État.

¹²⁹ *R. c. Khawaja*, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 48 (C.S.C.).

¹³⁰ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111, par. 80-92.

¹³¹ *Id.*, par. 180.

Dans son développement, la juge McLachlin souligne à juste titre que dans le cas en l'espèce, l'indépendance et l'impartialité de la juge Holmes¹³² n'ont pas été remises en question par les deux parties. Relativement à l'art. 83.28 C.cr elle conclura que la procédure ne remet pas en cause l'indépendance judiciaire. De plus, il note que ce n'est pas nouveau que dans le cadre d'une enquête policière le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif interagissent pour protéger l'ordre public. L'art. 487, l'art. 184.2, l'art. 487.05 démontrent que « les juges jouent un rôle dans les enquêtes criminelles »¹³³. Cependant, le juge Lebel dans sa dissidence rappelle que :

En vertu de ces dispositions, le juge est appelé à rendre une décision ponctuelle pour autoriser l'utilisation de certaines techniques d'enquêtes particulières. Il ne s'associe pas à la conduite de cette enquête sauf indirectement par l'autorisation qu'il accorde. Au contraire, en vertu de l'art. 83.28, le juge ne se limite pas à rendre une ordonnance permettant à l'exécutif de procéder à un interrogatoire et peut même être amené à diriger l'interrogatoire. Or, comme je l'ai mentionné précédemment, l'art. 83.28 ne donne pas au juge les outils dont il a besoin pour exercer efficacement son rôle de protecteur des droits fondamentaux de la personne interrogée. Il participe à l'enquête policière, qu'il facilite, sans détenir un pouvoir réel d'agir à titre d'arbitre neutre.

Tout compte fait, l'impartialité et l'indépendance judiciaire constituent une source d'inquiétude lorsqu'on traite du terrorisme essentiellement à cause de sa nature ambiguë.

Conclusion partielle:

D'un côté, définir de manière absolue la vie privée s'apparente à une quête sans fin. Toutefois, certaines caractéristiques permettent de la mettre en évidence. Le secret, la tranquillité, la confidentialité, la liberté d'expression, etc. sont des éléments constitutifs de la vie privée à divers degrés d'analyse. De l'autre côté, le terrorisme échappe à toute définition consensuelle alors que Boaz Ganor soutient qu'il ne peut y avoir une lutte effective contre le terrorisme sans que les États ne parviennent pas à en dégager une définition consensuelle. « An objective definition of

¹³² « Dans le résumé — qu'elle a fait publiquement — de ses motifs de jugement du 21 juillet 2003, la juge Holmes a expliqué que les procédures à huis clos qu'elle avait présidées concernaient l'interprétation, l'application et la constitutionnalité de l'art. 83.28 du Code, qui prévoit la tenue d'investigations judiciaires pour les infractions de terrorisme : [2003] B.C.J. No. 1749 (QL), 2003 BCSC 1172 (CanLII). Elle a affirmé que le juge qui, le 6 mai 2003, s'était fondé sur l'art. 83.28 pour rendre une ordonnance enjoignant à l'appelant de se présenter pour subir un interrogatoire mené par le représentant du procureur général avait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction de terrorisme avait été commise et qu'il était probable que l'investigation judiciaire permettrait d'obtenir des renseignements relatifs à l'infraction. La juge Holmes a, en outre, expliqué que l'appelant n'est ni accusé ni soupçonné d'avoir commis l'infraction de terrorisme en cause. À son avis, l'infraction de terrorisme visée par l'investigation était liée aux deux explosions connexes des avions d'Air India mentionnées dans les faits exposés plus haut. » *Id.*, par. 21.

¹³³ *Id.*, par. 86.

terrorism is not only possible but is also indispensable to any serious attempt to combat terrorism. Lacking such a definition, no coordinated fight against international terrorism can ever really get anywhere »¹³⁴. Selon notre observation cette acception est aussi valable dans la sphère nationale. La piste d'une définition stricte conformément à la tradition juridique en matière de droit pénal devrait retenir l'attention des différents acteurs.

Au final, la Cour suprême prône la recherche d'un équilibre lorsque les droits fondamentaux (la vie privée) présentent des contradictions avec les mesures juridiques antiterroristes. Cet équilibre nous paraît difficile à maintenir, car les deux notions à équilibrer échappent à toute identification de nature définitionnelle et sans compter le fait que la vie privée jouit d'une protection constitutionnelle contrairement à la lutte contre le terrorisme. Nous retenons également que le traitement des procédures d'enquêtes ou de poursuites des actes terroristes pose des questionnements quant à l'indépendance et l'impartialité de l'appareil judiciaire. Cependant, l'inquiétude reste hypothétique, car à l'instar de l'analyse judiciaire exposée dans l'arrêt *Khawaja*, on ne saurait conclure à une perte d'autonomie du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif. Quoiqu'on en dise, il nous apparaît fondamental, dans la partie suivante de ce mémoire, d'apporter des pistes d'éclaircissements sur le glissement qui s'effectue dans la lutte antiterroriste en tant que sujet de sécurité publique (de prime abord) et ultimement, de sécurité nationale.

¹³⁴ Boaz GANOR, « Defining Terrorism: Is One Man's Terrorist another Man's Freedom Fighter? », (2002) 3-4 *Police Pract. Res.* 287-304.

Partie II : L'élargissement du concept de sécurité nationale : la nécessité de repenser la protection de la vie privée

L'infraction d'« activité terroriste » du Code criminel¹³⁵ nous a orientés sur la piste du droit criminel (en tant que phénomène relevant de la sécurité publique) pour saisir le terrorisme et ses liens avec la protection du droit à la vie privée. Parallèlement, le SCRS retient l'activité terroriste comme une menace à la sécurité nationale. Au-delà de la sphère nationale du droit criminel, la sécurité nationale englobe un plus grand espace. Une distinction entre ces deux secteurs de la sécurité nous permet de revisiter nos questionnements sous l'angle de la sécurité nationale, car le terrorisme est considéré comme un phénomène international et qui prétend relever de la sécurité nationale.

Relativement à la question sécuritaire le problème fondamental reste sa définition. Alors, nous nous référons aux théories sur les études sécuritaires afin de saisir la complexité du débat. À notre avis, la compréhension de cette dimension politique permet d'apporter un meilleur éclairage sur les enjeux juridiques. Traditionnellement, les études sur la sécurité faisaient référence aux études stratégiques. « L'étude et l'enseignement de la stratégie étaient avant tout une affaire militaire tandis que la nouvelle discipline d'études stratégiques de l'après-guerre sera confiée avant tout à des civils »¹³⁶. Selon Barry Buzan, c'est : « ce champ d'étude (études stratégiques) qui se concentre sur l'utilisation, ou la menace de l'utilisation, de la violence ou des instruments de violence, par des unités politiques dans la poursuite de la défense de leurs intérêts contre d'autres unités politiques »¹³⁷. Ensuite, on assistera à un glissement des études stratégiques vers les études de sécurité. Au courant de cette transformation, « la sécurité nationale devient la conception principale de la sécurité aux États-Unis dans les années 1940 – 1950 »¹³⁸. De plus, la sécurité nationale retenait essentiellement l'État comme l'objet référent.

¹³⁵ *Code criminel*, préc., note 94, art. 83.01.

¹³⁶ D'aoust ANNE MARIE, David GRONDIN et Alex MACLEOD, « Les études de sécurité », dans Macleod MACLEOD (dir.), *Théories des relations internationales : contestations et résistances* à la page 352.

¹³⁷ BARRY BUZAN, « Change and Insecurity: A critique of Strategic studies », dans BARRY BUZAN ED et R. J. BARRY JONES ED (dir.), *Change and the study of international relations the evaded dimension*, New York, StMartin's Press, 1981 à la page 155; D. ANNE MARIE, D. GRONDIN et A. MACLEOD, préc., note 136 à la page 352.

¹³⁸ D. ANNE MARIE, D. GRONDIN et A. MACLEOD, préc., note 136 à la page 352.

En effet, c'est Ullman qui illustre clairement l'évolution du concept de la sécurité nationale en la définissant comme : « une action ou une séquence d'évènements qui de façon intense et relativement rapide de dégrader la qualité de vie des habitants d'un État, ou qui menace de façon significative, de limiter la gamme de choix politique disponible au gouvernement d'un État ou à des entités privées et non gouvernementales (individus, groupes, entreprises) à l'intérieur d'un État »¹³⁹.

Ces considérations théoriques s'accompagnent d'une opacité juridique autour de la notion de sécurité. On observe un amalgame entre le droit de la sécurité nationale et celui de la sécurité publique ce qui nous entrainera à considérer la lutte antiterroriste comme étant l'une des illustrations de l'union entre ces deux formes de sécurité. Cela nous conduit à nous questionner sur les implications juridiques de ces mutations sécuritaires relativement à la protection de la vie privée. Nous soutenons l'hypothèse qu'en matière de lutte antiterroriste le droit à la vie privée subit un déséquilibre à travers le processus de sécurisation que le pouvoir exécutif met en place. En conséquence, nous porterons un regard sur le débat entourant l'élargissement du concept de sécurité par rapport à la menace terroriste au Canada (A). Ensuite, nous analyserons les implications juridiques qui accompagnent ce débat dans la protection de la vie privée (B). La dernière partie de notre développement sera consacrée à observer la réaction du pouvoir judiciaire (C).

A. Le terrorisme au centre de la tourmente

1) Définitions de la sécurité nationale :

La sécurité nationale ou l'expression « danger pour la sécurité du Canada » représente une notion complexe. Elle apparaît dans le paysage juridique canadien à travers plusieurs lois fédérales qui, à première vue, n'ont pas de lien direct avec elle. La politique canadienne sur la sécurité nationale se base sur trois principaux piliers à savoir : « Protéger le Canada et les Canadiens, au pays et à l'étranger ; S'assurer que le Canada n'est pas une source pour des menaces visant nos alliés ; Contribuer à la sécurité internationale »¹⁴⁰. On retrouve la notion de

¹³⁹ Richard H. ULLMAN, « Redefining Security », (1983) 8-1 *Int. Secur.* 129-153, 133; D. ANNE MARIE, D. GRONDIN et A. MACLEOD, préc., note 136 à la page 357.

¹⁴⁰ « Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale » (16 décembre 2015), en ligne : <<https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scrtr/scrng-fr.aspx>> (consulté le 9 juillet 2017).

sécurité nationale à travers divers textes législatifs : la *Loi sur les services canadiens de renseignements sur la sécurité*¹⁴¹, la *Loi sur l'accès à l'information*¹⁴², la *Loi sur les mesures d'urgence*¹⁴³, etc. Toutefois, la définition de la sécurité nationale constitue un défi¹⁴⁴, tout comme celle du terrorisme et celle de la vie privée comme nous l'avons vu en première partie. Lorsqu'on tente de les définir, elles prennent un sens soit trop large et perdent de leurs pertinences, soit trop précis et ne rendent pas compte de toutes leurs spécificités.

Selon le guide du gouvernement de 2004, la sécurité nationale serait le fait de gérer les risques sécuritaires susceptibles de déstabiliser l'État ou la société canadienne, par exemple, une protection physique, institutionnelle, les valeurs canadiennes contre des menaces de diverses natures¹⁴⁵. En ce qui concerne la Cour suprême, nous retenons l'apport de la majorité dans l'arrêt *Suresh* s'exprimant comme suit sur le concept de sécurité nationale :

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 souvent 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 négligeable¹⁴⁶.

Cette définition a le mérite d'aborder de manière holistique la question de la sécurité nationale dans une perspective internationale. Elle révèle également que la menace doit être prouvée avec des éléments de preuves pertinents de sorte à éviter une possible instrumentalisation d'un quelconque évènement. Ce qui perturberait la paix sociale sans pour autant mettre à risque la sécurité de la nation canadienne. Toutefois, parmi les critiques que nous pouvons y adresser, la principale demeure l'ambiguïté relative à l'objet référent. Est-ce qu'une personne compromet la sécurité nationale du Canada si elle menace l'État canadien ou les individus de la société civile ? Quel devrait être la nature du danger auquel la Cour fait référence ?

Nous soutenons l'hypothèse suivant laquelle l'objet référent devrait s'orienter sur la nature de la menace ou du danger. Il est reconnu de tous que les meurtres (peu importe le

¹⁴¹ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, LRC 1985, c C-23.

¹⁴² *Loi sur l'accès à l'information*, (2018) L.R.C. (1985), ch. A-1.

¹⁴³ *Loi sur les mesures d'urgence*, (2003) L.R.C. (1985), ch. 22 (4e suppl.).

¹⁴⁴ *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2003] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.).

¹⁴⁵ note 140.

¹⁴⁶ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102, par. 90.

nombre), les actions (violentes) politiques contre les orientations gouvernementales, la corruption, etc. sont des crimes qu'on peut observer couramment dans la société. Il faut les distinguer des crimes moins courants pouvant affecter « sérieusement le fonctionnement de la nation ». Nous nous appuyons sur C. Forcese pour soutenir que « national security threats are those posed by low-probability, high consequence events that risk producing significant political turmoil »¹⁴⁷. De toute évidence, il y a un exercice de jugement qui devrait être posé par les autorités responsables de la sécurité nationale dans la détermination d'une action violente posée. Ceci en tenant compte du principe de la séparation des pouvoirs. Par exemple, le pouvoir exécutif et judiciaire pourrait jouer un rôle en amont par rapport à la définition d'un acte que l'on estimerait relever de la sécurité nationale. Tandis que le pouvoir législatif viendrait jouer un rôle d'examen par rapport aux orientations retenues. (Nous abordons cette dimension dans la prochaine partie de ce mémoire).

Tout en ayant en esprit ces réflexions, s'il s'avère que la définition de la sécurité nationale demeure complexe de nos jours, une compréhension générale se traduirait en ces termes : « la "sécurité nationale" s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada »¹⁴⁸. En conséquence, nous devons déterminer si le terrorisme représente une menace relevant de la sécurité nationale.

Rappelons que nous avons abordé le terrorisme dans la première partie (I) sous l'angle du droit criminel essentiellement. En se basant sur Lord Hoffman, aucune attaque terroriste ne remet en question l'existence de la nation canadienne¹⁴⁹. Tout en souscrivant à cette lecture du terrorisme, nous pensons que la menace terroriste peut relever de la sécurité nationale au sens que nous lui avons donné plus haut. Ainsi, la seule piste du droit criminel ne pourrait conduire à une compréhension et prévention effective.

¹⁴⁷ CRAIG. FORCESE, *National security law: Canadian practice in international perspective*, coll. Essentials of Canadian law, Toronto, Ont: Irwin & Law, 2008, p. 6, en ligne : <<http://www.deslibris.ca/ID/424852>>.

¹⁴⁸ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, [2007] 3 R.C.F. 248, par. 68 (C.F.); É. GRENIER, préc., note 22, p. 159.

¹⁴⁹ *A & Ors v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56 (16 December 2004)*, 2004, en ligne : <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/56.html>> (consulté le 7 décembre 2017); S. A. COHEN, préc., note 21, p. 183.

Nous observons que la conjoncture des relations internationales, la politique intérieure et l'extrémisme ont conduit le Canada à retenir le terrorisme comme phénomène relevant de la sécurité nationale. D'un côté, la nature des risques que pose le terrorisme (a) nous conduit à le considérer hypothétiquement comme tel. De l'autre côté, le terrorisme et la sécurité nationale sont des notions avec des racines d'envergure plus politique que juridique (b). Cela nous conduit à retenir le pouvoir exécutif et législatif comme pôles essentiels dans notre tentative de comprendre le lien entre le terrorisme et la sécurité nationale.

a) Les distinctions entre les actes terroristes « primaires » et « secondaires »

Stanley Cohen rappelle que : « concerns cannot be readily discounted regarding the insecurity of nuclear stockpiles, or chemical or biological toxins having the capacity to decimate or wreak havoc on a huge scale »¹⁵⁰. Au-delà des scénarios et hypothèses cinématographiques, c'est à travers un regard sur des faits historiques que nous relevons que le Canada n'est pas exempt d'actes terroristes ou de violence politique dont on peut se questionner s'ils relèvent de la sécurité nationale. Rappelons-nous que « les fils de la liberté » ont perpétré des attentats à la bombe, commis des actes de sabotage et incendié des institutions publiques (par exemple des écoles publiques) pour défendre leurs causes. Dans les années 80, « Direct Action » ou « Vancouver Five » ont réussi à transporter des bombes et à mener des actions violentes pour toucher des cibles comme BC Hydro, le ministère de l'environnement, la firme Amax afin de défendre leurs idéaux politiques relatifs à l'environnement, au féminisme, etc. L'expérience d'Air India en 1985 constitue une illustration directe du retentissement qu'a eu un acte terroriste sur des Canadiens. Le bilan fait état de 6 morts au Japon et de 329 morts lors de l'explosion des bombes au large de l'Irlande avec 279 citoyens canadiens dont la moitié venaient de Montréal¹⁵¹.

¹⁵⁰ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 184.

¹⁵¹ Geneviève OUELLET, « Les causes célèbres », dans Jean-Paul BRODEUR, Stéphane LEMAN-LANGLOIS, BIBLIOTHEQUE NUMERIQUE CANADIENNE et Inc EBRARY (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, coll. Bibliothèque numérique canadienne. Collection des éditeurs canadiens, Montréal, Qué., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, en ligne : <<http://site.ebrary.com/lib/umontreal/Doc?id=10442482>> (consulté le 19 juin 2017).

Sans compter les actes terroristes déjoués¹⁵², on observe que le Canada représente une cible réelle pour les actes terroristes « primaires ». Toutefois, nous nous accordons avec Geneviève Ouellet pour soutenir que le Canada est un terrain fertile pour la commission « d'acte terroriste secondaire », par exemple le financement, la formation, le recrutement, la propagande, etc. De plus, l'expérience canadienne démontre l'hétérogénéité des actes terroristes autant au niveau des buts visés, des objectifs, du profil des présumés terroristes et surtout de l'ampleur de la violence de ces actes sur la société canadienne¹⁵³.

b) Le terrorisme qui s'impose en tant que sujet relevant de la sécurité nationale : un choix politique

Préalablement à l'insertion de l'art. 83.01¹⁵⁴ dans le C. cr, le droit criminel canadien traitait de plusieurs actes de violence qu'on peut relier à des infractions du code criminel. L'article 230 du C. cr retient une série d'actes (le détournement d'un avion ou d'aéronef, les enlèvements, la prise d'otage, etc.) comme étant des infractions criminelles¹⁵⁵. On peut lire : « l'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison (...) »¹⁵⁶. Le droit criminel n'est pas muet non plus lorsqu'il s'agit de prévenir ou d'offrir des outils juridiques d'accusations avant la commission d'un crime. Il convient de mentionner ici que même dans le paradigme de la prévention, l'art. 24 du C.cr traite de l'infraction de tentative de poser un acte criminel¹⁵⁷. Comme nous pouvons en convenir, le droit criminel canadien est assez développé pour trouver son application relativement à des tentatives de commettre des crimes. Dans l'arrêt *Ellis* on peut retenir que : « pour être déclaré coupable d'une tentative, la poursuite doit prouver la *mens rea* et l'*actus reus* de l'infraction tentée. En ce qui concerne la *mens rea*, la preuve doit établir que l'accusé avait l'intention de commettre l'infraction en question, qu'il lui ait été possible ou non

¹⁵² « À l'été 2006, 17 présumés terroristes ayant comploté pour faire exploser des bombes au fertilisants à Toronto sont arrêtés par la GRC » *Id.* à la page 99.

¹⁵³ *Id.* aux pages 73-103.

¹⁵⁴ *Code criminel*, préc., note 94.

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ *Id.*, art. 230.

¹⁵⁷ *Id.*, art. 24 (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre.

de la commettre »¹⁵⁸. En fait, ces actes de violence qui peuvent s'apparenter aux activités terroristes dépassent le cadre du droit criminel ou de la sécurité publique pour s'inscrire dans le domaine de la sécurité nationale dépendamment de l'analyse qu'en fait le pouvoir exécutif.

C'est à la suite d'une décision gouvernementale que l'on retrouve un même acte soit sous une approche de droit criminel ou du droit de la sécurité nationale. À notre avis, l'ambiguïté définitionnelle du terrorisme rend difficile sa compréhension en tant que sujet de sécurité nationale. La Cour suprême relevait que « 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 négligeable »¹⁵⁹ (nos soulignements). L'implication d'une bombe atomique s'inscrirait mieux dans le cadre de la sécurité nationale qu'une fusillade dans un centre commercial. Alors, pour des raisons opérationnelles et d'expertise directement reliée à une menace, un acte criminel peut être traité comme un sujet de sécurité nationale ou de sécurité publique suivant la lecture qu'en fait le pouvoir exécutif. De facto, un regard croisé sur la dimension politique et juridique permet d'élucider le flou apparent lorsque nous tentons d'éclaircir le lien entre le droit de la sécurité nationale et le terrorisme.

2) La lutte antiterroriste ou la consolidation de l'amalgame entre la sécurité nationale et la sécurité publique

Le droit de la sécurité nationale se distingue de celui encadrant la sécurité publique même si nous pouvons, évidemment, y déceler des similitudes de diverses natures comme nous le mentionnons ici-bas. La frontière entre ces deux aspects de la sécurité n'est pas toujours claire, mais S. Cohen nous rappelle que « ... in the interest of preserving and respecting basic rights and liberties, these two spheres should be kept conceptually and analytically distinct »¹⁶⁰. Conséquemment, nous retenons quelques axes d'analyses pour démontrer le caractère effectivement distinctif de ces deux notions de la sécurité essentiellement dans leurs fonctions a) et d'autres aspects distinctifs b). Notons qu'une telle distinction permettra de replacer les enjeux reliés à la vie privée dans un cadre juridique plus pertinent.

¹⁵⁸ *R. v. Ellis*, 2016 ONCA 358.

¹⁵⁹ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102, par. 90.

¹⁶⁰ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 54.

a) Les fonctions de la sécurité nationale et de la sécurité publique

Le champ d'application constitue un élément distinctif. Si la sécurité publique s'applique à l'espace interne du Canada, les activités relevant de la sécurité nationale s'étendent au-delà de ses frontières. Le centre de la sécurité des télécommunications (CST) est une agence fédérale impliquée dans les activités de renseignements reliés à la sécurité nationale¹⁶¹. Suivant l'art. 273.64 de la *Loi sur la défense nationale*, le CST ne peut viser des Canadiens dans le cadre de ses missions¹⁶². Par rapport à son champ d'activité, son équivalent américain serait la CIA (Central Intelligence Agency) suivant l'idée selon laquelle leur compétence est, en principe, exclusivement extraterritoriale. Par ailleurs, même si la coopération internationale entre les diverses agences de police peut les conduire à mener des opérations hors des frontières canadiennes, cela relève de quelques exceptions et non d'un principe général de fonctionnement. Évidemment, la GRC (Gendarmerie Royale du Canada) ou le Federal Bureau of Investigation (FBI) aux É.-U. sont des corps policiers dont le mandat est de faire respecter l'ordre social à l'intérieur des frontières nationales.

Traditionnellement, une menace relève de la sécurité nationale lorsque l'État représente la cible d'une attaque donnée. L'État constitue l'objet référant quant à la détermination de la nature d'une menace quelconque. Historiquement, le crime de trahison illustre ce que représente la sécurité nationale. « Le Treason Act adoptée sous le règne d'Édouard III a permis de conjurer la plupart des graves dangers (...) Ces dangers ne se bornent pas à ceux que prévoit la loi plutôt simple de 1351, où il est question de “faire la guerre au roi” et de “comploter sa mort”. À travers les âges, cette loi a été invoquée lorsque des situations découlant de changement économique et politique ont paru menacer l'État »¹⁶³. L'art. 46 C. cr démontre comment un crime de droit commun peut se transposer en termes de sécurité nationale¹⁶⁴. Essentiellement, le facteur

¹⁶¹ *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 273.64 (1).

¹⁶² Sauf sous certaines conditions précises *Id.*, art. 273.64 (2).

¹⁶³ Martin L. FRIEDLAND, *Les aspects juridiques de la sécurité nationale: étude préparée pour le compte de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada*, Ottawa, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, 1979, p. 6.

¹⁶⁴ « (1) Commet une haute trahison quiconque, au Canada, selon le cas : a] tue ou tente de tuer Sa Majesté, ou lui cause quelque lésion corporelle tendant à la mort ou destruction, ou l'estropie ou la blesse, ou l'emprisonne ou la détient; b) fait la guerre contre le Canada ou accomplit un acte préparatoire à une telle guerre; c] aide un ennemi en guerre contre le Canada, ou des forces armées contre lesquelles les Forces canadiennes sont engagées dans des hostilités, qu'un état de guerre existe ou non entre le Canada et le pays auquel ces autres forces appartiennent. » *Code criminel*, préc., note 94, art. 46 (1).

déterminant reste l'objet référant (l'État) et l'intensité en soi du crime commis. Le paragraphe (1) mentionne « la haute trahison » alors que le paragraphe (2) fait référence simplement à la « trahison ». De plus, l'art. 47 du C. cr relatif à la peine de trahison retient la prison à perpétuité¹⁶⁵ ou quatorze ans de prison comme sanction possible en cas de condamnation¹⁶⁶.

Relativement à la sécurité publique, il convient de se rappeler que le droit pénal a pour fonction de régler les activités de la société entre les acteurs sociaux c'est-à-dire de codifier les actes répréhensibles et d'y apporter les sanctions qui s'y imposent. Suivant une perspective sociologique du droit criminel, « dans les sociétés modernes, le droit criminel n'est qu'un outil de régulation compte tenu de la complexité et de l'hétérogénéité des intérêts des acteurs sociaux »¹⁶⁷ (Nos traductions). D'ailleurs, selon une approche pluraliste, l'État joue un rôle d'arbitre et les individus de la société seraient les principaux objets référents et non exclusivement l'État comme ce serait le cas dans un cadre de sécurité nationale (au sens traditionnel). Alors on peut lire : « the question as to who decides when a value is important enough to require codification and enforcement. No one is naive enough to believe that this process occurs automatically »¹⁶⁸. Il convient, selon notre entendement de rappeler ses analyses de base lorsque nous sommes confrontés à un phénomène relativement nouveau et important comme la lutte au terrorisme.

b) Autres aspects distinctifs entre la sécurité nationale et la sécurité publique

De manière générale, on observe un rapport complexe entre la sécurité et les droits fondamentaux. Parfois, certaines circonstances conduisent les autorités politiques et juridiques à prioriser l'un par rapport à l'autre pendant leurs interventions. Nous avons relevé dans la partie I que relativement à cette complexité, les tribunaux ont préconisé la recherche d'un équilibre entre l'application des mesures de sécurité et le respect des droits constitutionnels tel que le droit à la vie privée qui jouit d'une protection suivant l'article 7 et 8 de la Charte.

¹⁶⁵ *Id.*, art. 47 (1).

¹⁶⁶ *Id.*, art. 47 (2) c).

¹⁶⁷ Ron P. SAUNDERS, « Perspectives on criminal law », dans Ron P. SAUNDERS et J. McMUNAGLE (dir.), *Criminal law in Canada: an introduction to the theoretical, social and legal contexts : cases, notes and materials*, 4th ed., Toronto, Ont., Carswell, 2002 à la page 49.

¹⁶⁸ *Id.* à la page 53.

D'une part, dans le cadre de la sécurité nationale, *de facto*, on note une atténuation considérable des droits et libertés alors que la vocation principale du droit criminel dans une perspective de sécurité publique est de protéger ces droits constitutionnels. Dans *Hunter c. Southam*, le juge Dickson affirme concernant spécifiquement la sécurité nationale que « le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. ... Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause... le critère pertinent pourrait fort bien être différent »¹⁶⁹. Certes, il existe un espace à l'interprétation des articles lorsqu'une loi est imprécise mais le principe général ordonne un cadre juridique solide laissant peu de place à l'arbitraire par rapport à la violation des droits fondamentaux, surtout en matière de droit pénal.

D'autre part, notre droit pénal issu de la common law vise à protéger les droits constitutionnels. La partie VI du Code criminel encadre l'utilisation des techniques intrusives pouvant porter atteinte à la vie privée. En effet :

Somewhat more precisely, the Court in *Hunter* directed that the former interest should generally prevail over the latter, unless an arbiter independent of the state's law enforcement apparatus (such as a judge) authorizes the invasion *ex ante* on the basis that there are "reasonable and probable grounds ... to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search." In other words, privacy invasions meeting both of these conditions, which I refer to as "prior authorization" and "reasonable grounds," are *prima facie* reasonable under section 8; invasions that do not are *prima facie* unreasonable¹⁷⁰.

Dans le cadre de la sécurité publique, la police est dans l'obligation d'obtenir une autorisation légale pour poursuivre ses enquêtes lorsque les techniques qui seront utilisées porteraient atteinte au droit à la vie privée du présumé innocent.

¹⁶⁹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7, par. 167-168; « National Security is arguably the most important justification that can be advanced in support of legislation, springing, as it does, from the necessity to safeguard and preserve the very existence of the state and its democratic institutions and ensure their continued survival » S. A. COHEN, préc., note 21, p. 155.

¹⁷⁰ Steven PENNEY, « National Security Surveillance in an Age of Terror: Statutory Powers & Charter Limits », (2010) 48 *Osgoode Hall Law J.* 247-286; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7.

B. L'approche politico-juridique canadienne autour du débat de

l'élargissement

Bien qu'avant l'avènement des attentats du 11 septembre les agences de sécurité nationale militaient activement pour l'augmentation de leurs ressources pour contrer les menaces envers le Canada, c'est cet évènement tragique de New York qui aura accéléré l'action gouvernementale par rapport à la sécurité nationale¹⁷¹. Désormais, le terrorisme est considéré comme une priorité parmi les menaces à la sécurité nationale et tous les moyens doivent être pris pour l'éradiquer. Ceci explique entre autres hypothèses, l'engagement du Canada en Afghanistan ainsi que l'introduction de la LAT1 et LAT2¹⁷².

Politiquement, on assiste à un élargissement de la définition de ce qu'est la sécurité nationale. Dans l'ouvrage « protéger une société ouverte », l'État ne représente plus exclusivement l'objet référant dans la définition de la sécurité nationale. On assiste à un dépassement de la vision traditionnelle, car elle élargit le champ d'application de celle-ci à tout type de risque incluant la population en tant que cible. Selon E. Grenier. « L'accent est donc mis sur la protection de l'État, de ses institutions et de sa population, celui-ci constituant alors l'objet référent principal de la sécurité au Canada »¹⁷³. Au surplus, Kent Roach soutient : « Canada's all-risk approach can be contrasted with the American Homeland Security strategy's single-minded purpose, which is "to mobilize and organise our Nation to secure U.S. homeland from terrorist attacks" »¹⁷⁴.

Juridiquement, la Cour suprême dans sa définition maintient exclusivement l'État comme étant l'objet référent¹⁷⁵. Parallèlement, l'analyse du raisonnement de la Cour démontre un amalgame entre les deux sphères de la sécurité ce qui démontre l'ambiguïté du rapport existant

¹⁷¹ André DONNEUR, Stéphane ROUSSEL et Valentin CHIRICA, « Les conséquences des évènements du 11 septembre sur l'autonomie de la politique étrangère canadienne: les mesures de sécurité et la nouvelle législation antiterrorisme », dans STANISLAV J KIRSCHBAUM et ASSOCIATION FRANCE-CANADA D'ETUDES STRATEGIQUES. COLLOQUE (dir.), *Terrorisme et sécurité internationale*, coll. Collection Études stratégiques internationales ; 2, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 171-198.

¹⁷² *Loi antiterroriste*, préc., note 18; *Loi antiterroriste (2015)*, préc., note 107.

¹⁷³ É. GRENIER, préc., note 22, p. 178.

¹⁷⁴ Kent ROACH, « Must We Trade Rights for Security - The Choice between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain », (2005) 27 *Cardozo Law Rev.* 2151-2222, 182.

¹⁷⁵ É. GRENIER, préc., note 22.

entre la sécurité nationale et le droit pénal. Dans le cadre de la lutte au terrorisme, le droit criminel et le droit humanitaire concourent à construire un périmètre de sécurité. Alors, nous observons un brouillard qui s'impose sur les distinctions existantes entre le droit sensé assurer la sécurité publique et celui dédié à assurer la sécurité nationale. De la sorte, le pouvoir exécutif est dans une position privilégiée pour mener sa lutte contre le terrorisme. En d'autres termes : « dans ce que d'autres ont appelé le théâtre de la sécurité, la représentation du terrorisme à la fois comme une guerre et comme un crime vise surtout à construire le décor d'une pièce dans laquelle toute forme de réaction gouvernementale est justifiée à l'avance »¹⁷⁶. Ainsi, quelle analyse peut-on faire de la protection de la vie privée dans le contexte de la lutte contre le terrorisme ?

1) Les implications juridiques de l'élargissement de la notion de sécurité nationale

a) Protection de la vie privée en matière de lutte contre le terrorisme (sous l'angle de la sécurité nationale.)

Tel que nous l'avons démontré, le terrorisme est une infraction criminelle pouvant relever à la fois de la sécurité publique et de la sécurité nationale. Toutefois, l'ordre juridique encadrant ces deux notions sécuritaires présente des distinctions. À présent, nous nous interrogeons sur les implications de ces distinctions quant à la protection de la vie privée, car le concept de sécurité nationale porterait à présumer une négation des obligations constitutionnelles de l'État vis-à-vis des articles 7 et 8 de la Charte. Autrement posé, quel degré de protection de la vie privée le droit de la sécurité nationale nous offre-t-il ? Pour répondre adéquatement à cette interrogation, nous devons nous pencher sur le lien qui existe entre la sécurité nationale et la vie privée. Alors, nous soutenons le postulat de base de Craig Forcese qui défend l'idée selon laquelle le dilemme entre sécurité et vie privée persiste même lorsqu'on se réfère aux questions de sécurité nationale et non seulement lorsqu'il est question de sécurité publique.

De prime abord, une menace relevant de la sécurité nationale pourrait exempter l'État de ses obligations relativement à la protection de la vie privée dans le sens où il est difficile de jouir de ce droit lorsqu'on n'est pas en sécurité. La Cour soutient dans l'arrêt *Charkaoui* que « one of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its citizens.

¹⁷⁶ S. LEMAN-LANGLOIS, préc., note 34 à la page 160.

This may require it to act on information that it cannot disclose and to detain people who threaten national security »¹⁷⁷. Si nous avons remis en cause la rhétorique entourant l'équilibre à trouver entre la sécurité publique et la vie privée dans la partie précédente, nous observons que dans le domaine de la sécurité nationale il y a une tendance plus ou moins établie à prioriser la sécurité sur les droits constitutionnels.

L'analyse du discours du ministre de la justice Irwin Cotler illustre cette priorisation de la sécurité. Selon ce dernier, « anti-terrorism law and policy is human rights legislation in that we're dealing with the protection of a democracy and the fundamental human rights of its inhabitants »¹⁷⁸. Cependant, c'est à juste titre que Craig Forcese révèle manifestement comment la Cour dans l'arrêt *Gosselin* interprétait l'article 7 de la Charte comme étant une limite à l'action étatique et non une justification de toute action pouvant y contrevenir.

« L'article 7 précise qu'il ne peut être porté atteinte au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. En conséquence, jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'art. 7 impose à l'État une obligation positive de garantir à chacun la vie, la liberté et la sécurité de sa personne. Au contraire, on a plutôt considéré que l'art. 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte à ces droits »¹⁷⁹.

Si la sécurité nationale est présentée comme le facteur permettant la jouissance des libertés fondamentales, nous observons qu'elle ne peut être effective dans une société démocratique qu'à la condition que ses ressortissants puissent continuer d'en bénéficier librement. Selon Jim Judd « democracies have taken a long period to develop and their values, laws and institutions continue to provide inspiration to those without the luxury of living in one. It is thus essential that in responding to threats such as terrorism we do so in a fashion that best reflects what democracies stand for »¹⁸⁰.

¹⁷⁷ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 1 (C.S.C.).

¹⁷⁸ Irwin COTLER, « Terrorism, Security & (and) Rights in the Post-September 11th Universe Symposium: 20 Years under the Charter », (2002) 21 *Windsor Yearb. Access Justice* 519-530, 521.

¹⁷⁹ *Louise Gosselin v. the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Ontario et al. Case*, 2002 [xvii]-662, par. 81.

¹⁸⁰ CRAIG. FORCESE, préc., note 147, p. 18.

En effet, loin de représenter un problème hypothétique, le cas de Maher Arar¹⁸¹ nous démontre les dérives que peut prendre la lutte contre le terrorisme tandis que le cas de Khawaja¹⁸² expose les retombées positives des mesures prises pour lutter contre le terrorisme. Notons, tout d'abord, que le partage d'information entre les acteurs intervenants dans le cadre de la sécurité nationale est un aspect important dans la conduite de leurs activités. De ce point de vue, dans le cas de Maher Arar, la commission a pu constater que les autorités canadiennes ont transmis des informations inexactes aux autorités américaines relativement à la menace que représente M. Arar. Cette transmission s'est faite à l'encontre même des politiques internes de partage d'information de la GRC. S'il a été impossible de prouver que le Canada ait pu demander un extradition de Maher Arar vers la Syrie, le rapport souligne que : « pour prendre les décisions de détenir et de renvoyer M. Arar, les autorités américaines se sont très probablement appuyées sur l'information concernant M. Arar fournie par la GRC »¹⁸³. Cela aura conduit à son incarcération et à sa torture.

Dans le cas de Khawaja, on remarque que l'introduction de la spécificité du terrorisme a été retenue pour accentuer l'effet dissuasif dans la détermination de la peine en ce qui a trait aux infractions terroristes. Nous pouvons lire : « je conclus que l'extrême gravité des infractions de terrorisme en cause dans la présente affaire justifie des peines consécutives totalisant plus de 20 ans d'emprisonnement, et ce, sans entorse au principe de totalité »¹⁸⁴. Nous observons que l'orientation gouvernementale d'accentuer les sanctions relatives aux activités terroristes reste compatible avec la culture juridique canadienne du respect des droits fondamentaux.

C'est dans cet ordre d'idée que nous avançons l'hypothèse suivant laquelle, lorsque les deux droits sont en concurrence, l'ordre de priorité dépendra de la situation qui se présente aux agents de l'État. De plus, toute action étatique de nature préventive devra être guidée par la constitution canadienne *a contrario* des considérations exclusivement politiques du pouvoir exécutif. Alors, nous exposerons, dans les lignes à suivre, comment la Charte canadienne protège

¹⁸¹ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À MAHER ARAR, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, Ottawa, Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, 2006.

¹⁸² *R. c. Khawaja*, préc., note 129.

¹⁸³ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À MAHER ARAR, préc., note 181, p. 14.

¹⁸⁴ *R. c. Khawaja*, préc., note 129, par. 126.

le droit à la vie privée dans un contexte de sécurité nationale dans le cadre d'une situation régulière (b) et d'une situation d'urgence (c).

b) Protection de la vie privée en situation régulière de sauvegarde de la sécurité nationale

La lutte contre le terrorisme impose une approche préventive ce qui nous pousse à nous projeter dans un premier temps dans une situation où il n'y aurait aucune menace imminente observée. Dans ce cadre, l'action étatique s'inscrit dans une logique de prévention, notamment, la collecte de renseignements, « la détention préventive », l'utilisation de technique d'enquêtes relatives à la sécurité nationale, le recours à la biométrie etc. Dans ce registre, l'État (et ses agents) a l'obligation de respecter la primauté constitutionnelle, car la Charte canadienne permet de sauvegarder la sécurité nationale tout en respectant le droit à la vie privée comme nous le verrons dans les lignes à suivre.

En principe, en aucun cas l'instrumentalisation de la menace sécuritaire ne pourrait justifier la violation de l'article 8 et 7 de la Charte. Dans *(Re) 83.28*, la juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major et Arbour confirment que : « le défi que les démocraties sont appelées à relever dans la lutte contre le terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs démocratiques fondamentales qui attachent de l'importance à la vie et à liberté de l'être humain, ainsi qu'au respect de la primauté du droit »¹⁸⁵. C'est dans cet ordre que la juge McLachlin soutient dans *Suresh* qu'« il y a la nécessité de veiller à ce que ces outils juridiques ne sapent pas les valeurs jugées fondamentales par notre société démocratique – liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale »¹⁸⁶.

D'ailleurs, *la loi sur la défense nationale* impose ce principe constitutionnel au CST quant au respect de la vie privée des Canadiens à son article 273.64 (2) « les activités mentionnées aux alinéas (1)a) ou b) : a) ne peuvent viser des Canadiens ou toute personne au Canada; b) doivent être soumis à des mesures de protection de la vie privée des Canadiens lors de l'utilisation et de

¹⁸⁵ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111, par. 5.

¹⁸⁶ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102, par. 4.

la conservation des renseignements interceptés »¹⁸⁷. Du point de vue de l'action policière, Stanley Cohen rapporte à juste titre que « in reality, under this legislation the police must still base their suspicions on reasonable grounds, not create them out of thin air. Whether the standard employed is reasonable grounds to believe or whether it is reasonable grounds to suspect there must be an objective, reviewable, basis for setting the process in motion »¹⁸⁸.

Plus précisément, le pouvoir exécutif dans sa prévention contre le terrorisme est dans l'obligation « d'intégrer le droit à la vie privée à ses mesures de sécurité » mises en place. La commissaire adjointe à la protection de la vie privée¹⁸⁹ Chantal Bernier nous rapporte une grille d'examen en quatre étapes pour favoriser la coordination entre la vie privée et la sécurité¹⁹⁰ :

Premièrement, on note « l'étape du bien-fondé ». Ce dernier fait référence à la grille de validation d'une initiative gouvernementale susceptible de miner un droit constitutionnel, c'est-à-dire le test issu de l'arrêt *Oakes*¹⁹¹. Ainsi, faut-il déterminer si l'objectif de l'initiative sécuritaire est urgent et réel. Le caractère essentiel et important de l'initiative est primordial à la poursuite du test. Lorsque la pertinence de l'objectif est établie, l'État doit démontrer en quoi sa mesure proposée ou mise en place atteindrait son objectif prévu de manière significative. « Cette démonstration doit être soutenue de manière empirique, à tout le moins, dans le bien-fondé de ses présupposés »¹⁹². Par la suite, il faut jauger de la proportionnalité des effets de la mesure sécuritaire sur la vie privée. Puis il faut répondre à la question de savoir s'il n'y aurait pas d'autres moyens d'atteindre les objectifs voulus de manière à compromettre le moins possible la vie privée. « Nous devrions toujours recueillir le moins possible de renseignements, en faire une

¹⁸⁷ *Loi sur la défense nationale*, préc., note 161, p. 273.64.

¹⁸⁸ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 220-221.

¹⁸⁹ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, (2017) L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 56.

¹⁹⁰ L'auteur n'expose pas une distinction entre la sécurité publique et la sécurité nationale. Nous avons déjà convenu que ces deux notions sont intimement liés tout en ayant chacun leur spécificité parfois difficile à déceler. Ainsi, nous projetons notre analyse au domaine de la sécurité nationale, il trouve application. Chantal BERNIER, « Intégrer le droit à la vie privée aux mesures de sécurité publique du 21^e siècle: une expérience canadienne », dans Karim BENYEKHLEF et Esther MITJANS PERELLO (dir.), *Circulation internationale de l'information et sécurité*, Montréal, Éditions Thémis, 2012 aux pages 146-152.

¹⁹¹ « Ce critère sert à déterminer dans quelles circonstances il est raisonnable de limiter les droits et libertés individuels dans une société libre et démocratique » C. BERNIER, préc., note 190; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, .

¹⁹² C. BERNIER, préc., note 190 à la page 147.

utilisation minimale et éviter autant que possible les mesures qui portent atteinte à la vie privée »¹⁹³.

Deuxièmement, c'est l'étape de la définition des balises, c'est-à-dire qu'il faudrait, par exemple, dans un contexte de collecte de données : « planifier le traitement des données recueillies – notamment la façon dont elles sont entreposées, utilisées, liées et partagées avec d'autres »¹⁹⁴ en se référant aux normes canadiennes et aux principes relatifs à l'équité dans le traitement de l'information¹⁹⁵.

Troisièmement, c'est la définition « des politiques et pratiques internes nécessaires pour que le droit à la vie privée soit réellement respecté une fois le programme en place et fonctionnel (...) nommer un responsable de la protection de la vie privée pour garantir l'obligation redditionnelle et la représentation de la haute direction quant aux enjeux touchant le traitement des renseignements personnels sont soulevés... »¹⁹⁶.

Quatrièmement, l'auteur nous parle du calibrage du système à partir d'organes externes. « Dans une société démocratique, les mesures envahissantes mises en place par l'État doivent être limitées par des mécanismes d'imputabilité proportionnels – qu'il s'agisse de contrôle judiciaire sur une autorisation ou de mécanismes de contrôle administratif rigoureux »¹⁹⁷. Cette étape pourrait s'apparenter à un processus d'évaluation d'un programme mise en place par rapport aux conséquences qui n'auraient pas été envisagées.

Indéniablement, en matière de sécurité nationale, l'État a l'obligation de respecter la primauté constitutionnelle. La protection de la vie privée demeure une des responsabilités qui incombent à l'État dans sa lutte contre le terrorisme. Toutefois, nous avons pu déceler quelques événements factuels reliés à un acte terroriste ce qui nous conduit à envisager le terrorisme comme une menace réelle au Canada et à nous questionner sur les modalités relatives à une priorisation de

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.* à la page 148.

¹⁹⁵ « La collecte de renseignements personnels, l'obtention du consentement le cas échéant, la protection des données et les limites imposées à la collecte, à l'utilisation, à la divulgation et à la conversation des données » *Id.*

¹⁹⁶ *Id.* à la page 149.

¹⁹⁷ *Id.* à la page 151.

l'action sécuritaire dans un cadre constitutionnel. Selon l'hypothèse que l'État ne pourrait pas respecter la vie privée, est-ce que la Charte permet de prioriser l'action sécuritaire ?

De toute évidence, comme le dit le Juge Iacobucci : « la charte n'est pas un pacte de suicide collectif ». Si le pouvoir exécutif a tendance à représenter la vie privée comme un fardeau dans la lutte contre le terrorisme¹⁹⁸ ou de plaider pour une augmentation des mesures de sécurité, il apparaît clairement que la Charte permet déjà *de prime à bord* de prioriser la sécurité au-devant de la vie privée en cas de nécessité¹⁹⁹. C'est dans ce cadre que nous devons comprendre l'affirmation suivante : « the ability of the state to take measures proportional to the threat posed to preserve itself and ensure its continued survival is undoubted and is reflected in the customary international law concepts of necessity and is reflected in the customary international law concepts of necessity and self-defence »²⁰⁰. Ainsi, il faudrait que cette priorisation de la sécurité se fasse en fonction du test *d'Oakes*²⁰¹ mentionné précédemment.

c) Protection de la vie privée en situation d'urgence de sauvegarde de la sécurité nationale

En général, le concept de sécurité nationale nous fait penser à une situation d'urgence d'envergure nationale, c'est-à-dire qu'une menace imminente pèse sur la sécurité du pays. Nous la distinguons d'une situation régulière mentionnée plus haut. On peut retenir le scénario du « ticking bomb »²⁰² pour illustrer notre référence à une situation d'urgence dans le cadre de la sécurité nationale. Suivant la *Loi sur les mesures d'urgence*, l'état d'urgence fait référence à

¹⁹⁸ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111.

¹⁹⁹ « Moreover, precautionary state action may be justified not only in response to an immediate threat but also with regard to possible future risks » S. A. COHEN, préc., note 21, p. 156; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102.

²⁰⁰ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 156.

²⁰¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, préc., note 191.

²⁰² Tout en relevant les limites du « ticking bomb » David Luban le présente comme suit: « Suppose the bomb is planted somewhere in the crowded heart of an American city, and you have custody of the man who planted it. He won't talk. Surely, the hypothetical suggest, we shouldn't be too squeamish to torture the information out of him and save hundreds of lives. Consequences count, and abstract moral prohibitions must yield to the calculus of consequences. » David LUBAN, « Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb Essay », (2005) 91 *Va. Law Rev.* 1425-1462, 1440.

« une situation de crise causée par des menaces envers la sécurité du Canada d'une gravité telle qu'elle constitue une situation de crise nationale (public order emergency) »²⁰³.

Dans ce domaine de définition, la constitution n'est pas muette. Au contraire la Charte fournit des outils aux décideurs pour agir constitutionnellement. En plus du *test d'Oakes* développé par la Cour suprême, l'article 33 de la Charte permet de tronquer le droit à la vie privée dans le cadre de la lutte au terrorisme si une situation d'urgence se présente. À son paragraphe 1 l'article 33 stipule que « le parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 »²⁰⁴. De plus, l'arrêt *Dismantle* établit clairement que le respect d'un droit constitutionnel dépendra des circonstances en place afin de déterminer les choix judicieux et l'exercice de respecter la primauté constitutionnelle. Ainsi, Craig Forcese affirme : « It is notable, however, that rights instruments can accommodate action in the interest of bona fide national security threats. In crises, the legal field of action is more open to governments than in times of normalcy. In Canadian constitutional law, it seems clear that Charter protections may be tempered where national security threats are at issue »²⁰⁵. S'il apparaît que la Charte est compatible avec les différentes orientations sécuritaires, nos questionnements nous portent à analyser, dans les lignes à suivre, le respect de la vie privée au regard des différents enseignements dégagés précédemment.

2) Quelle place pour le respect de la vie privée dans le cadre de la lutte antiterroriste ?

a) Mise en contexte juridique sur la vie privée et la lutte antiterroriste

Notre analyse du concept de sécurité nationale révèle l'intimité que celle-ci partage avec la sécurité publique. Tant bien qu'il existe des distinctions juridiques comme nous les avons démontré plus haut, la ligne de démarcation entre ces deux sphères sécuritaires reste aussi pour le moins ambiguë en pratique. Dans le cas qui nous concerne, le Canada adopte une large approche juridico-politique aux contours indéfinis pour lutter contre le terrorisme. Théoriquement, suivant

²⁰³ *Loi sur les mesures d'urgence*, préc., note 143, art. 16.

²⁰⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 6, art. 33 (1).

²⁰⁵ CRAIG. FORCESE, préc., note 147, p. 35.

cette approche, une infraction criminelle peut passer d'un simple crime à un acte de guerre. D'une part, la nature complexe du terrorisme permet de mieux comprendre l'approche canadienne. Par exemple, « the proliferation of weapons of mass destruction is a problem in itself, but when terrorism is involved, the threat increases dramatically. The danger of pandemics is amplified if groups seek to spread disease deliberately, Other patterns are also apparent: terrorism itself may be financed by organized criminal activities in the drug trade or in the smuggling of blood diamonds from failed or failing states »²⁰⁶. La combinaison des menaces ou des risques sécuritaires peut faire passer un acte criminel relevant de la sécurité publique à un niveau de sécurité nationale. D'autre part, cela s'explique également par le rôle important que joue le pouvoir exécutif dans la détermination²⁰⁷ de ce que signifie la sécurité nationale. Sur la base constitutionnelle de la prérogative royale²⁰⁸ et de sa capacité à avoir accès à plus d'informations sensibles relatives à la menace sécuritaire, le pouvoir exécutif incarne l'organe principal dans la définition de ce que représente la lutte contre le terrorisme.

En conséquence, non seulement le « terrorisme » est enregistré au chapitre de la sécurité nationale, sa lutte entraîne l'introduction de mesures spéciales qui altère considérablement le droit à la vie privée. Précédemment à la LAT1 (et de manière générale), la divulgation sans consentement d'information concernant une personne canadienne ne s'effectue que de manière exceptionnelle. Rappelons-nous que l'objet de la *loi sur la protection des renseignements personnels* (LPRP) est précisément de protéger les renseignements personnels détenus par l'État. L'article 12 de LPRP donne le droit d'accès à consulter les informations personnelles détenues par l'État²⁰⁹. Désormais, le terrorisme constitue un motif de refus d'accès et de communication de renseignements personnels. Relativement au cas de communication de renseignements sans consentement on peut lire : « elle est faite, à l'initiative de l'organisation, à une institution gouvernementale ou une subdivision d'une telle institution et l'organisation : soit soupçonné que le renseignement est afférent à la sécurité nationale, à la défense du Canada ou à la conduite des

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ Concernant la question fondamentale de déterminer la sécurité nationale, C. Forcese s'exprime en ces mots: « The policy does not answer the question, however of when exactly a threat to the physical safety of Canadians becomes a legitimate national security concern rather than a regular policing matter, an uncertainty that has important implications when national security is invoked to justify special state powers » *Id.*, p. 5.

²⁰⁸ *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 (C.S.C.).

²⁰⁹ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 189, art. 12.

affaires internationales »²¹⁰ (article 7 (3) d) (ii)). En plus, l'article 16 LPRP donne droit au gouvernement de nier toute existence de renseignement personnel à la suite d'une demande de communication²¹¹. Notre critique sur l'exception que représente la sécurité nationale se cristallise essentiellement sur le caractère très vague de la formulation et de la rétention d'un critère très bas pouvant donner lieu à une utilisation disproportionnée de ces mesures. En d'autres termes, que veut dire « des renseignements soupçonnés d'être afférent à la sécurité nationale » ? C'est à juste titre que Lisa Austin écrit :

While these provisions of Bill C-36 target the disclosure of information, the effect of the Attorney General issuing a certificate prohibiting the disclosure of information is that this designated information is then entirely exempt from any application of the Privacy Act, Access to Information Act, or PIPEDA. And this leaves this power of issuing a certificate open to abuse much broader than that with respect to prohibiting disclosure alone²¹².

Par ailleurs, l'article 5 de la *Loi sur la communication des informations ayant trait à la sécurité du Canada* (LCISC) stipule que :

5. (1) Sous réserve des dispositions de toute autre loi fédérale ou de tout règlement pris en vertu de l'une de celles-ci interdisant ou restreignant la communication d'information, une institution fédérale peut, de sa propre initiative ou sur demande, communiquer de l'information au responsable d'une institution fédérale destinataire dont le titre figure à l'annexe 3, ou à son délégué, si l'information se rapporte à la compétence ou aux attributions de l'institution destinataire prévues par une loi fédérale ou une autre autorité légitime à l'égard d'activités portant atteinte à la sécurité du Canada, notamment en ce qui touche la détection, l'identification, l'analyse, la prévention ou la perturbation de ces activités ou une enquête sur celles-ci²¹³.

Cela implique que tous les ministères (au-delà de ceux qui sont reliés directement à la sécurité nationale) peuvent se communiquer des informations, par exemple, nos renseignements personnels entre eux sans notre consentement. Ceci, peu importe la pertinence de l'information ou le mandat de chaque ministère²¹⁴.

²¹⁰ *Id.*, art. 7 (3) d) (ii).

²¹¹ *Id.*, art. 16.

²¹² En d'autres mots « Its appears the attorney general could issue a certificate regarding a person information bank and thereby prevent the publication of information regarding this bank under s.11 of the act-publication that is crucial for citizens to know what information is being collected about them » LISA AUSTIN, préc., note 39 aux pages 256-258.

²¹³ *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*, (2015) L.C. 2015, ch. 20, art. 2, art. 5.

²¹⁴ Lisa AUSTIN, « Anti-Terrorism's Privacy Sleight-of-Hand: Bill C-51 and the Erosion of privacy », dans STEPHEN J TOOPE et Edward IACOBUCCI (dir.), *After the Paris attacks: responses in Canada, Europe, and around the globe*, Toronto, University of Toronto Press, 2015 à la page 184.

En réalité, ces modifications introduites par les lois antiterroristes sont symptomatiques d'un déséquilibre entre la protection de la vie privée et de la lutte antiterroriste. Nathalie Des Rosiers attirait notre attention sur l'acceptation de la spécificité du terrorisme par les tribunaux sans que le pouvoir exécutif ait eu à en faire la justification. À présent, nous sommes d'avis pour soutenir que :

The privacy act as it stands does not offer strong privacy protection in the context of national security, and SCISA further, and rather dramatically, undermines that protection. SCISA does so while also ignoring the lessons learned from the Arar Commission regarding the need for safeguards when sharing information with foreign partners. It also does so without any attention to the Canadian constitutional framework for privacy protection. And it does all of this in the name of implementing the lessons of Air India Inquiry when that inquiry called for none of this. This is smoke and mirrors, an exercise in privacy sleight-of-hand that distracts from what SCISA really accomplishes: the facilitation of bulk surveillance²¹⁵.

En somme, la LCISC, comme l'a résumé Lisa Austin, permet de poser l'hypothèse d'un déséquilibre dans la lutte antiterroriste en défaveur de la protection de la vie privée.

De plus, les modifications introduites par la LAT1 dans *la loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* donnent lieu, également, à un déséquilibre quant à la protection de la vie privée. Avec la création du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CAODFC), les informations bancaires subissent un traitement particulier dans le but, entre autres, de lutter contre le terrorisme. L'article 7 de *la loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* impose une obligation à plusieurs organismes²¹⁶ dont les banques à communiquer au CAODFC tous renseignements dont ils suspectent pouvant être reliés à une infraction de financement des activités terroristes²¹⁷. Sachant qu'en matière de criminalité, ce sont des motifs raisonnables de croire à une infraction qui donnent lieu à l'action étatique, nous nous accordons avec S. Cohen pour y relever une entorse à la protection de la vie privée. « The ordinary constitutionally mandated device for state officials to obtain information of private nature for

²¹⁵ *Id.* aux pages 184-190.

²¹⁶ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, (2017) L.C. 2000, ch. 17, art. 7.

²¹⁷ *Id.*

purposes of law enforcement investigation is a warrant, and the usual governing standard is the existence of reasonable and probable ground »²¹⁸.

En effet, dans *Hunter c. Southam Inc.* le juge Dickson soutenait que « l'exigence d'une autorisation préalable, qui prend habituellement la forme d'un mandat valide, a toujours été la condition préalable d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie valides sous le régime de la *common law* et de la plupart des lois. Une telle exigence impose à l'état l'obligation de démontrer la supériorité de son droit par rapport à celui du particulier »²¹⁹. Cependant, dans le cadre de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* telle que modifiée par la *Loi antiterroriste*, le CAODFC « recueille, analyse, évalue et communique des renseignements utiles pour la détection, la prévention et la dissuasion en matière de recyclage des produits de la criminalité ou de financement des activités terroristes ainsi que des renseignements susceptibles d'aider le ministre à exercer les attributions que lui confère la partie 1.1; »²²⁰ sans avoir l'obligation d'obtenir un mandat d'un « juge désigné ». Si la procédure de déclaration contrevient à première vue à l'article 8 de la Charte, il peut être sauvegardé par son article 1 suivant le test d'*Oakes*. Notre point ici n'est pas de discuter de la constitutionnalité de la procédure de déclaration mais d'illustrer les conséquences de la lutte contre le terrorisme sur la vie privée des Canadiens.

b) Le test de l'« attente raisonnable » dans le cadre de la lutte antiterroriste

Au chapitre précédent nous avons relevé que le principe de l'attente raisonnable de la vie privée devrait faire l'objet d'une interprétation judiciaire lorsque son application soulève des inquiétudes. Ultiment, nous avons retenu que l'attente raisonnable de la vie privée dépend du contexte dans lequel elle s'illustre. À présent, nous nous questionnons sur la rationalité de la détermination de ce que représente une attente raisonnable de la vie privée en matière de lutte contre le terrorisme.

²¹⁸ *R. c. Collins*, préc., note 77; S. A. COHEN, préc., note 21, p. 266.

²¹⁹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7, par. 28.

²²⁰ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, préc., note 216, art. 40 b).

En matière de sécurité nationale et dans le cadre de la lutte au terrorisme, les pouvoirs exécutif et législatif présentent une tendance à exagérer les risques²²¹. Ceci se comprend au regard des conséquences qui pourraient subvenir si un attentat parvenait à atteindre son objectif par exemple. D'ailleurs, on se rappellera que l'ancienne ministre de la Justice, Anne MacLellan, justifiait le caractère permanent de la LAT1 par le fait qu'elle considérait le terrorisme international comme un phénomène omniprésent²²². Toutefois, cela soulève des inquiétudes lorsqu'on sait que sous la couverture de la sécurité nationale, des pouvoirs et mesures spéciales peuvent être utilisés pour sauvegarder une paix sociale²²³. Suivant cette hypothèse, la lutte antiterroriste présente un danger quant à sa capacité à pousser l'État de droit vers une autodestruction. En ayant comme objectif la sécurité, nous pourrions tronquer les protections contre le respect de la vie privée.

La jurisprudence canadienne retient une double approche dans l'évaluation de l'attente raisonnable en matière criminelle à savoir: l'approche normative et l'approche du compromis sociale. Au bout du compte, le contexte dans lequel la vie privée serait menacée constitue également un facteur important qui influencera l'analyse judiciaire. Toutefois, nous sommes d'avis que l'approche normative devrait prévaloir lorsque vient le temps de jauger du niveau de protection de la vie privée en matière de lutte contre le terrorisme.

Dans l'arrêt *Duarte*, il était sujet de la légalité quant à l'usage de la surveillance participative. Celle-ci est une technique d'enquête visant à recueillir des informations qui peuvent servir de preuve par la suite auprès d'un suspect. Elle implique le consentement d'une des personnes engagées dans une conversation concernant la collecte des échanges d'informations qui s'effectuerait. Dans le cas que nous mentionnons, la police avait recouru à un des leurs qui était infiltré. Celui-ci devrait enregistrer ses conversations avec Mr Duarte afin de collecter les informations pouvant l'incriminer. Alors qu'à la Cour d'appel, le juge s'est référé à l'analyse du risque pour déterminer la légalité de l'attente raisonnable du caractère privé des conversations, la Cour suprême bat en brèche cette grille d'analyse en appliquant la norme constitutionnelle de

²²¹ CRAIG. FORCESE, préc., note 147, p. 33.

²²² Senate of CANADA, « Senate of Canada - The Special Senate Committee on Bill C-36 », *Senate of Canada* (21 septembre 2016), en ligne : <<https://sencanada.ca/en/committees/sm36/>> (consulté le 11 décembre 2017).

²²³ CRAIG. FORCESE, préc., note 147, p. 33-34.

l'article 1 de la Charte. Après avoir rappelé que la surveillance électronique constitue une violation de la vie privée, le juge Dickson soutient que l'attente raisonnable du caractère privé des conversations devrait s'analyser au regard de ce que représente une société libre et démocratique. « Lorsque'une personne a des motifs raisonnables de croire que ses communications sont privées au sens exposé ci-dessus, l'enregistrement électronique clandestin non autorisé de ces communications doit forcément être considéré comme la violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Cette norme établie par la charte doit, à mon avis, s'appliquer uniformément »²²⁴. Il soutient que le simple fait qu'il est socialement convenu qu'un secret porte en soi le potentiel de sa divulgation ne pourrait pas constituer un critère d'analyse de l'attente raisonnable de la vie privée.

L'arrêt *Wong* présente des similitudes par rapport à *Duarte* quant à l'intrusion étatique dans le cadre d'une enquête policière. C'est sur la base de motifs raisonnables de croire que monsieur Wong retenait une chambre d'hôtel pour organiser des jeux d'argents que la police a procédé à une surveillance électronique pour parvenir à son arrestation. Cependant, l'initiative n'était pas pré autorisée par un juge. Quant à la question de savoir si Mr. Wong devrait s'attendre raisonnablement à un respect de sa vie privée dans une chambre d'hôtel, le juge La Forest s'appuie sur l'arrêt *Duarte* et Mr Armstrong pour retenir le critère « d'une société libre et démocratique » afin de jauger l'attente raisonnable. Quant à la pertinence de protéger la vie privée le juge affirme que : « même s'il existe dans des sociétés dont les citoyens ont appris, à leurs dépens, à s'attendre à ce que chaque mur recèle un microphone, il va de soi que dans une société comme la nôtre, tous les citoyens puissent se croire libres de vaquer à leurs affaires sans courir le risque que leurs propos soient enregistrés au gré des agents de l'État »²²⁵.

L'analyse de la détermination de l'attente raisonnable de la vie privée prend une autre perspective dans l'arrêt *Wise*. Nous pouvons soutenir que l'analyse est en contradiction avec celle qui a été effectuée dans les deux premiers arrêts mentionnés²²⁶. L'arrêt *Wise* fait référence à la surveillance électronique sans mandat d'un suspect à l'intérieur de sa voiture. Le juge Lamer parlant pour la majorité conclut qu'il serait déraisonnable que monsieur Wise puisse espérer une

²²⁴ *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30 (C.S.C.).

²²⁵ *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36 (C.S.C.).

²²⁶ *Id.*

vie privée lorsqu'il est au contrôle de son véhicule sur la voie publique. Ceci s'explique par le fait que le juge évalue l'attente raisonnable de la vie privée sous l'angle d'un compromis social. « La société exige et espère, donc, une certaine protection contre les conducteurs ivres ou dangereux ou encore contre ceux qui commettent des excès de vitesse. Afin d'obtenir cette protection, la société est disposée à accepter et même à exiger un niveau raisonnable de surveillance de chaque véhicule à moteur »²²⁷. Toutefois, le juge Laforest dans sa dissidence, en se basant sur les arrêts Duarte et Wong, prend le soin de mentionner que « la possibilité que la surveillance électronique incontrôlée entraîne la suppression de toute vie privée ainsi que le danger que, par voie de conséquence, le fait peser sur l'autonomie individuelle et l'organisation d'une société libre »²²⁸.

Par ailleurs, Foucault nous offre une analyse pertinente pour comprendre l'attitude des gouvernants. Tout d'abord, il soutient que « le biopouvoir a été un élément indispensable au développement du capitalisme; celui-ci n'a pu être assuré qu'au prix de l'insertion contrôlée des corps dans l'appareil de production et moyennant un ajustement des phénomènes de population aux processus économiques »²²⁹. Alors on remarque que l'exercice gouvernemental, contrairement, à *la souveraineté* conduit l'État à instrumentaliser la loi afin d'atteindre un but²³⁰. En effet, la gestion du risque, dans le cadre de la lutte antiterroriste, soulève un questionnement, en particulier, quant à la responsabilité de l'État dans la prise de ses décisions en rapport avec la sécurité. Sachant qu'il n'y a pas de dispositif sécuritaire capable de garantir que le Canada est hors de toute atteinte terroriste, jusqu'à quel point la vie privée peut être compromise en matière de sécurité nationale ? (Rappelons que la définition du terrorisme accuse beaucoup de critiques d'un point de vue politique autant que juridique²³¹ et que nous avons relevé une tendance à un déséquilibre entre vie privée et antiterrorisme).

²²⁷ *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527 (C.S.C).

²²⁸ *Id.*

²²⁹ Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, coll. Tel ; 248, 279, 280, Paris, Gallimard, 1994, p. 185.

²³⁰ Foucault identifie des distinctions entre la gouvernementalité et la souveraineté par rapport à leurs finalités. Selon lui, « le gouvernement aurait plutôt pour objet la population, c'est-à-dire les "gens dans leurs rapports", non seulement entre eux et avec le territoire et ses ressources, mais aussi avec tous les processus qui traversent leurs vies: climat, maladies, guerres ». Joël BORDUAS, *Le gouvernement de la vie dans les sociétés libérales: une relecture critique de la perspective biopolitique chez Michel Foucault, Nikolas Rose et Giorgio Agamben*, 2013, p. 35, en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/5924/1/M13187.pdf>> (consulté le 14 septembre 2018).

²³¹ *Id.*

La logique derrière le paradigme des risques nous permet de nous éclairer dans notre questionnement. « Le paradigme du risque pose alors que la responsabilité du gouvernement ne peut être mise en jeu que relativement à sa réaction dans la gestion de crise »²³². En parallèle, mentionnons que « l'école réaliste des relations internationales insiste sur la prise en compte des conséquences de l'action. Au contraire, le paradigme du risque requiert d'agir sans considération pour les conséquences de l'action »²³³. Au Canada, le principe de précaution dont nous parlait S. Cohen pour différencier le crime de l'acte terroriste trouve un écho au regard du paradigme du risque. En conséquence, « lorsqu'il faut décider dans l'incertitude, la sécurité devient la justification des tactiques et stratégies de la lutte contre le terrorisme »²³⁴.

c) Inadéquation du test de l'attente raisonnable

Au regard du contexte dans lequel se déroule la lutte antiterroriste, le juriste est appelé à doubler de vigilance dans la protection des différents droits fondamentaux. Nous avons déjà relevé un déséquilibre entre la recherche de la sécurité et du respect de la vie privée suivi de l'introduction de la spécificité du terrorisme dans le paysage juridique canadien ensuite de la faiblesse du régime juridique encadrant la vie privée. Ce qui nous conduit à nous interroger sur l'adéquation du test sur l'attente raisonnable de la vie privée. « The anti- terrorism legislation (...) increases the level of surveillance in our society. An it is in just this kind of context of widespread surveillance that our current constitutional test regarding a reasonable expectation of privacy is inadequate »²³⁵.

L'utilisation du compromis social comme grille d'évaluation de l'attente raisonnable de la vie privée pourrait se justifier si l'on se base sur l'approche de la Cour suprême dans l'arrêt *Wise*. Cela aurait pour effet à notre sens de diminuer davantage la protection qu'offre l'article 8 de la Charte spécifiquement en matière de sécurité nationale. En revanche, l'approche retenue

²³² « La définition de la sécurité n'est plus réduite à sa seule expression militaire, mais s'est subtilement élargie pour inclure de nombreux domaines publics (santé publique, infrastructures, critiques, sûreté du transport aérien, sécurité des frontières, etc.) » Martin-Lalande NICOALS et Salter MARK B., « La gestion du risque et la lutte contre le terrorisme », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme: concept, acteurs et réponses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007; Louise AMOORE et Marieke De GOEDE, « Governance, risk and dataveillance in the war on terror », (2005) 43-2-3 *Crime Law Soc. Change* 149-173.

²³³ M.-L. NICOALS et S. MARK B., préc., note 232 à la page 301.

²³⁴ *Id.* à la page 308.

²³⁵ *Id.*

dans *Duarte* et *Wong* permettrait de s'inscrire dans la logique normative et apporterait une meilleure protection constitutionnelle. Sachant que nous avons relevé que le recours au paradigme du risque conforte la grille d'analyse retenue par Foucault dans le sens où l'objectivité du pouvoir exécutif rencontre des limites, « we therefore cannot properly assess the threats to your privacy brought about by the widespread expected and accepted surveillance that will be part of the post-september 11 reality unless we adopt a more normative analysis of privacy than the one that currently dominates Charter jurisprudence »²³⁶. L'attente raisonnable de la vie privée serait évaluée dans le cadre d'une société libre et ouverte.

3) Le pouvoir judiciaire dans le paradigme de la lutte antiterroriste

a- Les tribunaux dans le cadre de la lutte contre le terrorisme par rapport au respect de la vie privée

L'inadéquation du test relatif à la détermination de l'attente raisonnable de la vie privée illustre la problématique quant au régime de protection juridique du respect de la vie privée. Ainsi, nous avons relevé le caractère fondamental du pouvoir judiciaire comme pierre angulaire dans la protection de la vie privée. En outre, l'impartialité et l'indépendance judiciaire constituent des critères fondamentaux à respecter vis-à-vis du pouvoir exécutif pour le bon fonctionnement de la justice. Mais, traditionnellement en matière de sécurité nationale, la déférence judiciaire représente la norme générale²³⁷. Au nom du principe de la séparation des pouvoirs et de la prérogative royale²³⁸, les limites constitutionnelles et les exigences administratives constituent les limites à l'action étatique²³⁹. Dans ce contexte, il nous apparaît pertinent de se questionner sur le degré de protection dont bénéficie la vie privée auprès des tribunaux. A priori, l'argument de la sécurité nationale représente un passe-droit pour légaliser et légitimer toute action étatique. Pourtant, nos recherches nous conduisent à soutenir l'hypothèse selon laquelle l'appareil juridique canadien poursuit une courbe progressiste en la matière donnant résultat, tout au long du processus, à un meilleur degré de protection de la vie privée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

²³⁶ LISA AUSTIN, préc., note 39 à la page 260.

²³⁷ *Id.* à la page 262.

²³⁸ Montigny MONTIGNY et Yves de MONTIGNY, *La sécurité nationale devant les tribunaux : un équilibre précaire entre droits fondamentaux et sûreté de l'État*, p. 45.

²³⁹ *Operation Dismantle c. La Reine*, préc., note 208.

Suivant le paradigme du risque dans lequel le Canada semble évoluer, l'action étatique porte atteinte au respect de la vie privée lorsqu'on y jette un regard analytique suivant une approche holistique. C'est spécifiquement dans le cadre de la lutte contre le terrorisme que l'art 7 (3) de la LPRPDE autorise l'État à collecter des renseignements personnels des citoyens sans leur consentement; que les autorités bancaires ont une obligation de rapporter les données financières de leurs clients à leur insu au CAODFC²⁴⁰; que les différents ministères fédéraux (même ceux dont le mandat n'est pas lié aux questions de la sécurité nationale) peuvent s'échanger les renseignements personnels des citoyens sans contrôle juridique, etc. Parallèlement, à la mise en place de ces mesures législatives, le pouvoir judiciaire est aux prises avec une posture désavantageuse qui le confine à moins de se prononcer sur les cas de sécurité nationale qui se présentent à lui. Relativement à la divulgation des documents pouvant être préjudiciables à la sécurité nationale, la couronne n'était pas tenue d'en faire la divulgation²⁴¹. Yves de Montigny rappelle qu'« en common law (...) il va sans dire que les tribunaux faisaient preuve d'une grande déférence lorsque ce privilège était invoqué par les autorités gouvernementales »²⁴².

Nous verrons dans les parties à suivre qu'il y a eu des évolutions par rapport à cet enjeu, mais nous nous permettons de relever déjà cette posture traditionnelle des tribunaux, car au vu de l'évolution observée les défis à surmonter à l'avenir restent de taille. En effet, dans le cadre de la lutte antiterroriste, l'État n'est pas neutre dans la formulation de ce que représente un acte terroriste. Deux exemples nous permettent de nous référer à cette prémisse à savoir les terroristes de Toronto et l'affaire Maher Arar²⁴³.

Le 2 juin 2006, la police de Toronto a procédé à l'arrestation de dix-sept personnes accusées de planifier des attentats à la bombe dans la ville ontarienne. Sans reprendre les détails de cette affaire, ce que nous relevons c'est le rôle prépondérant que les services de renseignement ont joué. Le questionnement de l'avocat de la défense retient notre attention : « est-ce que le SCRS a infiltré une organisation criminelle ou a-t-il créé une organisation criminelle pour les fins d'un procès- spectacle ? ». De plus, l'historique de la création du SCRS vient conforter notre

²⁴⁰ É. GRENIER, préc., note 22, p. 144.

²⁴¹ *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, préc., note 216, art. 11.2.

²⁴² M. MONTIGNY et Y. de MONTIGNY, préc., note 238, p. 45.

²⁴³ *Id.*

prémisse selon laquelle l'État n'est pas neutre dans la définition de ce qu'est le terrorisme. À ce propos, on peut lire par rapport à la crise d'octobre qu'«une fois la crise passée, la section antiterroriste de GRC a créé de fausses cellules du FLQ, fait sauter des bombes, incendié une grange. Une bombe a explosé au visage d'un agent de police, qui, sur son lit d'hôpital, a révélé qu'il avait fait « bien pire pour la force (la GRC) »²⁴⁴. C'est dans cette dynamique que nous soutenons l'hypothèse d'un cadre juridique en évolution en matière de sécurité nationale au Canada.

b- L'appareil judiciaire est en mutation pour protéger adéquatement la vie privée

Traditionnellement en matière de sécurité nationale, la déférence était la position adoptée par les tribunaux au nom du principe de la séparation des pouvoirs. Cependant, il y a une évolution dans le paysage juridique canadien en la matière.

Au niveau structurel, le Canada s'oriente vers une structure dualiste où certaines actions de l'exécutif sur le sol (et au-delà) canadien résultent d'une interaction entre le pouvoir judiciaire et l'exécutif. Néanmoins, ce dualisme n'est pas systématique à l'action gouvernementale, car il est symptomatique d'un processus d'évolution du droit de la sécurité nationale au Canada. Par exemple, il n'y a pas de court ni de juge spécifique aux questions de terrorisme²⁴⁵, mais il y a « les juges désignés »²⁴⁶ qui traitent de ces questions exclusivement à la Cour fédérale²⁴⁷. Ces juges sont épaulés dans leur tâche par les *amici curae* ce qui permet d'apporter une certaine garantie d'impartialité à tout le moins procédurale dans le travail des juges.

En 1968, relativement à la divulgation de renseignement durant une procédure judiciaire, l'arrêt *Conway* marque le point de rupture dans la posture traditionnelle du pouvoir judiciaire dans le sens où les tribunaux pouvaient désormais demander plus d'éclaircissement et exercer un pouvoir d'examen en privé des arguments de la couronne. En effet « bien que la cour doit faire preuve de retenue elle est néanmoins en droit de s'attendre à ce que le procureur général établisse à partir des faits établis par la preuve, que le préjudice allégué n'est pas une simple possibilité ou

²⁴⁴ N. ANDRE, préc., note 38.

²⁴⁵ *Id.* à la page 134.

²⁴⁶ *Charkaoui (Re)*, [2003] 3 C.F. 32 (C.F.).

²⁴⁷ *Id.*

une conjecture, mais constitue une probabilité »²⁴⁸. Ce principe est bien illustré dans l'arrêt *Ribic* lorsque la Cour procède à son enquête par l'écoute des témoins dans le processus de saisir en quoi les renseignements porteraient préjudice à chaque organisme pour lequel les témoins travaillent²⁴⁹.

Au surplus, l'arrêt *Ribic* introduit une grille d'évaluation concernant « la divulgation des renseignements potentiellement préjudiciable aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationale ». Cette grille se résume en trois étapes pour que le juge puisse exercer son pouvoir discrétionnaire basé sur l'article 38.04 : la pertinence de la divulgation des renseignements; la détermination du potentiel préjudice de ces renseignements sur la sécurité nationale; l'intérêt du public quant à la divulgation ou la non-divulgation des renseignements²⁵⁰.

Conclusion partielle

La vie privée et le terrorisme sont des phénomènes sociaux complexes à analyser dans une perspective juridique (au sens positiviste) dans le sens où les normes codifiées, pour les encadrer, sont les résultats de transformation politique. Parallèlement, le pouvoir judiciaire représente de plus en plus un pôle important à prendre en compte dans l'analyse de ces phénomènes sociaux.

²⁴⁸ *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637 (C.S.C.); M. MONTIGNY et Y. de MONTIGNY, préc., note 238, p. 54.

²⁴⁹ « Lors de la séance ex parte, j'ai examiné les portions expurgées des transcriptions. J'ai entendu trois témoins: un membre de la Direction générale, Division du renseignement, des Forces canadiennes; un employé d'un autre organisme gouvernemental; et un représentant du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. (8) Chaque témoin a traité des préoccupations exprimées par son ministère ou organisme au sujet des portions expurgées des transcriptions. Au cours de l'audience ex parte, un examen détaillé des portions expurgées des transcriptions a été mené. À la suite de cet examen, le procureur général a convenu de communiquer un nombre restreint d'extraits additionnels des transcriptions dont l'interdiction de divulgation avait initialement été demandée. Je n'ai pas à examiner plus à fond ces documents additionnels étant donné qu'ils ont déjà été divulgués au demandeur. » *Ribic c. Canada (Procureur Général)*, 2003 C.F.P.I. 10.

²⁵⁰ *Canada (Procureur général) c. Ribic*, préc., note 144; *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.04 (5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge : a) entend les observations du procureur général du Canada — et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la Loi sur la défense nationale — sur l'opportunité de rendre publique la demande; a.1) s'il estime que la demande devrait être rendue publique, ordonne qu'elle le soit; a.2) entend les observations du procureur général du Canada — et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la Loi sur la défense nationale — sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience; b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience; c) s'il estime qu'une audience est nécessaire : (i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées, (ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser, (iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis; d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

Ainsi, nous avons observé que les transformations dans le domaine de la sécurité trouvent une assise dans le contexte juridique canadien. Désormais, au nom de la lutte contre le terrorisme, la frontière entre la sécurité nationale et la sécurité publique est davantage poreuse.

Au Canada, les pouvoirs exécutifs et judiciaires s'inscrivent dans la dynamique de l'élargissement de la notion de la sécurité nationale. En d'autres termes, on observe un dépassement de l'approche traditionnelle où l'État était l'unique « objet référant ». En conséquence, les effets juridiques de l'élargissement conduisent à un recalibrage du cadre juridique. On observe que les mesures sécuritaires envahissantes de la vie privée des Canadiens ne s'accompagnent pas de balises juridiques pouvant garantir le respect du droit constitutionnel à la vie privée. Malgré le fait que l'appareil judiciaire mal outillé et peine à jouer son rôle primordial de garantir le droit à la vie privée, force est d'admettre que le droit de la sécurité nationale traverse un point de développement considérable. Ces constats nous orientent à aborder dans la prochaine partie de ce mémoire les retombés de ces mutations sur la structure démocratique du Canada. Ceci en se référant à la portée sociétale de la vie privée comme un indice révélateur des différents enjeux en cour.

Partie III : Le renforcement des principes démocratiques en matière de sécurité nationale : un enjeu fondamental au Canada

Le droit encadrant la sécurité nationale est en pleine évolution selon nos analyses primaires de la lutte contre le terrorisme. Ainsi la dynamique entre le pouvoir exécutif et judiciaire reste complexe à jauger. Toutefois il demeure pertinent de s'attarder sur l'état de la vie privée quant à la matérialisation du principe de la séparation des pouvoirs. Dans un premier temps nous démontrerons que la vie privée revêt un aspect sociétal dans son essence. Ensuite nous exposerons comment le pouvoir judiciaire peut être exposé à un risque d'instrumentalisation de la part de l'exécutif. Finalement nous relèverons que les organes de surveillance des agences de sécurité ont un rôle fondamental à jouer pour solidifier la démocratie canadienne au regard des mutations du droit de la sécurité nationale.

A. Vie privée et démocratie

La lutte contre le terrorisme influence la vie privée dans son aspect sociétal. En effet, la vie privée a aussi une portée sociale : « Paranoid and tyrannical regimes invariably employ privacy-invading methods as their guarantors of state control such as an omnipresent police force, the widespread use of informants, pervasive physical surveillance... »²⁵¹. La protection de la vie privée est un pilier fondamental des sociétés démocratiques et un point de distinction sur lequel une analyse comparative peut s'effectuer avec les autres modèles d'organisation sociale (monarchie, dictatures, empire, etc.). Notre questionnement pousse à se positionner sur la protection de la vie privée dans la démocratie canadienne dans un contexte de sécurité nationale.

Au-delà des inquiétudes normatives que nous avons relevées dans les chapitres précédents quant aux différents aspects de la vie privée, ce sont les failles démocratiques dans le cadre de la sécurité nationale qui continuent de nourrir profondément notre étonnement (au sens socratique du terme). Peut-on espérer un degré optimal de protection de la vie privée dans le système démocratique canadien au chapitre de la sécurité nationale ? Relevons que le déficit démocratique relié à l'adoption des mesures de lutte contre le terrorisme fait l'objet d'attention particulièrement

²⁵¹ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 12.

chez certains auteurs qui se penchent sur la question. À la suite de l'adoption des mesures de sécurité chez Passport Canada par exemple on peut lire : « Passport Canada's SOA status means that it operates with relatively little Parliamentary oversight beyond an annual report; as a consequence, there is relatively little involvement in decision making about the passport by either elected politicians or the citizens they represent »²⁵². Au-delà des inquiétudes liées au manque de transparence dans le travail des législateurs et du pouvoir exécutif, c'est l'ambiguïté liée, entre autres, au rôle du pouvoir judiciaire qui nous conduit à soutenir l'hypothèse que la vie privée ne jouit pas d'une protection effective dans le domaine de la sécurité nationale.

Avant d'apporter des éléments de réponses à notre questionnement, nous soutenons l'idée que la vie privée va au-delà de l'aspect individuel, car elle est porteuse de la valeur démocratique. La vie privée est intimement liée à la vie démocratique d'un pays. De prime abord, le droit constitutionnel de la vie privée peut se comprendre strictement dans sa dimension individualiste comme nous l'aborderons dans la prochaine partie de ce mémoire. Il est difficile de saisir la portée sociétale ou démocratique de la vie privée à la lecture de l'article 8 de la charte. D'autant plus que la Cour suprême a retenu essentiellement l'aspect territorial, physique et informationnel dans sa reconnaissance de la portée constitutionnelle de la vie privée.

Toutefois, le système juridique canadien intègre aussi cette portée sociétale de la vie privée. L'article 8 de la charte va au-delà d'une protection contre « les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ». « À l'instar de la Cour suprême des États-Unis, j'hésiterais à exclure que le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives protège d'autres droits que le droit à la vie privée, mais aux fins du présent pourvoi, je suis convaincu que la protection qu'il offre est au moins aussi étendue »²⁵³. En plus de cette réflexion du juge Dickson, nous nous référons au juge Laforest qui signalait que l'article 8 « doit recevoir une interprétation large et libérale, de manière à garantir au citoyen le droit d'être protégé contre les atteintes du gouvernement à ses attentes raisonnables en matière de vie privée »²⁵⁴ (nos soulignements). Dans ce passage, on peut y déceler ce mariage entre la dimension individualiste de la vie privée et sa

²⁵² Brenda McPHAIL, Christopher PARSONS, Karen Louise SMITH, Joseph FERENBOK et Andrew CLEMENT, « Identifying Canadians at the Border: ePassports and the 9/11 Legacy », (2012) 27-3 *Can. J. Law Soc.* 341-361, 348.

²⁵³ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7, par. 25.

²⁵⁴ *R. c. Dymont*, préc., note 64, par. 15.

portée sociétale. La structure démocratique de la société détermine le niveau de protection de la vie privée de l'individu et vice versa. Il y a une codétermination entre la structure sociétale et les interactions entre les agents (l'état et les individus qui forment la population). Ainsi,

« fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de la vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique »²⁵⁵.

Nous avons relevé la distinction entre la notion de la vie privée et celle du droit constitutionnel à la vie privée. Tout en reconnaissant que l'article 8 de la charte traduit plus amplement la dimension individuelle de la vie privée, nous pouvons noter logiquement que les juges Dickson et Laforest n'ont pas pu exclure complètement la valeur démocratique inhérente à la vie privée. En outre, la vie privée trouve aussi une part de son fondement constitutionnel dans les principes de justice fondamentale sous l'article 7 de la Charte²⁵⁶. Ces observations confortent notre position à se baser une fois de plus sur le professeur A.-R. Nadeau pour rappeler qu'« au Canada, en plus des articles 7 et 8, les articles 2, 6, 10, 13, 26, et l'alinéa 11 c) de la charte canadienne seraient aussi susceptibles de garantir le droit constitutionnel au respect de la vie privée »²⁵⁷. En nous penchant sur la dimension démocratique de la vie privée, nous sommes portés à nous interroger sur le degré de protection de la vie privée par rapport à la notion de séparation du pouvoir.

B. La séparation des pouvoirs et la lutte contre le terrorisme : un regard sur le pouvoir judiciaire

En matière de sécurité nationale, le pouvoir exécutif dispose de large pouvoir discrétionnaire qui trouve son origine, entre autres, dans ce que nous avons nommé comme étant la prérogative royale. De plus, l'exécutif dispose d'une expertise relative aux enjeux liés à la sécurité nationale dans des dossiers parfois inconnus des tribunaux. À la suite des événements du 11 septembre aux États-Unis, Lord Hoffman expose bien l'observation que l'on peut faire sur la prédominance du pouvoir exécutif :

²⁵⁵ *Id.*, par. 17.

²⁵⁶ *R. c. Mills*, préc., note 75.

²⁵⁷ A.-R. NADEAU, préc., note 61, p. 156.

« Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter »²⁵⁸.

On remarque que plusieurs facteurs concourent à soutenir la déférence judiciaire en matière de sécurité nationale. Tout en les prenant en compte, nous avons relevé parallèlement le rôle essentiel du pouvoir judiciaire. Dans les chapitres précédents, nous avons relevé la place fondamentale du pouvoir judiciaire dans le cadre de la lutte contre le terrorisme dans une dynamique préventive des attaques prônée par l'exécutif. Nous avons aussi mentionné brièvement que l'appareil judiciaire est en mutation par rapport à son rôle de garant du respect du droit constitutionnel à la vie privée protégé par la charte. Selon nos observations, l'interaction entre les deux entités (l'exécutif et le judiciaire) est au cœur (à juste titre) du déploiement des mesures de lutte contre le terrorisme. Cette interaction peut être de nature concurrentielle ou complémentaire ce qui laisse la place à une évolution difficile à analyser.

L'application de la procédure d'enquête ou d'investigation des tribunaux suivant l'art. 83.28 C.cr²⁵⁹ est riche en enseignement. Cette disposition soulevait essentiellement l'ambiguïté reliée au rôle du juge et de l'avocat de la couronne lorsque ces deux entités peuvent procéder à l'écoute d'un témoin à un procès à huis clos et en l'absence de la partie adverse. Conséquemment, la question est de savoir si une telle procédure marginale en apparence manifeste un contrôle judiciaire ou une illustration d'instrumentalisation de l'appareil judiciaire. Suivant les juges Iacobucci et Arbour :

« selon une interprétation large et téléologique, l'article 83.28 exige que le juge agisse « de façon judiciaire », conformément aux normes constitutionnelles et au rôle traditionnel que le pouvoir judiciaire joue en matière criminelle. En outre, la disposition confère au juge une grande latitude et un large **pouvoir discrétionnaire** en ce qui

²⁵⁸ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102, par. 33.

²⁵⁹ *Code criminel*, préc., note 94.

concerne l'établissement et la modification des modalités de l'ordonnance autorisant l'investigation et en ce qui concerne l'investigation subséquente »²⁶⁰. (Nos soulignements)

Au vu du fait que le législateur offre un certain pouvoir discrétionnaire au juge dans cette procédure, il serait difficile de soutenir l'idée d'un accord tacite entre les deux entités en ce qui a trait à l'application de l'article 83.28 du C. cr.

Par ailleurs, lorsqu'on observe l'affaire reliée à une demande de mandat en vertu de l'article 21 de la LSCRS, on relève quelques éléments qui témoignent de l'interaction constante entre l'exécutif et le judiciaire pouvant nourrir notre réflexion. Dénommé la clause visiteur, celle-ci autoriserait un employé du SCRS d'aller « au-delà des limites imposées dans la clause des endroits fréquentés et la clause omnibus et permettrait au service d'utiliser, en tout lieu, les pleins pouvoirs accordés dans le mandat contre les personnes de la catégorie suivante »²⁶¹. Relativement à cette problématique, le juge McGillis prend soin de rappeler les points importants soulevés par l'avocat : « en incluant une clause visiteur dans un mandat, le juge se trouverait à l'endosser à l'avance des décisions du service quant à l'utilisation éventuelle de certains pouvoirs d'enquête au cours de la durée du mandat »²⁶². Ensuite, le juge rappelle la distinction qui s'impose entre le pouvoir judiciaire et exécutif, ceci à travers le mécanisme de l'autorisation préalable afin de garantir les droits des particuliers. « Pour qu'un tel processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, la preuve offerte quant à la question de savoir si on a satisfait à ce critère »²⁶³.

Une fois qu'on admet la mutation en cour de l'appareil judiciaire, nous soutenons l'hypothèse que la vie privée ne pourrait jouir d'une réelle protection que si cette transformation suit une logique progressiste. C'est-à-dire que les juges désignés devraient continuer de développer leur expertise par rapport au terrorisme et adopter une posture plus proactive pour

²⁶⁰ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111, par. 89.

²⁶¹ a] Les personnes appartenant à une nationalité particulière; b] admises au Canada à titre de visiteurs; c] identifiées pertinemment dans les banques de données du Service comme étant des agents de renseignement; d] au sujet desquelles le directeur général de l'Antiterrorisme (ou une autre personne du même niveau) a des motifs raisonnables de croire qu'elles se livreront à l'espionnage (ou à toute autre activité constituant une menace) lorsqu'elles seront au Canada *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, [1997] 1 R.C.F. 420 (C.F.).

²⁶² *Id.*

²⁶³ *Id.*

faire respecter la primauté du droit²⁶⁴ dans des cas relevant de la sécurité nationale afin de garantir la protection des droits fondamentaux. C'est dans cet ordre d'idée que nous nous pencherons sur les enjeux reliés au risque d'instrumentalisation de la justice (1) et la nécessité d'une remise en question permanente du rôle des tribunaux (2).

1) La sécurité nationale et les risques d'instrumentalisation de la justice

a) Le pouvoir exécutif et judiciaire : un duo dynamique

Depuis les origines de sa création, la distinction entre le service de renseignement (SCRS) et le service de police (GRC) était un des éléments fondamentaux dans l'établissement du SCRS²⁶⁵. Les agents du SCRS ne sont pas des agents de paix, mais la conduite de leurs activités les amène à utiliser des techniques intrusives à la vie privée des citoyens²⁶⁶. L'article 21 de la Loi sur le SCRS²⁶⁷ vient s'assurer de la légalité du recours à des techniques intrusives dans la vie des Canadiens. « L'article 21 s'applique lorsque les méthodes traditionnelles sont insuffisantes pour faire progresser une enquête et qu'il est nécessaire de recourir à des méthodes intrusives ». Le paragraphe 2 de l'article 21 définit le contenu des demandes de mandats²⁶⁸. Il appartient au juge de s'assurer que le SCRS agit en fonction du cadre retenu par le législateur. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour établir les balises nécessaires à la légalité des actions du SCRS. Bien entendu, l'insertion de ce contrôle judiciaire ne vise pas à légitimer l'action du service. À tout le moins, il serait difficile de soutenir l'hypothèse contraire surtout lorsqu'on se fie aux juges Iacobucci et Arbour par rapport à l'importance d'accorder un pouvoir discrétionnaire aux juges dans le processus d'évaluation du respect de l'article 21 (2)²⁶⁹. Il est à noter que le juge a la capacité d'ajouter des conditions à l'exécution des mandats. Dans l'affaire X (Re) 2016 le juge avait rejeté la condition 2 portant sur la destruction des « renseignements » collectés²⁷⁰ et plus

²⁶⁴ *Carey c. Ontario*, préc., note 248, par. 24-36; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, préc., note 144.

²⁶⁵ M. MONTIGNY et Y. de MONTIGNY, préc., note 238, p. 16.

²⁶⁶ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À MAHER ARAR, préc., note 181, p. 341.

²⁶⁷ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141.

²⁶⁸ *Id.*, art. 21 (2).

²⁶⁹ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111.

²⁷⁰ « Le SCRS propose de supprimer la condition 2 puisque les informations recueillies en vertu de ce type de mandat ne visent que la cible. Le SCRS soutient qu'il n'est pas nécessaire d'effectuer un examen après la collecte d'informations étant donné que, dans le cadre de la demande de mandat, un juge désigné a déjà établi si les dossiers demandés sont utiles pour faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada (...) je suis d'accord avec l'idée derrière cette proposition, mais je ne modifierai pas la condition. Une telle modification n'est acceptable que

loin dans la décision on peut lire : « étant donné qu’aucune condition ne porte sur la collecte en vertu de l’article 2 du mandat sur XXX. Le SCRS propose qu’une nouvelle condition 3 soit ajoutée pour tenir compte du fait qu’un examen doit être effectué après une collecte en vertu d’un mandat sur XXX. Je suis d’accord avec cette proposition »²⁷¹. Ceci démontre l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire permettant au juge d’émettre, de modifier et de supprimer des conditions reliées à l’émission d’un mandat.

Néanmoins, les professeurs K. Roach et C. Forcese restent dubitatifs sur le réel pouvoir du juge dans l’exercice du contrôle judiciaire en ce qui a trait aux activités des agences intervenantes dans le cadre de la lutte contre le terrorisme²⁷². Comme nous le verrons par rapport au programme CADO, il y a des situations où la collecte de renseignements personnels échappe au contrôle judiciaire²⁷³. De plus, « the specially designated judges on the federal Court are in a difficult position. The need to be aware of and educated about common issues that confront CSIS...Judges must also make efforts to co-ordinate rulings to ensure consistency. Presumably, to address these issues, the court has held closed-door special sittings- that is, a sitting of a panel of judges – in exceptional circumstances »²⁷⁴.

D’une part, l’apparence d’indépendance et d’impartialité nécessaire à l’administration de la justice fait défaut dans l’administration de la justice par rapport aux demandes de mandats du SCRS surtout au regard du rôle fondamental que les tribunaux doivent jouer. D’autre part, le travail des juges repose grandement sur l’obligation de bonne foi qui s’impose au SCRS lors des demandes de mandats. Lorsqu’on comprend que l’État est un élément qui participe à la définition du terrorisme, on conçoit aisément qu’il puisse manquer sciemment ou non à cette obligation de bonne foi. La cour mentionne que :

tant et aussi longtemps que les informations recueillies portent toujours directement sur la cible. Cependant, si lors de la simple exécution d’un mandat, des informations susceptibles de ne pas se rapporter à la cible sont recueillies, un examen demeurera nécessaire pour s’assurer que ce n’est pas le cas. Par conséquent, compte tenu de cette préoccupation, je ne supprimerai pas la condition 2, qui demeurera la même. » *X (Re)*, 2016 C.F. 1105, par. 236-237.

²⁷¹ *X (Re)*, 2013 C.F. 1275, par. 238.

²⁷² Craig FORCESE et Kent ROACH, *False Security*, Toronto, CA, Irwin Law, 2015, p. 383-384.

²⁷³ « Le CADO est un programme efficace qui traite les métadonnées et les transforme en un produit comportant des détails par ailleurs impossibles à obtenir par le simple examen des chiffres en eux-mêmes (...) Le produit final c’est-à-dire le renseignement, donne un portrait précis et intime de la vie et de l’environnement des personnes sur lesquelles le SCRS enquête » *X (Re)*, préc., note 271.

²⁷⁴ C. FORCESE et K. ROACH, préc., note 272, p. 386.

« les mandats décernés par les juges désignés ont des conséquences directes sur les activités du SCRS et sur les informations susceptibles d'être recueillies et conservées. Compte tenu de sa position unique en tant que demandeur et seule source de preuve devant la Cour, le SCRS a la lourde obligation de s'assurer que les juges désignés peuvent pleinement remplir leur rôle. La réponse du SCRS à la recommandation du CSARS démontre un manque de compréhension et de respect inquiétant à l'égard des responsabilités d'une partie bénéficiant du privilège de comparaitre ex parte. S'il limite indûment la communication d'informations dont la Cour a besoin pour rendre de bonnes décisions, le SCRS peut alors être considéré comme un organisme qui manipule le processus décisionnel judiciaire »²⁷⁵.

En outre, une fois que le mandat est lancé aucune disposition légale ne permet au juge de suivre le respect des mandats malgré le fait que la procédure d'obtention de mandat dans le cadre d'une enquête relative à la sécurité nationale satisfait des critères moins contraignants comparativement à une demande de mandat pour un crime plus courant²⁷⁶. « While police wiretap surveillance authorizations under Part VI of the Criminal Code must be disclosed to the target after a passage of time, CSIS warrants are never disclosed. CSIS warrants remain secret and mistakes in them or in their execution are discovered, and if they are discovered, even more rarely publicly reported »²⁷⁷. Il convient de remarquer qu'à la suite de ce constat, les juges essayeront de combler cette faille à travers leur créativité ou activisme grâce au pouvoir discrétionnaire dont il dispose. Par exemple, les juges seront portés à émettre des mandats de courte durée ce qui conduira le SCRS à revenir auprès du juge pour leur renouvellement conformément aux articles 22 et 22.1 de la LSCRS²⁷⁸.

b) La divulgation : secret d'État ou intérêt du public

La mise en place des politiques de sécurité nationale s'inscrit dans le respect de la primauté du droit constitutionnel. Notons que le secret d'État s'illustre à travers plusieurs outils législatifs comme la *loi sur la preuve au Canada*²⁷⁹, la *loi sur la protection des renseignements personnels*²⁸⁰, la *loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*²⁸¹. En général, l'interaction

²⁷⁵ *X (Re)*, préc., note 271, par. 100.

²⁷⁶ C. FORCESE et K. ROACH, préc., note 272, p. 390; J. William GALBRAITH, « Perspectives d'un surveillant d'une agence de renseignement », dans Karim BENYEKHLEF et Esther MITJANS PERELLO (dir.), *Circulation internationale de l'information et sécurité*, Montréal, Éditions Thémis, 2012 à la page 41.

²⁷⁷ C. FORCESE et K. ROACH, préc., note 272, p. 390.

²⁷⁸ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141; M. MONTIGNY et Y. de MONTIGNY, préc., note 238, p. 26.

²⁷⁹ *Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 250.

²⁸⁰ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 189.

entre les instances juridiques et exécutives relève du domaine public avec un droit de regard des gouvernés. La publication des débats publics constitue un enjeu particulier en matière de sécurité nationale, car celle-ci répond à quelques exceptions compte tenu de la nature des renseignements qui y sont véhiculés. On distingue des éléments comme « les fichiers inconsultables »²⁸² ou « les renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables »²⁸³ dont le gouvernement a tendance à limiter leur consultation même dans les procédures pénales. Par exemple, nous pouvons observer l'enjeu entourant la divulgation des renseignements sensibles précédemment à la mise en place d'une enquête des services des renseignements ou dans la conduite d'un procès ou dans une enquête judiciaire. Cet enjeu s'illustre à travers la notion du secret c'est-à-dire que certaines procédures judiciaires se déroulent *ex parte*²⁸⁴, à huis clos²⁸⁵ ou en exclusion d'une partie prenante à une affaire en cour.

À première vue, le secret est une notion incompatible avec la démocratie où l'exécutif doit rendre des comptes aux gouvernés. En matière pénale, les tribunaux doivent s'assurer du respect des principes de justice fondamentale. Cependant, l'intérêt de l'État à protéger les renseignements sensibles en les retirant des débats publics concourt aussi au respect de la constitution. Hier, la simple invocation du secret d'État empêchait le juge de jauger de la légalité des prétentions du gouvernement. L'évolution dans le droit de la sécurité nationale permet de plus en plus au juge d'être proactif en évaluant l'ensemble des dossiers qui lui sont présentés. On peut lire dans l'arrêt Carey :

« La chambre a catégoriquement refusé de reconnaître à la déclaration du ministre un caractère déterminant et concluant. C'est aux tribunaux qu'il appartenait de déterminer l'importance relative à attribuer à l'intérêt qu'a le public à ce que la justice soit bien administrée et l'intérêt à ce que la communication de certains documents ou d'autres éléments de preuves soient refusés. Il faut bien entendu accorder aux opinions du ministre le respect requis, particulièrement lorsqu'il s'oppose à la production de documents en raison de leur teneur ou que les raisons évoquées par lui reposent sur des considérations que les tribunaux ne sont pas en mesure d'apprécier adéquatement. Toutefois, tel est rarement le cas de documents faisant partie d'une catégorie quelconque »²⁸⁶.

²⁸¹ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, (2018) L.C. 2001, ch. 27.

²⁸² *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 189, art. 18 (1).

²⁸³ *Loi sur l'accès à l'information*, préc., note 142, art. 15 (1).

²⁸⁴ *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 25 (C.S.C.); *Re Attorney-General of Manitoba et al. and National Energy Board et al.*, 1974 C.F.

²⁸⁵ *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, préc., note 284, par. 28.

²⁸⁶ *Carey c. Ontario*, préc., note 248, par. 36.

À partir de là, l'un des enjeux fondamentaux est l'encadrement du pouvoir discrétionnaire accordé au juge dans l'exercice du contrôle judiciaire relativement aux affaires liées à la sécurité nationale. Dans un contexte de révision judiciaire, par exemple, la déférence judiciaire se traduit par le biais de la prise en compte de plusieurs facteurs dans la délibération du juge. Lorsqu'il est confronté à l'intérêt du public à la divulgation ou à la non-divulgation, « les facteurs qui permettront d'en faire la détermination varieront d'une affaire à une autre »²⁸⁷. La cour d'appel fédérale dans *Ribic* dresse une grille pour accompagner les juges :

Premièrement, il faudrait que l'exécutif prétende à soustraire des renseignements à la connaissance du public sous l'argument du secret d'État. Ensuite, il appartient au juge d'établir si les renseignements dont on demande la divulgation sont pertinents pour l'instance dans laquelle on veut les utiliser. Ici, le juge se questionne si le renseignement pourrait être raisonnablement utile pour la défense²⁸⁸. Selon nous, dans une situation de demande de mandat, on peut soutenir que le juge devrait avoir la capacité de recourir aux ressources nécessaires (convocation du directeur du SCRS, les amici curiae, etc.) pour évaluer s'il n'existe pas d'autres moyens moins préjudiciables au droit à la vie privée d'un suspect ou d'une « personne d'intérêt » avant d'autoriser des moyens d'enquêtes qui y seraient préjudiciables. Si lors d'un procès le fardeau de la preuve par rapport à l'utilité de la divulgation des renseignements repose sur la défense, dans une situation de demande de mandat c'est le juge qui porte ce rôle. Donc l'indépendance et l'impartialité du juge vont avoir un rôle fondamental ici. De plus, la délégation de pouvoir au juge pour qu'il puisse exercer ce rôle adéquatement devra retenir l'attention particulière du législateur.

Deuxièmement, le juge doit se demander si la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale²⁸⁹ dans la mesure du possible tout en tenant compte du statut privilégié dont dispose le pouvoir exécutif dans la définition de ce que représenterait la sécurité nationale. Il faut préciser que le procureur de la couronne devra apporter une attention particulière à cette étape et le juge devra jauger de son argumentaire en toute déférence relativement aux conclusions qu'il en tirerait. Dans *Suresh*, on peut lire : « nous estimons que l'application d'une norme caractérisée

²⁸⁷ M. MONTIGNY et Y. de MONTIGNY, préc., note 238, p. 54-55.

²⁸⁸ *Canada (Procureur général) c. Ribic*, préc., note 144, par. 17.

²⁸⁹ *Id.*, par. 18.

par la retenue n'empêche pas l'examen exhaustif de toutes les questions liées aux droits de la personne, à condition que des garanties procédurales adéquates existent et que la mesure d'expulsion satisfasse aux exigences constitutionnelles prévues par la charte »²⁹⁰.

Troisièmement, si le juge conclut au caractère préjudiciable des renseignements, il devra jauger des intérêts favorables à leur divulgation ou à leurs restrictions en fonction de certains facteurs. Ces facteurs regroupent entre autres : la nature de l'intérêt public qu'on tente à protéger par le secret (si c'est pour l'obtention d'un mandat, on peut penser à la nature du droit à la vie privée qui sera affectée); l'admissibilité des documents; l'utilité et la valeur probante des renseignements qu'il contient; la gravité de l'accusation ou des questions soulevées dans les procédures sous-jacentes; le fait que les renseignements sont déjà connus du public ; la nature des intérêts supérieurs en jeu par exemple la violation de la charte²⁹¹, etc.

En somme, le secret d'État présente des enjeux complexes tout en constituant un indice sur lequel nous pouvons porter nos regards pour apprécier les mutations juridiques en matière de sécurité nationale.

c) Le certificat de sécurité : l'évolution du rôle des juges

C'est une mesure sécuritaire visant à combattre le terrorisme par l'expulsion des non-citoyens, dont le gouvernement a des motifs que ces derniers représentent une menace pour la sécurité du Canada. L'article 77(1) de la *loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* stipule que « le ministre [de la Sécurité publique et de la Protection civile] et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration signent et déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisé »²⁹². Cet outil administratif de lutte contre le terrorisme n'est pas nouveau dans le paysage juridique canadien. Il a fait son apparence en 1988 et a connu beaucoup d'évolution quant au rôle des juges dans le

²⁹⁰ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 102, par. 32.

²⁹¹ *Canada (Procureur général) c. Telbani*, préc., note 29, par. 78; M. MONTIGNY et Y. de MONTIGNY, préc., note 238, p. 55.

²⁹² *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, préc., note 281, art. 77 (1).

processus du contrôle judiciaire. Au regard des arrêts *Singh(re)*²⁹³ et *harkat*²⁹⁴, on remarque que dans le premier cas, le juge Cullen manifeste la déférence traditionnelle que l'on a pu observer par le passé en matière de sécurité nationale. Celui-ci soutenait qu'en ce qui a trait au rôle du juge par rapport à la divulgation de renseignement sensible par exemple, il devrait se prononcer exclusivement sur le caractère rationnel des arguments avancés par le pouvoir exécutif pour interdire la divulgation. Alors que dans l'arrêt *Harkat*, la juge Dawson va plus loin en convoquant d'abord les ministres pour établir les possibilités d'encadrement advenant la nécessité de divulguer des renseignements sensibles. De plus, elle dissèque la nature des renseignements sensibles qui rencontre l'intérêt du public à la non-divulgation²⁹⁵.

L'arrêt *Charkaoui*²⁹⁶ est particulièrement révélateur de nos hypothèses dans la mesure où le juge en chef McLachlin sort de sa déférence en concluant pour la première fois que le certificat de sécurité contrevenait à certains égards à l'article 7 de la charte. À la suite d'une saga judiciaire sur la demande de certificat de sécurité à l'encontre de Mr Adil Charkaoui, la Cour suprême va au-delà de la retenue en relevant les manquements au régime du certificat. La cour soutient que le juge est appelé à jouer plusieurs rôles dont trois défis principaux : établir le caractère raisonnable du certificat en « insistant sur l'examen minutieux des faits en donnant instruction au juge de rendre sa décision compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose »²⁹⁷; veiller à agir et projeter un contrôle judiciaire impartial et indépendant dans le sens où ses tâches inquisitoires ne conduisent pas à remettre en cause son rôle d'arbitre ou « le volet judiciaire de ses tâches »²⁹⁸; rester vigilant quant au fait qu'« un juge tenu d'assumer le rôle de la « défense » en l'absence d'un avocat pourrait devenir inconsciemment associé à ce camp²⁹⁹.

À la suite de cet activisme juridique, le régime de certificat de sécurité connaîtra une évolution majeure dans la mesure où l'insertion de « l'avocat spécial »³⁰⁰ dans le processus vient altérer le manque d'équité procédurale qui a perduré depuis 1988. L'article 85.1 (1) de la LIPR

²⁹³ M. MONTIGNY et Y. de MONTIGNY, préc., note 238, p. 70.

²⁹⁴ *Harkat*, 2005 C.F. 393.

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, préc., note 177.

²⁹⁷ *Id.*, par. 39.

²⁹⁸ *Id.*, par. 44.

²⁹⁹ *Id.*, par. 45.

³⁰⁰ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, préc., note 281, art. 85.

stipule que « l'avocat spécial a pour rôle de défendre les intérêts du résident permanent ou de l'étranger lors de toute audience tenue à huis clos et en l'absence de celui-ci et de son conseil dans le cadre de toute instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2 »³⁰¹. Sur l'aspect procédural, en ce qui concerne la divulgation de renseignement préjudiciable, l'avocat spécial pourra y avoir accès. Cela permet de tendre vers une meilleure équité des procédures conformément au principe de justice fondamental. Le juge s'accorde avec les appelants pour soutenir que « les efforts du juge, aussi consciencieux soient – ils, ne constituent pas un substitut valable à la participation éclairée »³⁰². Les responsabilités et pouvoir de l'avocat spécial lui permettent de participer à l'examen des renseignements que le pouvoir exécutif juge leurs divulgations préjudiciables. De plus, il soutient le juge en présentant des observations ou les contestations qu'il estime pertinent. Il faut noter qu'il n'est pas une partie prenante et qu'il ne représente pas l'intéressé ce qui permet, effectivement, de respecter la confidentialité des renseignements sensibles et d'épauler suffisamment le juge dans son travail³⁰³.

2) La nécessité d'une remise en question permanente du rôle des tribunaux

a) L'équité procédurale au regard de article 51 de la loi sur la protection des renseignements personnels :

S'il est admis en règle générale que toute personne dispose d'un recours judiciaire quant à la possibilité de consulter les renseignements personnels dont le pouvoir exécutif disposerait sur elle, l'article 51 de la LPRP³⁰⁴ introduit une procédure particulière lorsqu'il s'agit d'avoir accès à un fichier inconsultable. D'une part les auditions quant au fait de donner accès à ces fichiers se déroulent à huis clos et d'autre part « le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie »³⁰⁵. À première vue, cette procédure tend à remettre en doute l'indépendance et l'impartialité du juge qui serait impliqué dans ce processus. De plus, on pourrait y déceler une entorse à l'équité procédurale, ce qui porterait atteinte au droit à la vie

³⁰¹ *Id.*, art. 85.1.

³⁰² *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, préc., note 177, par. 62.

³⁰³ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, préc., note 281, art. 85.5.

³⁰⁴ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 189, art. 51.

³⁰⁵ *Id.*, art. 51 (3).

privée. Ceci a été analysé dans l'arrêt *Ruby*³⁰⁶ et nous retenons essentiellement le rôle accru que le juge peut jouer dans cette procédure.

En effet, les avocats de Ruby ne contestent pas le fait que les questions reliées à la sécurité nationale peuvent donner lieu à des procédures spéciales toutefois,

« l'appelant souligne que c'est le caractère impératif du par. 51(3) qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale. En raison, du caractère impératif de ces dispositions, le tribunal est privé du pouvoir discrétionnaire de décider quels renseignements devraient être communiqués au demandeur pour lui permettre de contester effectivement le refus de l'institution fédérale et la légitimité de l'exception invoquée par cette dernière »³⁰⁷.

Nul été l'interprétation qu'a fait la cour de l'article 46 de la LPRP³⁰⁸, nous serions porté à soutenir les arguments de l'appelant. D'une part, les questions de sécurité nationale portent en elles une logique d'exception dans le système juridique canadien. En général, le droit d'accès à l'information est un principe fondamental protégé par le droit constitutionnel à la vie privée. Le caractère exceptionnel de la sécurité nationale conduit la cour, de prime abord, à jauger les prétentions étatique à l'abris du public tout en s'assurant de la confidentialité des fichiers inconsultables. D'autre part, à travers l'article 46, le juge ne perd pas son pouvoir discrétionnaire pour garantir l'équité procédurale dans la procédure exceptionnelle introduite par l'article 51. En fait, l'aspect impératif qu'impose le législateur au juge à travers l'article 51 n'est qu'une sécurisation juridique d'une pratique courante des juges désignés dans les affaires reliées à la sécurité nationale

« à l'instar de madame le juge Simpson et de la Cour d'appel fédérale, j'estime que si la procédure établie à l'art. 51 était discrétionnaire plutôt qu'impérative, il est à peu près certain que le tribunal de révision exercerait son pouvoir discrétionnaire de tenir l'audience à huis clos et d'entendre des arguments en l'absence de l'autre partie dans tous les cas où l'État établit que les renseignements dont la communication est refusée sont des

³⁰⁶ *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, préc., note 284.

³⁰⁷ *Id.*, par. 34.

³⁰⁸ «Lorsque, en application de l'art. 46, le tribunal exerce son pouvoir discrétionnaire d'entendre des arguments en l'absence d'une partie, notamment par l'examen d'un affidavit confidentiel, il n'est pas tenu de remettre un résumé judiciaire au demandeur. En aucun cas la Loi sur la protection des renseignements personnels n'oblige le tribunal à établir un résumé de la preuve. L'appelant n'a pas contesté le pouvoir discrétionnaire que l'art. 46 accorde au tribunal d'entendre des arguments en l'absence d'une partie. La solution de rechange aux dispositions impératives de l'art. 51 touchant la tenue d'audiences à huis clos et ex parte résiderait donc dans le pouvoir discrétionnaire que l'art. 46 reconnaît au tribunal d'ordonner le huis clos ou d'entendre des arguments en l'absence d'une partie» *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 189, art. 46; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, préc., note 284, par. 35.

renseignements confidentiels de source étrangère ou des renseignements touchant à la sécurité nationale »³⁰⁹.

Il faut se rappeler qu'au lieu de soustraire d'emblée les renseignements dits sensibles à la connaissance de la cour, l'application des articles 46 et 51 de la LPRP permet à la cour d'être proactive dans l'examen des prétentions de l'État.

Tout compte fait, l'évolution transformative du paysage juridique canadien en matière de sécurité nationale s'illustre à travers le rôle de la cour et la remise en cause de la retenue quasi absolue des juges désignés sur les enjeux de sécurité nationale comme le terrorisme. Cependant, nous pouvons constater que cette évolution s'opère à travers un mouvement parfois conflictuel entre le pouvoir judiciaire et exécutif. Cela pourrait mener à affaiblir le pouvoir judiciaire dans certaines circonstances et de ce fait porter atteinte à une protection effective de la vie privée sociétale et individuelle dans son interaction avec le pouvoir exécutif.

Suivant ces observations, pouvons-nous soutenir qu'en réalité, l'évolution que nous avons mentionnée n'est qu'une reconfiguration de l'exercice du pouvoir exécutif au détriment de la protection de la vie privée avec au passage, une instrumentalisation du pouvoir judiciaire ?

b) L'investigation judiciaire aux termes de l'article 83.28 du code criminel

Si la Cour suprême a conclu à la constitutionnalité de l'article 83.28 du C.cr, il demeure que le travail des juges reste encore délicat à effectuer, en règle générale. Le contexte de la lutte contre le terrorisme impose aux juges d'adopter une vigilance dans l'interprétation des dispositions et dans leur approche proactive dans le traitement des affaires reliées au terrorisme. Le juge Binnie dans sa dissidence s'accordait avec ses collègues pour conclure à la constitutionnalité tout en relevant l'hypothèse d'un abus de procédure de la part du pouvoir public³¹⁰. Rappelons que nous avons noté dans la partie (I) que l'État ne constituait pas un acteur neutre dans ce que représente le terrorisme et qu'il a une tendance à exagérer les risques des menaces potentielles. Au prochain chapitre, nous relèverons qu'il serait délicat de compter

³⁰⁹ *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, préc., note 284, par. 49.

³¹⁰ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111.

essentiellement sur la bonne foi des services de renseignements dans l'accomplissement de leur mission même si théoriquement ils sont appelés à respecter les textes législatifs.

Selon le juge Binnie, « même si l'art 83.28 permet de présenter une demande sans donner de préavis, rien n'oblige à procéder de cette façon et, compte tenu des liens qui existent entre la demande fondée sur l'art 83.28 et le procès Air India, j'estime qu'il aurait convenu en l'espèce, que le ministère public avise les avocats de MM. Malik et Bagri »³¹¹. Cette remarque du juge traduit ce que nous considérons comme l'activisme des juges dans la mesure où elle prend en compte le risque d'instrumentalisation de l'appareil judiciaire. Ici, le juge Binnie soutient :

« mes collègues estiment que, “dans ce contexte d'enquête, le rôle du pouvoir judiciaire est de refréner les excès de l'État” (par 86), mais il reste, selon moi, qu'au vu des faits particuliers de la présente affaire l'ordonnance fondée sur l'art. 83.28 constituait elle-même un “excès de l'État”. En ce qui concerne MM. Malik et Bagri, la présence du juge qui préside l'interrogatoire contribue à augmenter le risque de coercition auquel ils sont exposés et à renforcer la position de la poursuite. Selon les faits de la présente affaire, la stratégie de prétoire du ministère public, ayant consisté à recourir à l'art. 83.28 pour s'occuper d'un témoin peu coopératif au procès Air India en cours, constitue un abus du rôle que doit jouer le pouvoir judiciaire »³¹².

Ainsi, la tendance de l'exécutif dans l'évolution juridique est de continuer à conforter leur position dominante dans les affaires relevant de la sécurité nationale. À ce niveau de nos observations, nous ne pouvons pas conforter une hypothèse concluante qui présumerait à une tendance réfractaire du pouvoir exécutif à interioriser la mutation en cours. Mais nous pouvons déjà y déceler des réticences qui s'illustrent par des tentatives d'instrumentalisation du pouvoir judiciaire. Par exemple, dans l'analyse des juges de la majorité, nous déplorons le fait que ceux-ci n'aient pas accordé assez d'importance au contexte de lutte contre le terrorisme à travers lequel ils auraient pu jauger si la cour fait l'objet d'une instrumentalisation du législateur ou du pouvoir exécutif.

³¹¹ *Id.*, par. 132.

³¹² *Id.*, par. 140.

c) Le risque de subordination du pouvoir judiciaire en matière de sécurité nationale

Si le risque d'instrumentalisation est observable, cela conduit à remettre en cause certains concepts démocratiques auxquels la cour fait référence pour argumenter sa déférence. Dans un contexte de lutte contre le terrorisme, est-ce que la cour s'inscrit toujours dans une posture proactive pour s'assurer de manière effective le respect de la constitution? L'affaire Omar Khadr est riche en enseignement sur ce point. Brièvement, Omar Kadhr était un jeune homme canadien de quinze ans qui a fait l'objet d'une arrestation lors d'une intervention militaire de l'armée américaine en Afghanistan. Il était accusé entre autres de meurtre de soldat américain, de soutien à une organisation terroriste et il a été détenu pendant plusieurs années à Guantanamo où il a subi des traitements dégradants. À la suite de l'implication des agents du SCRS dans la violation des droits d'Omar kadhr la cour conclut *a contrario* de la position du pouvoir public à l'application de la charte canadienne dans la mesure où ces agents ont enfreint le droit international.

« Nous concluons que les principes du droit international et de la courtoisie entre les nations qui, dans d'autres circonstances, pourraient soustraire à l'application de la charte les actes des responsables canadiens en mission à l'étranger ne s'appliquent pas à l'assistance fournie en l'espèce aux autorités américaines à Guantanamo. Vu les conclusions de la Cour suprême des États-Unis, le souci de courtoisie manifesté dans l'arrêt *Hape* et qui justifie normalement le respect de la loi étrangère ne s'applique aucunement en l'espèce »³¹³.

Ensuite, le juge O'reilly soutiendra dans l'arrêt de 2009 que :

« Je conclus que le gouvernement du Canada est tenu par l'article 7 de la Charte de demander le rapatriement de M. Khadr au Canada afin de se conformer à un principe de justice fondamentale, soit l'obligation de protéger les personnes se trouvant dans la même situation que celle de M. Khadr, et ce, en prenant des mesures pour veiller au respect de leurs droits fondamentaux, lesquels sont énoncés dans des instruments internationaux largement reconnus, tels que la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Les défenseurs n'ont invoqué aucun argument permettant de conclure que l'atteinte aux droits de M. Khadr était justifiée au regard de l'article premier de la Charte. Le refus constant du Canada de solliciter le rapatriement de M. Khadr est contraire à un principe de justice fondamentale et porte atteinte aux droits que l'article 7 de la Charte lui garantit. Pour atténuer l'effet de cette atteinte, le Canada doit demander le plus tôt possible aux États-Unis de rapatrier M. Khadr »³¹⁴. (Nos soulignements)

³¹³ *Canada (Justice) c. Khadr*, [2008] 2 R.C.S. 125, par. 26 (C.S.C.).

³¹⁴ *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, [2009] 1 R.C.F. 34, par. 91-92 (C.F.).

Alors que cette conclusion sera réitérée en appel par les juges Evans et Sharlaw, la Cour suprême affirmera que le Canada aurait violé les droits de Kadhr à l'article 7 de la charte. Mais, que l'exigence d'un rapatriement de Kadhr ne respecterait pas la prérogative royale et surtout le principe de séparation des pouvoirs. « Nous concluons que la réparation appropriée consiste... à laisser au gouvernement le soin de décider de quelle manière il convient de répondre au présent arrêt à la lumière de l'information dont il dispose actuellement et de sa responsabilité en matière d'affaires étrangères, et ce en conformité avec la charte »³¹⁵. (Nos soulignements) À ce propos, nous avançons l'hypothèse que cette retenue judiciaire est inadaptée lorsqu'on la replace dans le contexte de la lutte contre le terrorisme. Ceci au fait que la cour est appelée à jouer un rôle proactif conformément à la charte surtout en matière de sécurité nationale. Tout en respectant le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif, le refus ou les raisons de l'incapacité du rapatriement de Khadr aurait dû faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Sachant que le premier ministre avait soutenu en réponse à la décision du juge Mosley qu'il n'envisageait aucune mesure de rapatriement si ce n'est qu'un effort pour améliorer le traitement de Kadhr, il est difficile d'en arriver à une retenue judiciaire par la Cour suprême comparativement à une approche nettement plus active qu'elle aurait pu adopter conformément au respect de la prérogative royale et du principe de la séparation des pouvoirs.

« Le 10 juillet 2008, après la publication de la décision du juge Mosley dont il est question ci-dessus, ainsi que des informations concernant la participation canadienne aux techniques de privation du sommeil imposées à M. Khadr, un journaliste a demandé au premier ministre Stephen Harper s'il allait demander que M. Khadr soit rapatrié au Canada. Le premier ministre a répondu : [TRADUCTION] «La réponse est non, comme je l'ai dit l'ancien gouvernement, dans notre gouvernement avec la notification du ministre de la Justice, avait pris en considération toutes ces questions et la situation reste la même [...] [N]ous continuons de chercher des [promesses] de bon traitement de M. Khadr »³¹⁶.

Dans cette saga judiciaire nous nous questionnons sur un enjeu spécifique qui ressort dans à savoir si : « le déni de justice par entêtement idéologique » n'aurait pas eu raison des conclusions de la Cour suprême dans cette affaire³¹⁷ ?

³¹⁵ *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 39 (C.S.C.).

³¹⁶ *Khadr c. Canada (Premier ministre)*, préc., note 314, par. 36.

³¹⁷ Frédéric BERARD, *La fin de l'État de droit?: essai*, Montréal, XYZ éditeur, 2014, p. 28.

C. La surveillance des agences de sécurité : le cas du SCRS

La protection de la vie privée ne relève pas exclusivement de la vigilance ou de l'activisme des juges désignés. C'est à juste titre que dans l'affaire *Demande fondée sur l'art. 82.28 du C.cr*, la juge McLachlin souligne que le pouvoir exécutif /ministère public est présumé d'agir suivant la primauté du droit³¹⁸. Nous pouvons lire dans *X (Re) 2016* que le pouvoir exécutif, plus précisément le SCRS a une obligation de bonne foi dans la conduite de ses activités³¹⁹. Néanmoins, lorsqu'on observe l'action étatique dans la lutte contre le terrorisme il faut relativiser cette présomption de bonne foi. Dans le préambule de la nouvelle loi antiterroriste on peut lire :

« Que la protection du Canada et de sa population contre les activités portant atteinte à la sécurité du Canada excède souvent le mandat ou les capacités d'une seule institution fédérale...et que la communication d'information à l'égard de telles activités doit s'effectuer d'une manière conforme à la Charte canadienne des droits et libertés et à la protection de la vie privée »³²⁰.

Toutefois, aucune disposition de la loi ne vient renforcer la LPRP de manière à la rendre effective relativement aux nouvelles mesures de sécurité. Dans ce contexte, nous soutenons l'hypothèse selon laquelle, une protection optimale de la vie privée passe nécessairement par un rôle prépondérant des institutions chargées de surveiller l'action des agences gouvernementales qui interviennent dans la lutte contre le terrorisme. Il faut relever que ce n'est pas tous les cas d'abus ou de manquement à la norme qui bénéficie d'un contrôle judiciaire. Les articles 5 à 8 de la *loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada* donneraient lieu à une importante circulation d'information entre les agences gouvernementales sans pour autant que ces informations puissent être pertinentes a priori pour protéger la sécurité nationale. Une telle situation fragilise la vie privée et la sécurité du pays.

³¹⁸ 17/05/2020 20:12:00

³¹⁹ *X (Re)*, préc., note 271.

³²⁰ *Loi antiterroriste (2015)*, préc., note 107.

1) Le comité de surveillance des activités du SCRS

Si les articles 12 et 21 de la LSCRS³²¹ permettent d'encadrer la collecte de renseignement ayant trait à la sécurité nationale, l'art. 5 de la *loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*³²² diminue potentiellement les balises contenues dans la LSCRS. Ceci dans la mesure où le service peut se retrouver en possession d'informations qu'ils n'auraient pas forcément pu avoir selon les dispositions de la LSCRS. Notons que le terrorisme est un phénomène qui ne cesse d'évoluer avec l'intégration des nouvelles technologies, les crises politiques et socioéconomiques s'accompagnant des crises identitaires, etc. Dans la même veine, les mesures de sécurité du SCRS ne cessent de s'accroître afin de répondre à l'évolution des menaces par exemple la surveillance des activités des Canadiens. « La surveillance de la population générale s'intensifiant au rythme des percées technologiques et de l'apparition de nouveaux outils, il est désormais possible d'effectuer des collectes de données à des échelles beaucoup plus grandes. Par exemple, les systèmes de télévision en circuit fermé sont maintenant omniprésents »³²³.

En conséquence, le rôle du comité est davantage pertinent dans la protection de la vie privée. L'article 38 de la LSCRS établit les fonctions du comité de surveillance à savoir le pouvoir d'examiner les activités du service³²⁴. Ceci à travers, la conduite des enquêtes, le traitement des plaintes, l'examen des mesures que le service met place pour lutter contre les menaces, etc. On voit que l'article 39 (2) permet au comité d'avoir un accès quasi illimité « aux informations qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions et qui relèvent du service »³²⁵. Ceci démontre une fois de plus qu'en matière de sécurité nationale la surveillance des actions des agences de renseignements doit faire l'objet d'un examen soutenu. Le comité était soutenu dans sa lourde tâche par l'inspecteur général dont les fonctions étaient de :

- « - suivre l'observation par le service de ses règles générales en matière opérationnelle ;
- surveiller les activités opérationnelles du service ;
- présenter les certificats visés au paragraphe 33(2) »³²⁶.

³²¹ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141.

³²² *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*, préc., note 213.

³²³ K. BENYEKHLEF et N. W. VERMEYS, préc., note 10.

³²⁴ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141, art. 38.

³²⁵ *Id.*, art. 39 (2).

³²⁶ *Id.*, art. 30 (2).

L'inspecteur général permet au comité d'effectuer un travail plus efficient tout en disposant d'un recul nécessaire pour parfaire ses analyses. En effet, le comité dans ses rapports relève des difficultés d'ordre administratif, opérationnel, règlementaire que le SCRS rencontre. Dans son rapport de 2015-2016, « le CSCRS constate l'absence de cadre global de gouvernance orientant les activités de collecte, de conservation, d'utilisation des fichiers de données en masse » ; le comité rappelle que la politique gouvernementale doit s'inspirer de l'obligation légale du seuil de la « mesure strictement nécessaire » en ce qui a trait au traitement des données (collection, utilisation, conservation, destruction) et pour aider le service dans l'élaboration de ses directives internes le comité émet des lignes directrices à savoir : relever un lien évident avec une menace envers la sécurité du Canada, déterminer qu'il n'existe pas de moyen moins intrusif, fournir une évaluation objective de la solidité du lien qui relie l'information en masse à l'importance du renseignement³²⁷. « Plus les activités de collecte prévues sont larges, plus le SCRS doit établir une chaîne solide entre l'information en vrac et les renseignements liés à la menace. Le comité relève qu'à une exception près le service a respecté les mandats autorisés. L'activité reliée à la collecte et au non-respect du mandat était due à des complications opérationnelles et non à la mauvaise foi »³²⁸.

Dans les faits, le CSCRS constitue l'organe central interne qui protège la vie privée relativement aux activités du SCRS. Même si nous avons relevé la place prépondérante de l'appareil judiciaire et soutenu un rôle proactif des juges dans le but de protéger la vie privée, très peu de cas se retrouvent dans l'arène judiciaire. En fait, malgré les pouvoirs légaux du CSCRS, il reconnaît dans les faits son incapacité à accomplir ses fonctions adéquatement par exemple, dans le rapport de 2013-2014, le CSCRS disait qu'il n'examine qu'une partie du travail du SCRS³²⁹. De plus, K. Roach soutient que le travail du comité se déroule généralement dans le secret avec le service et que dans les conditions actuelles, il n'y a pas d'organes qui examine le travail du comité³³⁰. Dans le cadre de la lutte antiterroriste, cette vision d'examiner le comité est extrêmement pertinent surtout au regard de l'abolition du poste d'inspecteur général. Selon Peter

³²⁷ Security Intelligence Review COMMITTEE, « SIRC Annual Report 2015–2016 » (29 septembre 2016), en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2015-2016/index-fra.html?wbdisable=true>> (consulté le 5 mai 2018).

³²⁸ *Id.*

³²⁹ COMITÉ DE SURVEILLANCE DES ACTIVITÉS DE RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ, « Rapport annuel 2013–2014 - CSARS » (7 octobre 2014), en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2013-2014/index-fra.html>> (consulté le 24 août 2018).

³³⁰ C. FORCESE et K. ROACH, préc., note 272, p. 425.

Gill, « because SIRC has been able to make use of the Inspector General's resources by tasking him...to carry out reviews »³³¹. Comme nous le mentionnions ci-dessus, l'inspecteur général effectuait un travail de fond où il était appelé à examiner les enquêtes opérationnelles effectuées sur le terrain. Cette capacité d'analyse en profondeur est une charge de travail supplémentaire que le comité devra assurer avec les ressources dont il dispose. En réalité, le professeur K. Roach soutient que même en doublant les ressources du comité, celui-ci peine à faire effectuer ses fonctions, car le volume du travail du service ne cesse de s'accroître entre autres³³².

2) La surveillance des activités du SCRS dans un cadre collaboratif

La loi antiterroriste de 2015 (LAT2) vise à encourager légitimement le partage des renseignements entre les différentes agences gouvernementales impliquées dans la sécurité nationale. À travers son article 12 (2), elle élargit le mandat du service en l'autorisant à mener des activités extraterritoriales³³³. Le pouvoir exécutif justifie ces mesures par la nature évasive et internationale du terrorisme ce qui est tout à fait raisonnable. Le phénomène terroriste évolue, par exemple, le recrutement des Canadiens en Syrie à travers le réseau internet conduit à remettre en cause les notions de territorialités. Cependant, il n'existe aucune disposition qui met en place un organe voué à surveiller les coopérations que les services de sécurité établiraient avec d'autres organismes. La complexité des accords pour lutter contre le terrorisme nécessite la mise en place d'un organe distinct capable d'avoir une vue d'ensemble sur l'impact des activités ou leur conséquence sur la vie privée. Le juge Gary Filmon écrit :

« SIRC's mandate is limited to reviewing CSIS, which can sometimes be problematic when other federal departments or agencies are also involved in a particular investigation. This was highlighted by a recent commission of inquiry headed by Mr. Justice Dennis O'Connor, (...). O'Connor recommended that statutory gateways be established to allow Canada's review bodies to exchange information and conduct joint investigations, when more than one federal department or agency may be involved »³³⁴.

³³¹ *Id.*, p. 428.

³³² *Id.*, p. 429.

³³³ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141, art. 12 (2).

³³⁴ Gary FILMON, « The role of Canada's Security Intelligence Review Committee in Safeguarding Human Rights While Protecting National Security », dans Christopher K. PENNY, CANADA. SERVICE ADMINISTRATIF DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES, CANADIAN CENTRE OF INTELLIGENCE AND SECURITY STUDIES et INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND NATIONAL SECURITY IN DEMOCRACIES CARLETON UNIVERSITY (dir.), *In the balance: the administration of justice and national security in democracies*, Toronto, Irwin Law, 2011 à la page 219.

En effet, au-delà du travail interne de surveillance qu'effectue le comité quant aux mesures de partage de renseignement ou d'application de mandats, etc., celui-ci devrait effectuer son mandat avec la collaboration des autres institutions fédérales. À ce propos, le professeur C. Forcese rapporte les propos du directeur général du CSARS qui décrit le manque de collaboration entre les organes chargés de surveiller les activités du service. Il écrit que « he [directeur executif] reiterated SIRC's call for amendments to its enabling legislation to give it the ability to conduct joint reviews with other review bodies and to follow the thread...Under our current legislation, SIRC cannot conduct joint reviews or share operational information with other review bodies »³³⁵.

De manière plus concrète, l'affaire *Aboufian Abdelrazik*³³⁶ est révélatrice de l'importance de collaboration des organes de surveillances des activités des services de renseignements impliqués dans la lutte contre le terrorisme. Dans cette affaire, il n'est pas question du droit à la vie privée, mais de la protection qu'offre l'article 6 de la charte relativement à la liberté de circulation. Brièvement, M. Abdelrazik était devenu citoyen canadien à l'issue d'un processus de demande d'asile. En 1990, il a quitté le Soudan pour s'installer à Montréal avant d'y retourner (au soudan) en 2003 pour rendre visite à sa mère qui était malade. Ce voyage sera marqué par des détentions arbitraires, la torture et toute une saga administrative avec le gouvernement canadien. Dans ses péripéties avec les autorités soudanaises, A. Abdelrazik avait émis une demande d'obtention de passeport et de soutien consulaire afin de rentrer au Canada. Alors qu'il n'était plus en détention, ses tentatives de retourner au Canada ont échoué à cause du rôle que le Canada a joué (en partie) dans ses mésaventures. Dans cette affaire, le défendeur soutient que Abdelrazik n'a pas pu retourner au Canada parce qu'il était sur la liste des personnes interdites de vol compte tenu de ses liens avec le terrorisme surtout avec le groupe Al Qaeda. Si aucune preuve de ces allégations n'a été présentée au juge, c'est surtout le rôle qu'aurait joué le SCRS qui retient notre attention. Abdelrazik « allègue que le SCRS a expressément demandé au Soudan de le détenir et de l'arrêter. Les défendeurs nient cette allégation. Il n'est pas contesté que M. Abdelrazik a été interrogé par des agents du SCRS pendant qu'il était détenu au Soudan »³³⁷. Il faut noter que le directeur du SCRS avait émis une demande d'enquête au CSARS sur le rôle qu'aurait joué le

³³⁵ C. FORCESE et K. ROACH, préc., note 272, p. 429.

³³⁶ *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2009] 1 R.C.F. 267 (C.F.).

³³⁷ *Id.*, par. 15.

service dans cette affaire. Conséquemment, le comité affirme tout d’abord que rien ne lui permettait de soutenir que le service ait demandé aux autorités soudanaises de détenir Abdelrazik avant de soutenir que « même si nous sommes confiants dans notre étude du rôle du SCRS dans l’affaire Abdelrazik, elle ne peint pas un tableau complet ou définitif du sujet. D’autres informations peuvent ressurgir de tout l’éventail de documents ou de rapports que d’autres ministères et organisations du Canada, également impliquées ont en main, ainsi que des procédures judiciaires en cours »³³⁸. (Nos soulignements)

D. Le pouvoir législatif et la protection de la vie privée

Le terrorisme ne devient un enjeu de sécurité nationale qu’à partir du moment où l’exécutif le retient comme tel. Nous avons observé que la lutte contre le terrorisme n’est pas sans incidence sur le degré de protection du droit à la vie privée. Nous pouvons soutenir l’hypothèse que la protection de la vie privée dépend, entre autres, de l’évolution du système juridique en matière de sécurité nationale. Dans l’arrêt *Kadhr*, le juge reconnaît les limites du pouvoir de contrôle dont disposent les tribunaux par rapport à l’exercice d’une prérogative royale en matière d’affaire étrangère ou de sécurité nationale. La cour soutient qu’« il faut que le gouvernement dispose d’une certaine marge de manœuvre lorsqu’il décide de quelle manière il doit s’acquitter des obligations relevant de sa prérogative »³³⁹.

Au-delà du rôle des tribunaux et des organes chargés de surveiller les activités des agences impliquées dans la sécurité nationale, la protection de la vie privée nécessite un rôle accru du pouvoir législatif. C’est l’un des points essentiels sur lequel le Canada accuse un déficit démocratique important comparativement à d’autres pays comme le Royaume-Uni, l’Australie, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis. Alors que les députés ne sont pas habitués aux questions reliées aux affaires étrangères ni à la sécurité nationale, c’est à eux que revient la responsabilité de jouer, en amont, le rôle de contrepouvoir pour garantir la protection de la vie privée. De plus, la démocratie parlementaire canadienne confine le législatif à n’intervenir qu’en examen des

³³⁸ COMITE DE SURVEILLANCE DES ACTIVITES DE RENSEIGNEMENT DE SECURITE, « Rapport annuel 2012–2013 - CSARS » (22 octobre 2013), en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2012-2013/index-fra.html>> (consulté le 24 août 2018).

³³⁹ *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, préc., note 315, par. 37; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (C.S.C.).

actions que l'exécutif aurait posées en matière de sécurité nationale³⁴⁰. *A contrario*, « aux États-Unis, le Congrès est chargé, par l'entremise de divers comités, de surveiller les activités du pouvoir exécutif en matière de sécurité nationale »³⁴¹.

K. Roach et C. Forcese déploraient vigoureusement l'absence d'un organe capable de jeter une vue d'ensemble sur la politique canadienne en matière de sécurité nationale. Ils écrivent : « In Canada, there simply is no independent body that sees the “forest”. The absence of such pinnacle review leaves our system vulnerable to both overreaction and underreaction to security threats »³⁴². En fait, une partie de ce rôle était cristallisé au sein des différents organes de surveillance et dans l'intervention de certains juges qui osaient sortir de leur déférence, encore faut-il que certaines affaires finissent devant leurs cours. Désormais, la *loi sur le comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement* mandate le comité à apporter cette vue d'ensemble qui a longtemps manqué au Canada. L'article 8(1) a) stipule que « le comité a pour mandat d'examiner les cadres législatif, règlementaire, stratégique, financier et administratif de la sécurité nationale et du renseignement »³⁴³.

S'il faut reconnaître que la mise en place de ce comité permet de tendre vers une protection effective de la vie privée, nous soutenons l'hypothèse qu'il y a un déficit quant à l'exercice du pouvoir du parlementaire. À l'instar de l'évolution du système juridique canadien dans les questions de sécurité nationale, la mise en place de la *loi sur le comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement* marque un tournant important dans le rôle du parlement sur les questions de sécurité nationale et de la protection des droits des Canadiens. L'établissement de ce comité soulève plusieurs questionnements quant à l'accès aux informations, la composition du comité, le statut des membres du comité, etc. Les articles 13 et suivants portant sur l'accès à l'information démontrent une certaine ouverture par rapport à l'idée d'outiller adéquatement le comité dans la réalisation de son mandat. Cependant, notre étonnement se focalise sur l'article 11 (1) :

³⁴⁰ Nicholas A. MACDONALD, « Les parlementaires et la sécurité nationale au Canada », (2011) 34-4 *Rev. Parlem. Can.*, en ligne : <<http://revparl.ca/francais/issue.asp?param=208&art=1460>> (consulté le 24 août 2018).

³⁴¹ *Id.*

³⁴² C. FORCESE et K. ROACH, préc., note 272, p. 142.

³⁴³ *Loi sur le comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement*, (2017) L.C. 2017, ch. 15, art. 8 (1) a).

« sous réserve du paragraphe (2), le membre ou l'ancien membre du comité, le directeur général ou ancien directeur général du secrétariat ou de la personne engagée ou qui a été engagée par le secrétariat ne peut communiqué sciemment des renseignements qu'il a acquis ou auxquels il avait accès dans l'exercice des attributions qui lui sont conférées sous le régime de la présente loi et à l'égard desquels un ministère prend des mesures de protection »³⁴⁴.

Nous soutenons l'hypothèse selon laquelle le paragraphe 11(2) ne devrait pas être introduite sous forme d'exception au paragraphe (1). Ceci n'est pas simplement une observation qui porte sur la rédaction de l'article, mais elle porte à s'interroger sur l'autonomie et l'indépendance que le législateur voudrait accorder au comité. En formulant par la négative le paragraphe (1) dans un contexte où l'exécutif dispose d'une prérogative sur les questions de sécurité nationale et de renseignements exclusifs, nous pouvons soutenir l'hypothèse d'un organe parlementaire dont la réalisation des mandats légitimerait les actions de l'exécutif du moins en apparence. Hypothétiquement, le principe général devrait soutenir la liberté de parole des parlementaires et exceptionnellement, encadrer la divulgation de renseignements sensibles dont la communication pourrait raisonnablement menacer la sécurité du Canada.

En observant le mouvement de lutte antiterroriste au Canada, on relève que l'autonomie du comité est centrale à la protection de la vie privée au regard de plusieurs paramètres notamment : la prépondérance du pouvoir exécutif dans la formulation des politiques antiterroristes, l'impact moindre des députés de la chambre des communes sur la formulation des lois sur la sécurité nationale, les tentatives d'instrumentalisation de l'appareil judiciaire. Nous relevons plusieurs balises juridiques qui soutiendraient une disposition de la loi pouvant donner le plein pouvoir de communication des parlementaires sans que la sécurité du Canada soit menacée. Parmi elles, nous en retiendrons trois essentiellement à savoir : la tradition juridique de la common law, la liberté de parole du parlementaire (en tant que privilège), la notion de « nécessité ».

³⁴⁴ *Id.*, art. 11 (1).

1) La tradition juridique canadienne

Le principe de la séparation du pouvoir repose sur l'autonomie du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif à l'égard de l'exécutif dans la conduite des affaires publiques. Cela peut paraître évident pour un œil averti, mais à l'été 2016 le professeur Philippe Lagassé prenait le soin d'éclaircir le concept de « monarchisation » distinctivement de la « présidentialisation ». Ceci au regard d'un constat antidémocratique qui pouvait être formulé raisonnablement. Les deux concepts témoignent d'une tendance de l'exécutif à consolider le pouvoir de gouvernance autour de sa structure au détriment du parlement voir des tribunaux. Celle-ci est renforcée par plusieurs facteurs dont le respect de la ligne du parti, « le gouvernement responsable », le déficit d'expertise des députés sur des questions de sécurité nationale etc. Contrairement à la présidentialisation, la « monarchisation » c'est le fait que « l'ascension du premier ministre au sein du cabinet est attribuable au contrôle qu'il exerce sur les prérogatives royales clés-des pouvoirs légaux dévolus à la couronne reconnus en common law »³⁴⁵.

La chambre de commune ou « le plus grand enquêteur de la nation » a un statut juridique équivalent à la charte. De plus, la juge McLachlin après avoir rappelé le principe de la séparation des pouvoirs soutient que : « il est également essentiel qu'aucune de ces branches n'outrepasse ses limites et que chacune respecte de façon appropriée le domaine légitime de compétence de l'autre »³⁴⁶. La protection de l'indépendance et de l'autonomie du législatif s'illustre à travers le pouvoir dont il dispose pour discipliner ses membres, de contrôler la publication des affaires internes, de contrôler l'admission des étrangers dans la chambre des communes etc.

Quant au privilège parlementaire relatif à l'immunité des parlementaires, il tire ses fondements du préambule de la constitution, des traditions juridiques britanniques et du principe du bon fonctionnement de la chambre³⁴⁷. Cependant, la cour suprême a déjà reconnu que ce privilège n'est pas absolu dans la mesure où la charte peut s'appliquer à un parlementaire par exemple lorsqu'un litige l'opposant à un citoyen (non parlementaire) remet en cause des droits de celui que la Charte lui confère. De plus, « La décision voulant que l'Assemblée législative de la

³⁴⁵ Philippe LAGASSE, « La couronne et le pouvoir du premier ministre », (2016) 39-2 *Rev. Parlem. Can.* 68.

³⁴⁶ *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 24 (C.S.C.).

³⁴⁷ J.P. Joseph MAINGOT, *Le privilège parlementaire au Canada*, 2e éd., coll. Dèslibris. Books collection, Ottawa : Montréal, Chambre des communes ; Presses universitaires McGill-Queen's, 1997, p. 27-31.

Nouvelle-Écosse doit visée par le terme « législature », à l'article 32 de la charte des droits, entraîne la conclusion que tous les pouvoirs de cette assemblée, y compris ceux qui lui sont conférés par la constitution, sont assujettis à la charte »³⁴⁸.

2) La liberté de parole

Selon nos observations sur ce que représente la lutte contre le terrorisme, il est primordial de soutenir le comité parlementaire en solidifiant le principe de la liberté de parole du parlementaire à travers la nouvelle loi sur le comité. Elle repose sur des bases juridiques historiques à travers l'article 9 du Bill of rights « L'exercice de la liberté de parole et d'intervention dans les débats et délibérations du Parlement ne peut être contesté ou mise en cause devant un tribunal quelconque ailleurs qu'au Parlement ». Contrairement à l'article 12 (1) de la *Loi sur le Comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement*³⁴⁹ de la concernant le privilège parlementaire, nous soutenons l'idée que « les propos tenus dans le cadre des activités parlementaire au sénat, à la chambre des communes ou dans un de leurs comités ne peuvent faire l'objet d'aucune poursuite devant les tribunaux ordinaires qu'ils aient été tenus de bonne foi ou non »³⁵⁰. Nous ne nions pas les risques pouvant être lié à la divulgation des renseignements sensibles, cependant nous sommes d'avis que la loi devrait sécuriser la liberté de parole des membres du comité et laisser le soin au comité d'encadrer les paramètres de communications de ces renseignements. Le comité dans son rôle d'examen devrait être en mesure de dénoncer les politiques gouvernementales qui mineraient la vie privée sans devoir passer par l'autorisation de l'exécutif. Le comité devrait avoir un rôle plus important que celui d'un simple organe de consultation ou de recommandation mais il doit surtout jouer le rôle du « plus grand enquêteur de la nation ». Alors, il est nécessaire de lui garantir la liberté de parole à travers le privilège parlementaire et l'immunité des parlementaires advenant une communication de bonne foi ou non. Ceci d'autant plus qu'il faut se rappeler que dans la tradition juridique canadienne ce privilège n'est pas absolue comme nous l'avions mentionné plus haut.

³⁴⁸ Peter W. HOGG, *Constitutional law of Canada*, 3rd ed., Scarborough, Ont., Carswell, 1992, p. 34; J. P. J. MAINGOT, préc., note 347, p. 344.

³⁴⁹ « Malgré toute autre règle de droit, les membres ou anciens membres du Comité ne peuvent invoquer l'immunité fondée sur les privilèges parlementaires dans le cadre d'une poursuite pour une violation du paragraphe 11(1) ou de toute disposition de la Loi sur la protection de l'information ou dans le cadre de toute autre instance découlant d'une communication interdite par ce paragraphe. » *Loi sur le comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement*, préc., note 343, art. 12 (1).

³⁵⁰ J. P. J. MAINGOT, préc., note 347, p. 31.

3) La notion de nécessité

La notion de nécessité fait référence à la reconnaissance d'un privilège parlementaire. Dans l'arrêt *Vaid*, la cour rappelle les principes généraux qui soutiennent ce privilège en relevant que « le fondement historique de tout privilège parlementaire est la nécessité »³⁵¹. Nous sommes d'avis que la liberté de parole est fondamentale aux parlementaires en ce qui a trait à leurs rôles dans la lutte contre le terrorisme. C'est louable d'accorder un accès quasi illimité aux membres du comité, mais « l'efficacité » de leur examen dépend des leviers politiques dont il dispose pour maintenir leur statut de contre-pouvoir. On peut lire les propos suivants du comité mixte britannique :

« le privilège parlementaire est constitué des droits et immunités que possèdent les deux chambres du parlement ainsi que leurs membres et représentants pour pouvoir s'acquitter de leurs fonctions parlementaires efficacement. Sans une telle protection, les membres du parlement seraient limités dans l'exercice de leurs fonctions parlementaires et l'autorité du Parlement lui-même, lorsqu'il demande des comptes à l'exécutif et sert de forum pour l'expression des préoccupations des citoyens, s'en trouverait diminuée d'autant »³⁵². (Nos soulignements)

Nous soutenons l'idée que l'article 12 (1), sous réserve de la coopération de l'exécutif, ne favoriserait pas le bon fonctionnement du comité. Au-delà des enjeux politiques entourant le travail des parlementaires et de l'exécutif, nous relevons un défi principal auquel le nouveau comité devra apporter une part de réponse. Nous nous référons au fait qu'au Canada, plusieurs intervenants sont responsables des questions de lutte contre le terrorisme ce qui veut dire en réalité que personne n'est responsable de ces enjeux. Le ministère de la sécurité publique et de la protection civile, le SCRS, la GRC, le cabinet du premier ministre, le conseiller à la sécurité nationale et au renseignement, etc. sont autant d'intervenants qui réalisent leurs mandats dans leurs champs d'influence pour garantir la sécurité nationale du Canada. Toutefois, il n'y a pas d'organe chargé de coordonner les activités de tous ces intervenants. « The siloed and uncoordinated nature of the system was the main obstacle to anti-terror effectiveness »³⁵³. Un exemple qui illustre ce défi structurel est l'attaque d'octobre 2014. « The terrorist attacks of October 2014 were security failures. Security failures raise the question, who is in charge? In Canadian security, the practical answer is everyone – the responsible ministers and the heads of

³⁵¹ *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, préc., note 346, par. 29.

³⁵² *Id.*, par. 42.

³⁵³ C. FORCESE et K. ROACH, préc., note 272, p. 363.

the security agencies. Too often, this means no one is in charge »³⁵⁴. Alors, pour poursuivre démocratiquement la lutte contre le terrorisme, il serait nécessaire de ne pas museler le comité dans la réalisation de ses mandats.

Conclusion partielle

La vie privée est un aspect important dont il faut tenir compte lorsque des questionnements surgissent dans le processus législatif, dans l'action étatique ou dans l'émission d'un jugement quant à la sécurité nationale. Nous retenons que la solidification de la démocratie canadienne permet de garantir une meilleure protection de la vie privée et vice versa. Le droit de sécurité nationale est en évolution et il est impératif selon notre compréhension que le pouvoir judiciaire reste proactif quant à l'orientation à suivre. L'arrêt *Ribic* dressait déjà une grille d'analyse relative à la divulgation ou à la restriction des secrets d'État³⁵⁵. Ensuite, c'est la juge McLachlin qui conclut l'inconstitutionnalité du certificat de sécurité par rapport à l'article 7 de la Charte. Ceci a donné lieu à une amélioration de cet outil administratif en matière de sécurité nationale à travers l'insertion d'un « avocat spécial » afin d'atteindre une équité procédurale plus effective³⁵⁶.

Notre plaidoirie pour un activisme juridique sur les questions de lutte contre le terrorisme s'inspire aussi de la nature problématique du phénomène. Nous avons relevé la nature relationnelle ou conjoncturelle du terrorisme où l'État joue un rôle crucial dans ce qu'il juge comme menace terroriste. Ce processus ne s'opère pas, en tout temps, de manière objective. Malgré l'évolution du rôle des juges, le risque d'instrumentalisation ou de subordination du pouvoir judiciaire est réel. À ce sujet, l'affaire *Kadhr* est principalement révélatrice de la dynamique concurrentielle pouvant exister entre l'exécutif et le judiciaire. À tout le moins, nous pouvons la résumer autour du principe de la primauté du droit et de la prérogative royale sur les enjeux de sécurité nationale. Dans ce bras de fer, les organes de surveillance comme le CSCRS représentent des éléments importants dans la mesure où ils peuvent réellement jouer un rôle de contre-pouvoir ou devenir un outil de légitimation de l'action gouvernementale. Sur le plan

³⁵⁴ *Id.*, p. 359.

³⁵⁵ *Ribic c. Canada (Procureur Général)*, préc., note 249.

³⁵⁶ *Id.*

démocratique, l'avancée considérable du rôle des juges grâce à leur pouvoir discrétionnaire nous conduit à relativiser notre hypothèse par rapport au déséquilibre que la vie privée subirait. Mais quelle hypothèse retenir par rapport à l'aspect individuel de la vie privée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme? Notre lecture sur la protection de la vie privée ne serait pas complète sans tenir compte de cet aspect individuel que le professeur Benyekhlef a identifié comme fondamental à la définition de soi-même. Alors, dans la partie à suivre retenons le recours à la biométrie comme mesure de lutte contre le terrorisme afin de dégager les différents enjeux entourant la protection de la vie privée.

Partie IV : Perspectives de développement des technologies de sécurité : le cas de la biométrie

De manière générale, la biométrie « désigne l'application au domaine de la biologie des mesures utilisées en mathématiques »³⁵⁷. Par définition, « in technical terms, biometrics is the automated technique of measuring a physical characteristic or personal trait to a database for purposes of recognizing that individual »³⁵⁸. Elle est une technologie d'identification³⁵⁹ et d'authentification³⁶⁰ pouvant s'apparenter ou s'intégrer à une technologie de surveillance comme ce fut le cas lors d'un évènement sportif aux États-Unis³⁶¹. Désormais, le mouvement de lutte contre le terrorisme initié par les États-Unis (après le 11 septembre 2001) a considérablement favorisé l'implication des technologies biométriques aux mesures de sécurité dans plusieurs pays, dont le Canada³⁶². Les frontières font l'objet d'une attention particulière des services de sécurité nationale spécialement dans les aéroports. On observe que « (les trajectoires historiques de la mobilité) indiquent plutôt une réarticulation des procédures disciplinaires et de surveillance qui ne s'appuient pas sur l'immobilisation de certaines catégories d'individus qu'on ne souhaite pas, mais sur la traçabilité de ces individus en mouvement et sur les tentatives d'anticipation de ces mouvements eux-mêmes »³⁶³. Au Canada, les programmes (Nexus³⁶⁴, ePassport³⁶⁵, Canpass³⁶⁶)

³⁵⁷ COMMISSARIAT A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, « Des données au bout des doigts : La biométrie et les défis qu'elle pose à la protection de la vie privée - Commissariat à la protection de la vie privée du Canada », en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/renseignements-sur-la-sante-renseignements-genetiques-et-autres-renseignements-sur-le-corps/gd_bio_201102/> (consulté le 13 février 2018).

³⁵⁸ J. D. WOODWARD, « Biometrics: privacy's foe or privacy's friend? », (1997) 85-9 *Proc. IEEE* 1480-1492, 1481.

³⁵⁹ « La reconnaissance par l'identification consiste à comparer un échantillon biométrique prélevé aux caractéristiques de plusieurs individus conservées dans une banque de données. S'il y a correspondance entre l'échantillon fourni et celui conservé, il y a identification » Julie M. GAUTHIER, *Le droit de la biométrie au Québec : sécurité et vie privée*.

³⁶⁰ « L'authentification consiste à vérifier la concordance entre les données biométriques saisies et celles de la même personne, colligées sur un support ou dans une base de données (comparaison individuelle) » *Id.*, p. 10.

³⁶¹ On peut lire: « Aussi c'est lors de son utilisation pendant le "superbowl" de 2001 que la reconnaissance faciale a fait son entrée dans l'esprit du citoyen moyen. Chaque personne qui entrait au stade avait, à son insu et sans son consentement, son visage comparé à ceux compris dans une banque de données de criminels et de terroristes » Frédéric MASSICOTTE, *La biométrie, sa fiabilité et ses impacts sur la pratique de la démocratie libérale*, Mémoire accepté, 2007, p. 39, en ligne : <<https://archipel.uqam.ca/791/>> (consulté le 12 mai 2018).

³⁶² Amandine SCHERRER, « Lutte antiterroriste et surveillance du mouvement des personnes », (2013) 46-1 *Criminologie* 15-31, 18.

³⁶³ A. SCHERRER, préc., note 362.

³⁶⁴ Gouvernement CANADA, « Accord entre le Canada et les États-Unis sur leur frontière commune », en ligne : <<http://publications.gc.ca/site/archivee-archived.html?url=http://publications.gc.ca/collections/Collection/Ci51-95-2000F.pdf>> (consulté le 8 mai 2018).

³⁶⁵ Commissariat à la protection de la vie privée du CANADA, « Mémoire : Les répercussions des mesures de sûreté aérienne sur la protection de la vie privée- Le 6 novembre 2007 » (7 novembre 2007), en ligne :

utilisant la technologie biométriques à des fins sécuritaires nourrissent des réflexions par rapport au droit constitutionnel à la vie privée compte tenu de leur caractère intrusif. Notons qu'ils se présentent sous forme d'outils administratifs visant à faciliter la circulation de ses utilisateurs. Actuellement le recours à leur utilisation implique le consentement des voyageurs.

L'utilisation de la technologie biométrique nécessite, à l'étape de l'enrôlement³⁶⁷, la collecte de « caractéristiques biométriques »³⁶⁸ devant servir à reconnaître une personne donnée. Les yeux, les traits du visage, la voie, la démarche, etc. sont des sources pouvant servir de données biométriques³⁶⁹. Notre questionnement relatif à la qualification de ces données nous conduit à s'accorder avec le commissariat à la vie privée et à Julie Gauthier pour les considérer comme étant des renseignements personnels³⁷⁰. De toute évidence, les données biométriques se retrouvent dans les catégorisations retenues par la Cour suprême à savoir les aspects physiques et informationnels de la vie privée d'un individu³⁷¹.

Si la nature des données biométriques se rattache à la vie privée, leurs utilisations reliées à la sécurité nationale soulèvent de plus amples préoccupations pour diverses raisons. Fondamentalement, nous nous questionnons à savoir s'il est raisonnable d'utiliser des technologies biométriques, au nom de la sécurité nationale, compte tenue de la nature constitutionnelle du droit à la vie privée?

Lorsqu'on observe le régime juridique entourant la protection de la vie privée dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, nous sommes portées inévitablement à prétendre que la biométrie porterait atteinte à la vie privée des Canadiens³⁷². Les possibilités de collecte de données biométriques sans lien direct et clair avec une menace envers la sécurité du Canada; l'utilisation détournée des caractéristiques biométriques collectées; les risques liés à la

<https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/memoires-presentes-dans-le-cadre-de-consultations/asm_071107/> (consulté le 8 mai 2018).

³⁶⁶ *Id.*

³⁶⁷ J. M. GAUTHIER, préc., note 359.

³⁶⁸ COMMISSARIAT A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU CANADA, préc., note 357.

³⁶⁹ J. M. GAUTHIER, préc., note 359.

³⁷⁰ COMMISSARIAT A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU CANADA, préc., note 357; J. M. GAUTHIER, préc., note 359.

³⁷¹ W. L. PROSSER, préc., note 50, 4; *R. c. Dymont*, préc., note 64, par. 34.

³⁷² Acharya ACHARYA et Lalita ACHARYA, *La biométrie et son usage par l'État*, 2001004.

conservation des données biométriques; la destruction de ces données; la combinaison de la biométrie et des technologies de surveillance, etc. sont des enjeux qui influencent les garanties qu'offre la Charte. Par exemple, selon certains auteurs : « Potential implications of ePassports include, for example, the likelihood that they may enhance and accelerate data sharing between national and international organisations, expose individuals to identity theft due to data breaches, subject citizens to potentially inaccurate categorizations, and permit or even encourage actuarial modes of risk analysis »³⁷³.

Néanmoins, nous ne sommes pas complètement dans un vide juridique quant à l'utilisation « des technologies de sécurités »³⁷⁴. D'un point de vue historique, la volonté de l'État de contrôler sa population et de limiter le recours à la violence (dans ce cas les terroristes) représente un enjeu essentiel quant à la légitimation de ses actions. Juridiquement, la Cour suprême a déjà établi le principe selon lequel le droit à la vie privée pouvait être moins protégé au profit d'autres enjeux sociaux³⁷⁵. D'ailleurs le commissariat à la vie privée ne s'oppose pas à l'utilisation de la biométrie. On peut lire dans son rapport que : « des technologies permettent déjà de transformer des renseignements biométriques en modèles adaptés à une seule fin. Parmi les exemples de ces dispositifs biométriques privés, on retrouve le chiffrement biométrique, les données biométriques annulables et les jetons biométriques. Le commissariat soutient l'élaboration et l'adoption de telles techniques de protection de la vie privée »³⁷⁶. (Nos soulignements)

Au vu de ces considérations, nous soutenons l'hypothèse selon laquelle l'utilisation de la biométrie à des fins sécuritaires n'est pas inconstitutionnelle dans la mesure où son déploiement respecterait les limites juridiques (entre autres) qu'impose le droit constitutionnel à la vie

³⁷³ B. MCPHAIL, C. PARSONS, K. L. SMITH, J. FERENBOK et A. CLEMENT, préc., note 252, 341-361.

³⁷⁴ Ayse CEYHAN, « Lutte contre le terrorisme : la technologie n'est pas neutre », *Rev. Int. Strat.* 2009.74.18-27.

³⁷⁵ *R. c. Dymnt*, préc., note 64, par. 23.

³⁷⁶ COMMISSARIAT A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU CANADA, préc., note 357; Dans le cadre d'une enquête du commissariat en matière de relation de travail en rapport avec l'utilisation de la biométrie à des fins d'authentification, on relève plusieurs conclusions dont l'idée selon laquelle la biométrie viendrait protéger les données personnelles. « La commissaire adjointe a convenu que le système était plus efficace et plus rentable que la gestion des mots de passe et les méthodes fondées sur le papier, et qu'il était logique de la part d'une entreprise de vouloir réaliser des économies et d'améliorer son efficacité afin d'affronter la concurrence et de rester en affaires. Cependant, l'argument le plus convaincant cependant était que le mot de passe vocal permettait d'assurer la protection des données. » *Une organisation utilise la biométrie à des fins d'authentification*, 2004 C.V.P.C., en ligne : <<http://canlii.ca/t/1jvxt>> (consulté le 30 décembre 2018).

privée³⁷⁷. Dans les développements à suivre, nous observerons premièrement comment la biométrie s'impose comme mesures de lutte contre le terrorisme. Deuxièmement, nous exposerons l'influence qu'à la biométrie sur le droit constitutionnel à la vie privée. Troisièmement, nous explorerons les conditions de développement d'une politique gouvernementale quant à l'utilisation de la biométrie relativement à la sécurité nationale.

A. Une mesure de lutte contre le terrorisme : la biométrie

1) La biométrie au service de la lutte contre le terrorisme

Une technologie de sécurité issue de la biométrie a pour fonction « d'assigner une identité scientifiquement reconnaissable à un individu au moyen de l'empreinte des parties inchangeables du corps comme l'iris ou l'empreinte digitale »³⁷⁸. Pour qu'une caractéristique soit biométrique, l'on doit réunir au moins quatre critères cumulatifs à savoir : l'universalité, la distinction, la permanence et la perceptibilité³⁷⁹. Nous observons que dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le travail d'enquête des services de renseignements diffère de celui qui est réalisé par les agents de paix à la suite d'un crime plus courant ou régulier. Rappelons que les enquêtes ne visent pas nécessairement la recherche de preuve pouvant être admissible en Cour lors d'un procès, mais la prévention du passage à l'acte d'un terroriste potentiel³⁸⁰. C'est ainsi que l'établissement de l'identité des individus a connu un plus haut degré d'attention dans le travail des agences de sécurité comme le SCRS, l'ASFC (Agence des Services Frontaliers du Canada), la GRC. Cependant, la question relative à l'utilisation de la technologie biométrique pour lutter contre le terrorisme reste une équation complexe à résoudre. En fait, quelle est la juridicité de ce postulat ? Est-ce que l'utilisation de la biométrie protège contre le terrorisme ? Peut-on utiliser une technologie aussi intrusive que la biométrie pour lutter contre le terrorisme ? Rappelons qu'aussi légitime qu'elle puisse être, la lutte au terrorisme ne jouit pas d'une protection constitutionnelle contrairement au droit à la vie privée³⁸¹. Parallèlement, les infractions « d'activités terroristes » représentent une des bases sur laquelle l'État justifie son agenda

³⁷⁷ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102.

³⁷⁸ A. CEYHAN, préc., note 374, 22.

³⁷⁹ J. M. GAUTHIER, préc., note 359, p. 26.

³⁸⁰ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 73.

³⁸¹ Chapitre 1, p. 16-20; A.-R. NADEAU, préc., note 61.

sécuritaire. L'intégration de la biométrie est l'une des mesures sécuritaires relevant de la politique gouvernementale.

Selon nos observations parmi les possibles fondements juridiques, nous pouvons lier l'intégration de la biométrie aux mesures de sécurité à travers la poursuite des mandats confiés à ces organismes étatiques intervenants pour neutraliser « la menace envers la sécurité du Canada ». L'art.13 (1) de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* (LSCRS) stipule que « le Service peut fournir des évaluations de sécurité aux ministères du gouvernement du Canada ». Le SCRS a une obligation relative à la fourniture d'évaluation sécuritaire sur les menaces envers le Canada. L'art. 14 stipule que « le Service peut a) fournir des conseils à un ministre sur les questions de sécurité du Canada; b) transmettre des informations à un ministre sur des questions de sécurité ou des activités criminelles »³⁸². De toute évidence, ces tâches se réalisent de concert avec les autres organismes qui interviennent sur la sécurité nationale. Nous pouvons imaginer simplement le pilotage d'un programme de reconnaissance faciale dans un aéroport canadien dont la base de données ou l'évaluation de risque est dirigée par les services de renseignements conjointement avec les services de douanes. En d'autres termes, la capacité d'être précis dans l'identification et l'authentification des personnes peut être pertinente dans la réalisation du mandat du SCRS. « Au cœur des mesures de surveillances des déplacements des personnes, le potentiel technologique (à travers l'accumulation et le traitement de données, ou d'indicateurs) et son évolution exponentielle accèdent la croyance selon laquelle il est possible de prévenir et d'enrayer le pire, en permettant de tracer et d'authentifier l'identité, les intentions et les mouvements des individus »³⁸³. L'un des postulats de base à l'intégration de la biométrie dans l'élan sécuritaire du gouvernement repose sur l'idée que la gestion du risque terroriste passe par la capacité des services de renseignements et de sécurités d'établir le plus fidèlement possible l'identité des personnes indésirables. Les technologies biométriques ont considérablement évolué dans le sens où l'exactitude de leur rendement attire l'attention des acteurs responsables de la sécurité.

³⁸² *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141.

³⁸³ A. SCHERRER, préc., note 362, 22.

2) Application de l'article 8 de la charte des droits et libertés canadienne

De toute évidence, le recours à la biométrie en matière de lutte contre le terrorisme suscite des questionnements par rapport à la protection de la vie privée. Lorsque les finalités des technologies de sécurité (ceux issues de la biométrie) sont associées aux objectifs retenus par la sécurité nationale, nous sommes portés à retenir l'hypothèse selon laquelle l'article 8 de la charte trouve son application par rapport à leurs déploiements. Ceci n'exclut pas les autres balises constitutionnelles d'analyse pour jauger du degré d'intrusion de la biométrie dans la vie privée.

D'aucuns pourraient à juste titre s'opposer à l'application de l'article 8 de la charte dans la mesure où la sophistication de certaines technologies biométriques n'implique pas un contact physique sur l'individu³⁸⁴. Le dictionnaire juridique nous enseigne qu'une fouille est « une investigation pratiquée sur une personne (y compris dans les divers orifices de son corps), ses vêtements ou ses bagages dans le but d'obtenir des informations ou d'y trouver des objets »³⁸⁵. Dans un cas d'utilisation de la reconnaissance faciale, par exemple, comment peut-on parler de « fouille », de « perquisition » ou de « saisie » lorsqu'il n'y a pas de contact physique ? Cette interrogation trouve un écho favorable dans l'affaire *United States c Knotts* cité dans l'arrêt *Wise* où nous lisons: « Aux États-Unis, on a statué que la surveillance d'un véhicule sur une voie publique au moyen d'une balise n'était pas une « fouille » ou une « saisie » aux fins du Quatrième amendement, puisqu'elle ne déjoue aucune attente légitime en matière de respect de la vie privée »³⁸⁶.

³⁸⁴ Dans une allocution de Chantal Bernier (commissaire adjointe à la protection de la vie privée du Canada) en 2011 à Dakar (Sénégal), elle soulignait, en parlant de la particularité du Canada comme suit: «Une autre distinction s'impose entre la démarche canadienne et celle de plusieurs autres États: alors que plusieurs lois nationales ne s'appliquent que s'il y a collecte matérielle, qu'elle soit sur papier ou numérique, au Canada nous appliquons notre mandat de façon plus large pour englober toute intrusion dans l'intimité physique ou informationnelle d'une personne. Cette distinction m'a frappée lors d'une conversation avec M. Lo en fait, à notre séminaire de l'année dernière à Paris, où il m'a expliqué que la Commission sénégalaise n'avait pas assumé compétence sur la question des scanners corporels puisqu'il n'y avait pas collecte de données personnelles. Cette position est tout à fait logique mais elle ne correspond pas au mandat de notre Commissariat de protéger « la vie privée » donc incluant l'intimité physique, plutôt que strictement les données personnelles. Cette différence dans la portée de nos mandats se répercute sur notre application des principes en jeu » Commissariat à la protection de la vie privée du CANADA, « Les principes de la protection des données - Une révolution tranquille » (2 décembre 2011), en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/allocutions/2011/sp-d_20110919_cb/> (consulté le 3 décembre 2018).

³⁸⁵ « Caij - Résultat de recherche », en ligne : <<https://dictionnaireid.caij.qc.ca/recherche#q=fouiller&t=edictionnaire&sort=relevancy&m=search>> (consulté le 3 décembre 2018).

³⁸⁶ *R. c. Wise*, préc., note 227.

Toutefois nous sommes d'avis que l'article 8 trouve son application lors d'une utilisation de la biométrie dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Ceci indépendamment du niveau de sophistication de la technologie biométrique retenue comme la reconnaissance faciale puisse l'être. Tout en se rappelant que la compréhension de la charte admet une interprétation large et libérale des droits fondamentaux dont celui de la vie privée protégé par l'article 8, nous pouvons déjà lire dans le dictionnaire Larousse que la définition du verbe « fouiller » prend en compte l'aspect immatériel dans l'action de rechercher. Notamment, le fait « d'approfondir une idée, une question, la creuser, l'étudier à fond » ou « explorer minutieusement un lieu du regard, y chercher quelque chose, quelqu'un »³⁸⁷. Nous avons eu recours au dictionnaire Larousse compte tenu du fait qu'il définit de manière plus précise et exhaustive les différentes dimensions (dont le sens de fouille sans contact physique) attribuer à une fouille³⁸⁸.

Fondamentalement, la détermination de l'application de l'article 8 passe prioritairement par un constat de violation d'une « attente raisonnable de la vie privée ». « Afin d'établir si la surveillance exercée au moyen d'une balise constitue une fouille, il faut d'abord se demander s'il existe une attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée dans le contexte de l'activité surveillée »³⁸⁹. Avant d'aborder la question de l'« attente raisonnable », nous retenons deux postulats de base issues de la jurisprudence pour nous guider dans notre analyse à savoir : l'importance moindre attachée à la technologie utilisée et l'applicabilité des principes issus de l'étude d'une technologie particulière à d'autres technologies.

- **L'importance moindre attachée à la technologie utilisée**

L'un des apports de l'arrêt *Hunter* était de spécifier que l'article 8 de la charte vise, fondamentalement l'individu et par extension l'aspect territorial de la vie privée³⁹⁰. On peut lire dans *Dyment* que : « L'arrêt *Hunter c. Southam Inc* a brisé les entraves qui limitaient ces

³⁸⁷ « Définitions : fouiller - Dictionnaire de français Larousse », en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fouiller/34773>> (consulté le 3 décembre 2018).

³⁸⁸ Lorsque nous nous référons au dictionnaire de droit, nous lisons ceci : « Investigation pratiquée sur une personne (y compris dans les orifices de son corps), ses vêtements ou ses bagages dans le but d'obtenir des informations ou d'y trouver des objets. » Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Version abrégée..., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, p. 181.

³⁸⁹ *R. c. Wise*, préc., note 227.

³⁹⁰ « Les revendications d'ordre territorial étaient à l'origine légalement et conceptuellement liées à la propriété, ce qui signifiait que les revendications d'un droit à la vie privée en ce sens étaient, sur le plan juridique, largement confinées au domicile » *R. c. Dyment*, préc., note 64, par. 20.

revendications à la propriété »³⁹¹. En effet, l'aspect informationnel de la vie privée développé dans *Dyment* peut trouver écho dans l'application de l'article 8 de la charte en ce qui concerne l'utilisation de la biométrie. Nous soutenons, par exemple, qu'une photo prise par la reconnaissance faciale par l'État contient des renseignements personnels qui se retrouvent dans l'aspect informationnel de la vie privée. Rappelons-nous que « l'article 8 a été conçu pour accorder une protection contre les actions de l'État et de ses mandataires »³⁹² (nos soulignements).

Une première piste de réflexion nous oriente sur la surveillance électronique audio. Après avoir réfuté l'argument fondé sur le risque d'être écouté ou la nature de la technologie utilisée, le juge La Forest a insisté sur l'évaluation normative de l'« attente raisonnable »³⁹³. Certes, c'est une surveillance qui implique le port d'un appareil audio (dans l'arrêt *duarte*), mais c'est aussi une technique d'enquête qui ne pourrait impliquer que la présence d'un agent de police infiltré dont l'action ne se résumerait qu'à l'écoute de conversation de potentiel criminel. Dans ce cas on pourrait évoquer l'« intrusion morale » dépendamment des circonstances dans lesquelles l'État aura agi³⁹⁴. La nature de l'outil de surveillance importe peu dans la mesure où : « le principe général que la surveillance électronique d'un particulier par un organe de l'État constitue une fouille, une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'art. 8 de la Charte »³⁹⁵.

Selon notre observation, la biométrie n'est pas un système sécuritaire « rudimentaire » surtout lorsqu'elle remplit des fonctions s'apparentant à de la surveillance. Lors de l'inscription, un système biométrique récoltera les données telles que les traits du visage, la main, les pulsations cardiaques, etc. ce qui représente des données considérablement intrusives en soi comparativement à un numéro de téléphone ou une date de naissance³⁹⁶. La cour avait déjà renforcé la protection de la vie privée en relevant qu'au-delà de la protection du domicile privé, c'est l'individu qui est protégé par l'article 8 de la charte³⁹⁷. Notons qu'une donnée biométrique

³⁹¹ *Id.*

³⁹² *Id.*, par. 26.

³⁹³ *R. c. Duarte*, préc., note 224, par. 14.

³⁹⁴ Parfois la vie privée ne s'entend pas qu'au sens physique « car il s'agit surtout de sauvegarder la dignité de la personne humaine » *R. c. Dyment*, préc., note 64, par. 21.

³⁹⁵ *R. c. Duarte*, préc., note 224.

³⁹⁶ J. M. GAUTHIER, préc., note 359.

³⁹⁷ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7.

est « une caractéristique physique ou comportementale permettant d'identifier une personne et qui est enregistrée dans un système biométrique »³⁹⁸.

- l'applicabilité des principes issus de l'étude d'une technologie particulière

L'article 8 de la charte vise à protéger la vie privée dans tous ses aspects et il est réputé « évoluer au rythme du progrès technologique »³⁹⁹. Malheureusement, nous n'avons pas relevé suffisamment de cas d'utilisation de la biométrie dans le cadre de la lutte contre le terrorisme pour approfondir nos réflexions, mais le juge La Forest soutient que :

« dans l'arrêt Duarte, cette cour a conclu que la surveillance électronique audio non autorisée constitue une violation de l'art.8 de la charte. Il serait erroné de limiter les effets de cette décision à cette technologie particulière. Il faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l'arrêt Duarte embrasse tous les moyens actuels permettant à des agents de l'État de s'introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à l'avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l'application de la loi »⁴⁰⁰.

Tout en souscrivant à la qualification des caractéristiques biométriques en tant que renseignement personnel, il est pertinent de noter leurs caractères particuliers lorsque la biométrie est présentée comme moyen de lutte contre le terrorisme. Dans l'arrêt *Dyment*, le juge relève la particularité du sang et soulève l'attention sur le caractère intime de certains renseignements personnels. Alors, nous soutenons qu'une attention supplémentaire doit être apportée aux caractéristiques biométriques, car ils touchent l'aspect informationnel, physique de la vie privée ainsi que « la notion de dignité et d'intégrité de la personne »⁴⁰¹. Sur le sang, le juge La Forest écrit : « je pense que la protection accordée par la charte va jusqu'à interdire à un agent de police, qui est un mandataire de l'État, de se faire remettre une substance aussi personnelle que le sang d'une personne par celui qui la détient avec l'obligation de respecter la dignité et la vie privée de cette personne »⁴⁰². (Nos soulignements) Nous n'associons pas particulièrement le sang à un renseignement comme l'emprunt digital (car le sang est beaucoup plus intrusif) mais nous soutenons l'hypothèse que ces renseignements (à l'emprunt digital) revêtent une particularité tout aussi intrusive par essence.

³⁹⁸ J. M. GAUTHIER, préc., note 359, p. 25; A. ACHARYA et L. ACHARYA, préc., note 372.

³⁹⁹ R. c. Wong, préc., note 225.

⁴⁰⁰ Id.

⁴⁰¹ R. c. Dyment, préc., note 64.

⁴⁰² Id., par. 28.

B. Réflexions autour de l'utilisation et de la détermination de la technologie biométrique dans la lutte contre le terrorisme

1) Quelques enjeux relatifs à la vie privée

L'article 4 LPRP stipule que « les seuls renseignements personnels que peut recueillir une institution fédérale sont ceux qui ont un lien direct avec ses programmes ou ses activités »⁴⁰³ (nos soulignements) en s'en tenant, entre autres, au critère du « strict minimum nécessaire ». Parallèlement, les renseignements personnels ne peuvent être collectés ou communiqués à une institution sans le consentement des individus concernés⁴⁰⁴. Cependant, l'argument sécuritaire tend, de plus en plus, à altérer ces principes fondamentaux entourant la vie privée.

Notons que la LPRP permet à l'État de contourner exceptionnellement, par exemple, le principe du consentement lors de la collecte de données dans plusieurs situations d'ordre juridique, administratif, politique, etc⁴⁰⁵. Dorénavant, la spécificité du terrorisme s'introduit à travers l'article 5 de *la loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*⁴⁰⁶ non plus comme un cas d'exception, mais comme une situation régulière où l'orientation législative réduit la portée du droit constitutionnel à la vie privée. On constate un passe-droit illicite pour les organismes gouvernementaux reliés à la menace terroriste quant à la collecte ou la communication des renseignements personnels. Alors, l'inquiétude reste légitime lorsqu'il faut analyser l'utilisation des technologies biométrique dans la lutte contre le terrorisme. L'un des enjeux dans la collecte ou la communication des renseignements personnels à des fins sécuritaires est le degré d'érosion de la vie privée des Canadiens. En 2005, Jean-Paul Brodeur argumentait à juste titre que :

« D'abord une série de mesures législatives prises depuis les attentats de septembre 2001 va avoir pour résultat d'augmenter considérablement les pouvoirs des organes de l'État d'avoir accès à diverses informations considérées jusque-là comme privées. Ensuite ces nouvelles lois vont accentuer le déséquilibre entre la masse des données disponibles et les capacités des services d'en faire un traitement adéquat et de produire les analyses en

⁴⁰³ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 189, art. 4.

⁴⁰⁴ *Id.*, art. 8 (1).

⁴⁰⁵ *Id.*, art. 8 (2).

⁴⁰⁶ *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*, préc., note 213, art. 5.

temps opportun, même si ces capacités étaient notablement accrues (il est en effet possible que la masse des données recueillies excède tout traitement possible) »⁴⁰⁷.

Il serait inquiétant pour la vie privée que la législation en matière de lutte contre le terrorisme renforce l'obligation de moyen des agences de renseignement au détriment des obligations de résultat envers la sécurité et celle de la vie privée. Les recommandations de la commission Arar⁴⁰⁸ et le rapport du comité spécial sénatorial de 2007⁴⁰⁹ ont milité pour une collecte restrictive et précise des renseignements par les services de sécurité nationale. Nous soutenons, l'hypothèse que l'article 5⁴¹⁰, par exemple, est à l'antipode de ces recommandations. Dans les conditions législatives actuelles, l'utilisation des technologies biométriques soulève plusieurs inquiétudes relativement à la collecte des informations ce qui nous conduit à retenir, à titre illustratif, deux éléments essentiels pour alimenter notre réflexion : la norme applicable dans la collecte des renseignements liés au programme de protection des passagers (no-flight list) (a) et l'éventuel utilisation de la reconnaissance faciale générale (b).

a) La norme applicable dans la collecte des renseignements personnels : le cas de la liste des personnes désignées au Canada

Le programme de protection des passagers (PPP) intervient dans le cadre de la lutte antiterroriste⁴¹¹. Il était dirigé par le ministère des Transports puis, présentement, cette tâche est conjointement partagée avec le ministère de la Sécurité publique⁴¹². L'établissement du programme s'appuie sur plusieurs sources législatives⁴¹³, surtout l'article 8 de la *Loi sur la sûreté*

⁴⁰⁷ Jean-Paul BRODEUR, « Renseignement: Distinctions Préliminaires, Le Security, Policing, and Governance in Canada/La Sécurité, le Maintien de L'ordre et la Gouvernance au Canada », (2005) 47 *Can. J. Criminol. Crim. Justice* 15-44, 30.

⁴⁰⁸ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À MAHER ARAR, préc., note 181.

⁴⁰⁹ CANADA SENAT COMITÉ SPÉCIAL SUR L'ANTITERRORISME, « Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste » (2007), en ligne : <<http://publications.gc.ca/site/fra/395386/publication.html>> (consulté le 19 janvier 2019).

⁴¹⁰ *Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada*, préc., note 213.

⁴¹¹ SÉCURITÉ PUBLIQUE CANADA, « Comment fonctionne le Programme de protection des passagers » (16 décembre 2015), en ligne : <<https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scrct/cntr-trrrsm/pssngr-prtct/hw-pssngr-prtct-wrks-fr.aspx>> (consulté le 9 mai 2018).

⁴¹² *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, (2015) L.C. 2015, ch. 20, art.11, art. 3.

⁴¹³ « Selon Transport Canada, le fondement législatif du PPP se trouve dans un ensemble de dispositions de la Loi sur l'aéronautique (articles 4.72, 4.76, 4.77, 4.81, 4.82 et 4.85 paragraphes [1] et [3]). Ces dispositions ont été rajoutées à la Loi sur l'aéronautique par la Loi sur la sécurité publique. Cette dernière a vu le jour sous l'appellation de projet de la loi C-42, dont la première lecture a eu lieu en novembre 2001, peu après les attentats terroristes du 11 septembre 2001. Le projet de loi C-42 a fait l'objet de loi C-55, puis il est mort au feuilleton au moment de la prorogation du

des déplacements aérienne (LSDA). À l'art.8 (1) de LSDA, nous lisons que : « le ministre peut établir une liste sur laquelle il inscrit les noms et prénoms de toute personne — et tout nom d'emprunt qu'elle utilise, ainsi que sa date de naissance et son sexe — dont il a des motifs raisonnables de soupçonner »⁴¹⁴(nos soulignements) qu'elle représente un danger. Plusieurs organismes gouvernementaux reliés directement à la sécurité nationale peuvent collecter ou communiquer les données à leur disposition pour alimenter la liste des personnes désignées (LPD). « La décision d'inscrire un individu sur la LPP se base sur les recommandations d'un groupe consultatif composé notamment de Transport Canada, du Service canadien du renseignement (SCRS) et de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) »⁴¹⁵.

Au regard des recommandations de la commission Arar, nous soutenons l'hypothèse selon laquelle la norme de « motifs raisonnables de soupçonner » ne protège pas suffisamment le droit à la vie privée dans le cadre du PPP car elle ne permet pas de produire un filtrage « pertinent » sur le plan de la fiabilité et de l'exactitude⁴¹⁶. S'il s'avère que la sophistication de cette liste inclurait les données biométriques des personnes inscrites, on comprendrait les inquiétudes (déjà existantes) relatives à la vie privée. Il faudra que la collecte et la communication des renseignements reliés à la LPD s'établissent, au minimum, sur la base des « motifs raisonnables de croire »⁴¹⁷ qu'une personne représenterait une menace pour le Canada.

Le contrôle d'identité est un élément crucial au bon déroulement du programme (PPP) ce qui nous conforte dans l'hypothèse d'une probable sophistication de ce programme à travers l'utilisation de systèmes biométriques. Suivant, l'article 9 (1) de la LSDA le ministre peut confier une partie de cette tâche à un transporteur aérien⁴¹⁸. Au vu de la norme d'inscription sur la LPD et de ses implications, nous considérons problématique cette délégation de tâche à une entité

Parlement en septembre 2002. Son successeur, le projet de loi C-17, est également mort au feuillet. Le projet de loi C-7, présenté le 11 février 2004, a reçu la sanction royale le 6 mai 2004 » C. à la protection de la vie privée du CANADA, préc., note 365.

⁴¹⁴ *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, préc., note 412, art. 8 (1).

⁴¹⁵ *Canada (Commissariat à l'information) c. Canada (Transports)*, 2016 CF 448, par. 5.

⁴¹⁶ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT A MAHER ARAR, préc., note 181, p. 365.

⁴¹⁷ « L'existence de motifs raisonnables de soupçonner est une norme qui peut être considérée comme une norme moins exigeante que celle fondée sur l'existence de motifs raisonnables et probables de croire, même si elle est incluse dans celle-ci » *Nguyen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 1286, par. 52.

⁴¹⁸ *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, préc., note 412, art. 9 (1) b).

privée. En effet, « la dignité humaine, l'intégrité et l'autonomie » sont des composants du droit à la vie privée⁴¹⁹ envers lequel l'exécution de l'article 9 porterait directement atteintes. Dans un jugement on peut lire :

« Le plaignant est un Canadien musulman de descendance africaine, qui se décrit lui-même comme ayant la peau foncée. Conformément à l'alinéa 5 b) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C., 1985, ch. H-6 (la Loi), il allègue avoir été défavorisé à l'occasion de la fourniture d'un service offert par l'intimée. En résumé, il prétend que le transporteur aérien intimé lui a fait subir un contrôle de sécurité approfondi du fait de sa race, de son origine nationale ou ethnique, de sa couleur et de sa religion, et ce, à six reprises différentes entre les mois de mars et de juin 2010. L'intimée soutient qu'elle n'a pas fait preuve de discrimination à l'encontre du plaignant et que, dans ses rapports avec le plaignant, elle se conformait simplement aux exigences américaines et canadiennes en matière de sécurité aérienne, ce qui inclut les [TRADUCTION] "listes d'interdiction de vol" »⁴²⁰.

Dans ce sens, on observe comment l'utilisation des données biométriques contreviendrait à plusieurs aspects de la vie privée. D'ailleurs, le professeur Lyon soutient que « la liste de personnes désignées est en soi une source de tension car elle contient les noms de personnes trop dangereuses pour monter à bord d'un avion, mais trop innocentes pour être arrêtées »⁴²¹.

Selon l'article 8 de la LSDA, la liste établit par le ministère fait l'objet d'un examen périodique tous les 90 jours quant à la pertinence des renseignements qu'elle contient afin d'y apporter les modifications nécessaires⁴²². Toutefois, la collecte et l'inscription des personnes désignées sur la liste s'opèrent à leurs insu⁴²³. S'il faut admettre qu'il y a des recours pour ces derniers quant à la révision de leur inscription⁴²⁴, les préjudices probables occasionnés confortent nos préoccupations quant à la norme applicable dans la collecte et l'inscription des personnes.

Tout d'abord, la commission Maher Arar recommandait que « la GRC devrait s'assurer que quand elle communique de l'information à d'autres ministères ou organismes, qu'ils soient étrangers ou canadiens, elle le fait conformément aux politiques clairement établi au sujet du

⁴¹⁹ *R. c. Plant*, préc., note 68.

⁴²⁰ *Yaffa c. Air Canada*, 2014 TCDP 22, par. 1.

⁴²¹ « En outre, elle inclut les noms de personnes considérées trop dangereuses pour monter à bord d'un avion, mais autorisées à utiliser d'autres moyens de transport et à assister à des rencontres qui rassemblent probablement de grand nombres de personnes » C. à la protection de la vie privée du CANADA, préc., note 365.

⁴²² *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, préc., note 412, art. 8 (2).

⁴²³ *Canada (Commissariat à l'information) c. Canada (Transports)*, préc., note 415, par. 75.

⁴²⁴ *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, préc., note 412, art. 15 (1).

filtrage visant la pertinence, la fiabilité et l'exactitude, et en respectant la législation pertinente sur les renseignements personnels et les droits de la personne »⁴²⁵. Nous comprenons à partir de cette recommandation que, même dans le cadre de la sécurité nationale, il faut un haut degré d'analyse des renseignements dans le travail des différents intervenants étatique.

En outre, la nécessité d'augmenter la norme de collecte de RP par rapport à la lutte au terrorisme dans le cas du PPP s'explique au regard de l'ambiguïté quant à la qualification des personnes inscrites sur la liste. Sont-ils des personnes d'intérêts ou des suspects? Notons qu'« une personne d'intérêt » est une personne qui entretient une certaine proximité avec de potentiels terroristes (par exemple) sans pour autant être directement impliquée dans ces activités⁴²⁶ (par exemple, les membres de la famille d'un potentiel suspect). Alors qu'un « suspect » est une personne qui fait l'objet d'une enquête officielle, une personne dont les agents de paix ont des motifs raisonnables de croire/soupçonner la commission d'une infraction⁴²⁷. Il importe de déterminer la qualification juridique des personnes présentes sur la liste alors que la loi n'apporte pas assez d'information sur ce point. En se basant sur le statut de la liste et les préjudices potentiels liés à la liste, nous soutenons l'hypothèse selon laquelle, la LPD illustre un amalgame entre les deux statuts mentionnés plus haut.

La LPD est différente de toutes les autres listes d'interdictions de vols (la «No Fly List» Américaine, la liste de l'ONU, la liste de transporteurs) au regard de son but et de son fonctionnement. C'est la seule mesure de sécurité non physique dans le domaine des transports aériens au Canada⁴²⁸. Une éventuelle inscription sur cette liste donne lieu à des conséquences qui vont au-delà du simple fait que cette personne ratera probablement son vol. De fait, il s'expose, entre autres, à de l'humiliation menant à des effets physiques et psychologiques sur sa personne sans compter le fait que c'est sa dignité en tant qu'humain qui est en jeu. Si son déplacement s'inscrit dans un cadre professionnel, nous pouvons aisément prédire les potentielles conséquences sur sa carrière dépendamment de sa fonction. Dans le jugement *Yaffa c. Air Canada*, le plaignant rapportait ses fouilles qu'il estimait excessif et même s'il n'a pas pu établir

⁴²⁵ COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT A MAHER ARAR, préc., note 181, p. 363.

⁴²⁶ *Id.*, p. 366.

⁴²⁷ *Id.*

⁴²⁸ *Canada (Commissariat à l'information) c. Canada (Transports)*, préc., note 415, par. 98.

selon la prépondérance de la preuve ses accusations, l'intimée n'a pas renié les faits relatifs aux fouilles subies par Monsieur Yaffa⁴²⁹.

Lorsque la LPD est alimentée sur la base de motifs raisonnables de soupçonner, on observera que le nombre de personnes inscrites sur la liste sera plus élevé ce qui augmente aussi le risque d'inclure « des faux-positifs » sur la liste. Cela entraîne une suspicion envers la licéité de la liste auprès de l'opinion publique. Par exemple, en 2007, lorsque le PPP était sous contrôle du ministère des Transports, on pouvait lire une déclaration du ministre qui estimait déjà le nombre de personnes sur la liste entre 50 et 2000 noms alors qu'aujourd'hui nous pouvons projeter que cette liste contient davantage de personnes⁴³⁰.

Tout compte fait, le cas de la liste des personnes désignées soulève des enjeux pertinents par rapport à la vie privée dont la « norme de motif raisonnable de soupçonner » comme fondement juridique pour l'inscription des personnes. Dans l'état actuel nous trouvons que cette norme est inadéquate alors l'éventualité d'une insertion d'une technologie biométrique ne fait qu'augmenter nos préoccupations.

b- L'utilisation de la reconnaissance faciale générale

La reconnaissance faciale (RF) est une technologie basée sur des données biométriques morphologiques issues du visage. Elle est utilisée par Passeport Canada conformément à l'article 8.1 du décret sur les passeports canadiens⁴³¹. Elle est aussi un objet d'intérêt quant à son utilisation potentielle dans les lieux susceptibles d'attirer des terroristes (aéroport, frontières,

⁴²⁹ *Yaffa c. Air Canada*, préc., note 420.

⁴³⁰ *Canada (Commissariat à l'information) c. Canada (Transports)*, préc., note 415, par. 7.

⁴³¹ Comme dans plusieurs pays, le passeport canadien est muni de la technologie biométrique de reconnaissance faciale et il utilise une puce électronique qui comprend « nom de famille, prénom, date de naissance, sexe, photo numérique du titulaire ». Ceci dans le but d'augmenter le niveau de sécurité (limiter les fraudes, vols, falsification d'identité). Durant le processus d'adoption de cette mesure, le commissariat à la vie privée avait fait plusieurs recommandations: la nécessité de documenter le besoin de recourir à cette technologie, l'installation des mesures de sécurité des données biométriques, etc. Même si certaines technologies de reconnaissance faciale renferment des données biométriques reliées au balayage de l'iris, ce n'est pas le cas du passeport canadien. De plus, « la puce dans le passeport électronique canadien est passive, ce qui signifie qu'elle: ne comporte aucune source d'énergie; ne peut envoyer de l'information sur de grandes distances; doit être tenue à moins de dix centimètres du lecteur pour être lue ». Réfugiés et Citoyenneté Canada IMMIGRATION et Réfugiés et Citoyenneté Canada IMMIGRATION, « Le passeport électronique », *aem* (28 mai 2015), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/passeports-canadiens/centre-aide/passeport-electronique.html>> (consulté le 4 décembre 2018); *Décret sur les passeports canadiens*, 18 avril 2018, art. 8.1.

grands centres de rassemblement, etc.). Son fonctionnement de base vise l'identification et l'authentification des personnes. « Premièrement, l'ordinateur trouve le visage dans l'image. Il crée ensuite une représentation numérique du visage d'après la position relative, la taille et la forme des traits faciaux. Enfin, cette "carte" numérique du visage représenté sur l'image est comparée avec les images de visages identifiés qui sont enregistrées dans la base de données, par exemple celle des titulaires de permis de conduire »⁴³². Hier, les failles techniques, les enjeux liés aux droits de la personne et les coûts financiers liés à l'utilisation de cette technologie nourrissaient les craintes lorsque le gouvernement voulait l'adopter comme mesure de sécurité. Toutefois, les évolutions relatives à la fiabilité⁴³³ de la RF s'illustrent de plusieurs manières dont : l'amélioration des techniques de chiffrement, une utilisation limitée à l'authentification (non à l'identification), « une conservation de l'information biométrique dans des bases de données locales, et non centralisées, pour réduire le risque que les données soient perdues ou reliées de façon inappropriée aux données contenues dans d'autres systèmes »⁴³⁴, etc. Nous avons confiance que nos recherches sont à jour toutefois, c'est une technologie en constante évolution ce qui pourrait donner lieu à de nouveau développement au fil du temps⁴³⁵.

Parallèlement, nous soutenons l'hypothèse selon laquelle elle demeure une technologie dont l'utilisation, dans un contexte de lutte contre le terrorisme, nécessite une attention plus particulière. L'utilisation de la RF générale pourrait impliquer, entre autres, la collecte de nos données biométriques sans notre consentement et une analyse automatisée de ces données pour atteindre des objectifs sécuritaires (contrôle d'identité, évaluations, surveillance, etc.). Alors, notre questionnement se rapporte aux potentielles incidences de cette technologie sur notre vie

⁴³² Commissariat à la protection de la vie privée du CANADA, « Reconnaissance faciale automatisée dans les secteurs public et privé » (13 mars 2014), en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/recherche/consulter-les-travaux-de-recherche-sur-la-protection-de-la-vie-privee/2013/fr_201303/> (consulté le 5 mai 2018).

⁴³³ « En 2010, après avoir mis à l'essai divers systèmes de reconnaissance faciale, le National Institute of Standards and Technology des États-Unis a constaté que le meilleur algorithme permettait de reconnaître avec exactitude 92% des inconnus au moyen d'une base de données de 1,6 million de dossiers criminels » *Id.*; Patrick J. GROTH, George W. QUINN et P. J. PHILLIPS, « Report on the Evaluation of 2D Still-Image Face Recognition Algorithms », *NIST Interagency Internal Rep. NISTIR - 7709* 2010, en ligne : <<https://www.nist.gov/publications/report-evaluation-2d-still-image-face-recognition-algorithms>> (consulté le 10 mai 2018).

⁴³⁴ C. à la protection de la vie privée du CANADA, préc., note 432.

⁴³⁵ D'ailleurs la ville de Montréal débat autour d'un moratoire sur l'utilisation de la RF par le service de police de Montréal. ICI Radio-Canada Première- RADIO-CANADA.CA, « Reconnaissance faciale : voici comment la loi protège votre vie privée », *Le 15-18 | Radio-Canada.ca Première*, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/premiere/emissions/le-15-18/segments/entrevue/128854/intelligence-artificielle-police>> (consulté le 3 septembre 2019).

privée dans le cadre de la lutte au terrorisme. Nous la jaugerons en fonction de l'article 8 de la Charte dans la mesure où nous avons soutenu l'hypothèse selon laquelle même une surveillance qui se limiterait à une prise de photo pourrait constituer une « fouille » au Canada. « Pour que l'art.8 de la charte trouve application, il faut d'abord qu'il existe une attente raisonnable de respect du droit à la vie privée et que la fouille ou la perquisition porte atteinte à ce droit. Comme la charte ne protège que contre les fouilles et perquisitions abusives, il faut ensuite déterminer si la fouille ou la perquisition en cause est abusive ou non »⁴³⁶ au regard de 3 critères : l'objet de la recherche, l'attente raisonnable subjectif et l'objectivité de cette attente.

- Objet de la recherche

La détermination de l'attente raisonnable de la vie privée passe par l'identification de l'objet de recherche dans le travail des organismes de sécurité. Suivant l'arrêt *Spencer* cette étape de l'analyse ne pose pas de difficulté particulière. De fait, l'objet recherché traduit l'exercice d'identifier la nature des renseignements recherchés. « Lorsqu'il s'agit de qualifier l'objet de la fouille ou d'une perquisition contestée, il faut aller au-delà des renseignements « banals » relatifs à l'abonné, tels son nom et son adresse. Il faut tenir compte de la possibilité que ces renseignements révèlent des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu »⁴³⁷. Une autre méthode d'identification de l'objet vise à « examiner le lien entre la technique d'enquête utilisée par la police et l'intérêt en matière de vie privée qui est en jeu »⁴³⁸. Alors, suivant notre cas hypothétique, rappelons que la RF fonctionne en suivant un processus en trois étapes : identifier une image du visage ensuite créer une carte numérique du visage et comparer celui-ci à une base de données pour établir l'identité d'une personne. Ce fonctionnement nous conduit à retenir « la carte numérique » comme l'objet de la recherche. Celle-ci se compose « de la taille, de la forme (...), des traits faciaux et de la position relative »⁴³⁹.

D'aucun pourrait se questionner à savoir si l'accès du public à recueillir l'information sur les visages (à travers les photos et vidéos disponibles sur les réseaux sociaux par exemple) ne remet

⁴³⁶ *R. c. Gomboc*, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 20 (C.S.C.); *R. c. Collins*, préc., note 77.

⁴³⁷ *R. c. Spencer*, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 25 (C.S.C.).

⁴³⁸ *Id.*

⁴³⁹ C. à la protection de la vie privée du CANADA, préc., note 365.

pas en cause la qualification d'une fouille. Nous pensons le contraire, car, pour une personne « lambda » (sans expérience sur ces questions), la découverte d'une photo biométrique (même sur les réseaux sociaux) ne lui permet pas d'en récolter une « carte numérique » du visage. De plus, le contenu de cette carte permet de soutenir que ces renseignements biographiques ont la capacité de révéler plus qu'une identité. Une étude menée en 2011 à l'Université Carnegie Mellon montre que la technologie de la RF « pourrait être utilisée pour identifier des individus dans le monde réel à partir d'images personnelles en ligne »⁴⁴⁰. On peut lire que : « dans une troisième expérience, les chercheurs ont prédit les intérêts personnels des individus et, dans 27 % des cas, les cinq premiers chiffres de leur numéro d'assurance sociale à partir d'une photo de leur visage »⁴⁴¹. On imagine aisément que l'état de santé (présent ou à venir) d'une personne pourrait en être déduit à travers l'usage du balayage de l'iris pouvant être intégré à la reconnaissance faciale.

- L'attente subjective

En général, l'utilisation d'une technologie de reconnaissance faciale générale se déroule à l'insu des personnes visées. « Il y a près de dix ans, nous avons déterminé que la reconnaissance faciale pourrait devenir la plus envahissante des technologies d'identification biométrique populaires modernes, car le sujet n'a pas à donner son consentement ou même à participer sciemment »⁴⁴². Notons que l'article 4 de la LPRP mentionne que : « les seuls renseignements personnels que peut recueillir une institution fédérale sont ceux qui ont un lien direct avec ses programmes ou ses activités »⁴⁴³. De ce point de vue, les données connexes qu'une carte numérique du visage pourrait révéler contreviendraient à cet article si elles ne sont pas liées aux activités visant à établir l'identité d'une personne.

⁴⁴⁰ Alessandro ACQUISTI, Ralph GROSS et Fred STUTZMAN, « Face Recognition and privacy in the age of augmented reality », (2014) 6-2 *J. Priv. Confidentiality* 1-20; « Dans le cadre d'une expérience, des chercheurs ont utilisé des images accessibles au public apparaissant dans des profils affichés en ligne sur des sites de réseaux sociaux pour identifier des individus dont la photographie apparaît sur un site de rencontre en ligne populaire où les membres utilisent un pseudonyme. Ils ont réussi à identifier un membre sur dix. - Dans une deuxième expérience, les chercheurs ont réussi à identifier 31% des étudiants qui marchaient sur le campus en utilisant les photos de leur profil Facebook » COMMISSARIAT A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, préc., note 357.

⁴⁴¹ C. à la protection de la vie privée du CANADA, préc., note 365.

⁴⁴² *Id.*

⁴⁴³ *Loi sur la protection des renseignements personnels*, préc., note 189, art. 4.

En fait, l'utilisation de la RF générale de prime abord porte atteinte à notre vie privée même dans une situation de lutte contre le terrorisme. Si nous reprenons l'exemple de l'utilisation qui en a été faite aux États-Unis lors du Super Bowl (2001), on ne peut que conclure *a priori* au non-respect de l'art. 8 de la Charte⁴⁴⁴. Les récents événements qualifiés de « terroristes » (selon une frange de l'opinion publique et les politiciens) prêtent le flanc à l'intégration de la reconnaissance faciale dans les outils de prévention dans la lutte antiterroriste⁴⁴⁵. Cependant, lorsque tout le monde fait l'objet de surveillance, c'est une atteinte à la vie privée des citoyens innocents et non exclusivement la poursuite d'objectifs sécuritaire. « La question pertinente n'est pas de savoir si les criminels doivent supporter le risque d'une surveillance sans mandat, mais bien de savoir si elle devrait être infligée à tous les membres de la société »⁴⁴⁶. Lorsqu'une personne ne fait l'objet d'aucune enquête reliée à une infraction d'activité terroriste, la RF générale non autorisée « doit forcément être considérée comme violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée »⁴⁴⁷. Alors, l'absence de consentement et l'atteinte à la présomption d'innocence permettent de soutenir qu'une utilisation de la RF générale pour des raisons sécuritaires brimerait l'attente subjective à la vie privée.

- L'attente objective

La détermination de l'attente raisonnable objective est un exercice complexe et « nombre de facteurs se sont avérés des repères utiles »⁴⁴⁸. L'utilisation de la reconnaissance faciale dans un lieu de grand rassemblement (aéroport, centre commercial, musée, etc.) ne conduit pas à dissiper la menace qui pèse sur la vie privée. Nous ne perdons pas notre droit à la vie privée même dans l'espace public⁴⁴⁹. Comme nous l'avons dit plus haut, la carte numérique du visage d'une personne dans un lieu public n'est pas au « vu du public » et elle n'a certainement pas été abandonnée, car elle n'existe en réalité qu'à la suite d'un travail d'assemblage de composantes.

⁴⁴⁴ S. A. COHEN, préc., note 21, p. 252.

⁴⁴⁵ Paul AUBRIAT, « Attentats du 13 novembre 2015 à Paris: six lieux touchés », *La Presse* (14 novembre 2015), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/international/dossiers/attaques-a-paris/201511/14/01-4920907-attentats-du-13-novembre-2015-a-paris-six-lieux-touchees.php>>; Zone Société- ICI.RADIO-CANADA.CA, « Les loups solitaires plus menaçants pour le Canada que les groupes terroristes », *Radio-Canada.ca*, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/724678/loups-solitaires-plus-dangereux-menace-groupes-terroristes-etude>> (consulté le 15 mai 2018).

⁴⁴⁶ *R. c. Duarte*, préc., note 224.

⁴⁴⁷ *Id.*

⁴⁴⁸ *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 43 (C.S.C.).

⁴⁴⁹ *Aubry c. Éditions Vice-Versa inc.*, préc., note 70.

Dans un autre registre, nous pouvons autant affirmer qu'infirmier qu'un tiers aurait à sa disposition nos données biométriques collectées. Il en va de même pour « les données connexes » dans la mesure où notre médecin ou notre entourage pourrait détenir des renseignements sur notre santé ou notre mode de vie.

Notons que le droit à l'anonymat est une composante importante du respect de la vie privée dans la mesure où la cour souligne qu'en plus de la confidentialité et du contrôle des renseignements « il est nécessaire en l'espèce d'élargir quelque peu cette interprétation de manière à tenir compte du rôle que joue l'anonymat dans la protection des droits en matière de vie privée sur internet »⁴⁵⁰. Certes, la reconnaissance faciale ne vise pas l'activité sur internet, mais le droit à l'anonymat est directement touché à travers cette technologie même dans l'espace public. « La cour a ensuite précisé que la protection garantie par l'art. 8 vise non seulement les renseignements de cette nature, mais aussi les renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu »⁴⁵¹. Alors, l'objet de la fouille qu'est la carte numérique du visage est visé par l'art. 8, car elle « tend à révéler des détails intimes » sur les personnes⁴⁵². Rappelons-nous que la cour avait admis que les principes retenus dans une affaire impliquant l'intrusion étatique par rapport aux fouilles, saisies et perquisitions peuvent s'appliquer dans d'autres « cas ».

Ainsi la RF est une technologie a priori intrusive dont le déploiement pour lutter contre le terrorisme contrevient à l'article 8 de la charte. Cependant nous devons pousser nos réflexions pour questionner d'autres angles de vue.

2) Les perspectives d'intégration de la biométrie relativement à la lutte au terrorisme

La technologie biométrique implique souvent l'établissement d'une base de données par rapport à son fonctionnement. Cet aspect de la biométrie soulève des inquiétudes quant aux incidences sur la vie privée. Selon Ayese Ceyhan : « la globalisation de la biométrie soulève la

⁴⁵⁰ R. c. *Spencer*, préc., note 437, par. 34.

⁴⁵¹ *Id.*, par. 27; R. c. *Plant*, préc., note 68.

⁴⁵² R. c. *Spencer*, préc., note 437, par. 27; R. c. *Plant*, préc., note 68.

question cruciale de la protection des informations stockées dans des banques de données. Quel est leur statut juridique? Quel régime juridique encadre leur protection au niveau mondial? »⁴⁵³. Sans être la seule à s'inquiéter sur l'établissement des bases de données reliées au fonctionnement de la biométrie, M. Radwanski : « dénonce la nouvelle base de données sur les voyageurs, du style “Big Brother”, de l'Agence des douanes et du revenu du Canada »⁴⁵⁴. Rappelons que nous considérons les données biométriques comme des renseignements personnels qui font eux aussi l'objet de stockage auprès du gouvernement. Alors, nous soutenons l'hypothèse selon laquelle l'existence des bases de données en soi ne remet pas en cause l'utilisation de la technologie biométrique et nous verrons par la suite qu'au contraire c'est une technologie qui peut servir à améliorer la protection de nos renseignements lorsqu'elle est déployée de manière à protéger la vie privée.

Selon nous, l'ensemble de la législation canadienne relative à la protection des renseignements personnels encadre l'établissement des bases de données. Lorsqu'on se réfère à la LSCRS, l'art 12 (1) stipule que : « le service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard »⁴⁵⁵. Le SCRS pourrait intégrer la technologie biométrique nécessitant la mise en place d'une base de données dont la composition devra être encadrée suivant les balises contenues dans le même article. Ainsi, c'est avec justesse que le CSARS a sonné l'alarme quant au constat relatif à la conservation de « données non référentielles » à l'issue d'une enquête avec un mandat judiciaire qui n'en permettait pas la collecte ni la conservation. On peut lire : « le comité a passé au crible la liste complète des fichiers de données référentielles, et il a décelé des exemples pour lesquels il estime que les critères d'inclusion dans la catégorie des “données référentielles”, soit

⁴⁵³ « Identification and surveillance issues at the age of biometrics - CIAO », en ligne : <<http://www.ciaonet.org/record/7741>> (consulté le 13 février 2018).

⁴⁵⁴ Commissariat à la protection de la vie privée du CANADA, « Comparution devant le Sous-comité sur la Sécurité nationale du Comité permanent de la justice et des droits de la personne - Le 10 février 2003 » (10 février 2003), en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/conseils-au-parlement/2003/02_05_a_030210/> (consulté le 5 mai 2018).

⁴⁵⁵ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141, art. 12 (1).

des données provenant de sources d'informations ouvertes et accessibles au public, n'étaient pas respectés »⁴⁵⁶.

En matière de sécurité nationale, l'établissement d'une base de données est encadré par des normes similaires à celles lors de collecte de renseignement. S'il s'avère qu'à l'étape de l'enrôlement ou de l'inscription, l'action étatique représente une « fouille abusive », il est clairement établi que la conservation de ces renseignements également contreviendrait au droit constitutionnel à la vie privée⁴⁵⁷. La cour soutient que « Le SCRS a le mandat de recueillir des informations liées à la menace, mais qu'il ne peut conserver les données recueillies dans le cadre d'un mandat dont le contenu analogue a été considéré comme non lié à la menace et détruit »⁴⁵⁸. Cela nous conduit à relever certaines normes qui devraient diriger l'encadrement d'une base de données liée à la biométrie dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (a). Nous relèverons l'importance de l'application du principe de proportionnalité (b), la nécessité du contrôle judiciaire (c) et le respect du principe d' « intrusion minimale » (d).

a- Quelques balises liées au recours aux bases de données

Il ne peut y avoir une base de données qui renferme des données biométriques ne répondant pas aux exigences de l'article 12 de la LSCRS. L'expression « menace envers la sécurité du Canada » constitue une balise normative favorable à l'établissement de base de donnée à des fins biométriques. Rappelons que le législateur à travers l'article 2 de la LSCRS identifie explicitement le terrorisme comme une « menace envers la sécurité du Canada » ce qui nous permet d'y trouver hypothétiquement un fondement pouvant justifier la mise en place des bases de données biométriques. Parallèlement, dans sa tentative d'interprétation législative, le juge Simon Noël relève ceci : « (...) dire que le service peut recueillir des renseignements sur des particuliers pour autant que ces renseignements se rapportent au mandat du service, c'est poser

⁴⁵⁶ « Dans la première se trouvent les “données référentielles”, des informations qui servent principalement à faciliter la vérification de l'identité. Les fichiers de données référentielles sont composés de renseignements sur un grand nombre de personnes et de lieux. Le SCRS a également des fichiers de données dites “non référentielles”, qui contiennent des informations en vrac sur toutes sortes de personnes. Cette catégorie de données ne peut être conservée que si on les juge pertinentes à une enquête en cours autorisée par mandat » Security Intelligence Review COMMITTEE, « Rapport annuel 2016–2017 - CSARS » (5 octobre 2017), en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2016-2017/index-fra.html?wbdisable=false>> (consulté le 5 mai 2018).

⁴⁵⁷ *X (Re)*, préc., note 270.

⁴⁵⁸ *Id.*, par. 151.

une règle si vague et si lâche qu'elle suffirait à justifier n'importe quel programme de collecte »⁴⁵⁹.

En fait, le critère du « strict minimum nécessaire » joue un rôle important dans la mesure où « le SCRS ne peut recueillir des informations ou des renseignements » que dans le respect de ce critère. Alors, ce seuil s'applique aussi bien à l'étape de l'enrôlement que dans l'établissement d'une base de données. Dans un récent rapport, le CSARS rappelle la fonction de ce principe en constatant que des renseignements financiers ont été ajoutés à la base de données opérationnelle du service de manière illicite. Dans son rapport, « le CSARS a émis deux recommandations, l'une concernant le travail du SCRS dans ce domaine; et l'autre sur la précision, dans la politique, du seuil à partir duquel les renseignements peuvent être conservés »⁴⁶⁰. De plus, le Commissariat à la vie privée (CPVP) dans son évaluation de la technologie biométrique a insisté sur ce point indépendamment de son application à la lutte contre le terrorisme⁴⁶¹.

Par ailleurs, la collecte de données est assujettie au respect de la norme « de motifs raisonnables de soupçonner ». Cependant, nous admettons que les « données connexes » peuvent franchir cette balise alors, dans ce cas de figure, il faut nuancer l'amalgame entre la collecte et le stockage des données. La conservation des « données connexes » devra faire l'objet d'une analyse afin de rétablir le rôle des balises incluses dans l'article 12 (1) au moment de la collecte. « La cour a proposé que ces informations sans lien quelconque soient détruites le plus tôt possible puisqu'elles ne sont pas considérées comme liées à la menace »⁴⁶². Ce qui se traduira par une réduction de la période d'examen de ces données connexes⁴⁶³.

En somme, la combinaison de ces balises incluses dans l'art 12 (1) de la LSCRS nous conduit à soutenir l'hypothèse selon laquelle une mise en place des bases de données biométriques s'arrimera aux balises applicables aux activités de conservation du SCRS. Le but n'est pas de nier les enjeux liés à la vie privée, mais de démontrer qu'au-delà de la technologie c'est sur le plan

⁴⁵⁹ *Id.*, par. 128.

⁴⁶⁰ S. I. R. COMMITTEE, préc., note 456.

⁴⁶¹ C. à la protection de la vie privée du CANADA, préc., note 432; *Une organisation utilise la biométrie à des fins d'authentification*, préc., note 376.

⁴⁶² *X (Re)*, préc., note 270, par. 87.

⁴⁶³ *X (Re)*, préc., note 270.

normatif (politiques et directives internes de conservations des données biométriques) que des améliorations devront se produire.

b- La notion de proportionnalité dans le choix du système biométrique

En général, il n'y a pas d'objection à l'idée que l'État puisse en toute légitimité lutter contre le terrorisme. Ce sont les outils qu'il utilisera qui soulèvent des inquiétudes quant à la vie privée des citoyens. Dans l'arrêt *Khawaja* le juge analyse la portée excessive de la loi en mentionnant que :

« les appelants prétendent que la loi a une portée excessive en ce qu'elle a une incidence totalement disproportionnée à son objet. Ils confondent portée excessive et caractère totalement disproportionné (...) la doctrine et la jurisprudence suggèrent toujours que la portée excessive d'une disposition et son caractère totalement disproportionné sont des concepts distincts, du moins sur le plan analytique »⁴⁶⁴.

Alors, compte tenu des avancées biométriques, leurs conséquences sur la vie privée peuvent réduire considérablement l'autonomie des personnes qui y sont sujettes. Cependant, la proportionnalité normative encadrant l'utilisation de la biométrie doit guider la législation autour de l'utilisation de cette technologie. Relativement aux mesures pouvant être prises pour réduire « les menaces envers la sécurité du Canada », l'article 12.1 (2) stipule que « les mesures doivent être justes et adaptées aux circonstances, compte tenu de la nature de la menace et des mesures, ainsi que des solutions de rechange acceptables pour réduire la menace »⁴⁶⁵.

Le système biométrique à utiliser pour lutter contre le terrorisme devra être « juste et adaptées aux circonstances ». Le système biométrique en question devra réduire la marge d'erreur dans son fonctionnement. C'est-à-dire qu'un effort raisonnable devra être effectué pour réduire ou éliminer les faux positifs, la discrimination et surtout respecter une attente raisonnable de la vie privée, par exemple, un système qui s'inspire d'un outil de surveillance analysé dans l'arrêt *Wise* : « il faut se rappeler la nature rudimentaire et même simpliste du dispositif de surveillance utilisé en l'espèce. Il ne permettait pas d'obtenir une image des déplacements ou de la position du véhicule. Il ne permettait pas non plus de capter ou d'enregistrer les conversations à l'intérieur du véhicule. De toute évidence, on ne pouvait pas dire qu'il permettait de situer un véhicule en tout

⁴⁶⁴ *R. c. Khawaja*, préc., note 129, par. 38.

⁴⁶⁵ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141.

temps »⁴⁶⁶. Même dans le cadre de la lutte contre le terrorisme le système d'identification et d'authentification devra rester minimaliste dans son fonctionnement en priorisant, notamment, les technologies qui nécessitent le consentement des citoyens ou qui ne nécessitent pas l'établissement des bases de données. Dans l'arrêt *Gomboc*, on peut s'inspirer de l'analyse de l'ampère-mètre numérique (AN). Le juge Deschamps rappelle que :

« Je suis d'accord avec la juge en chef et le juge Fish (par. 123) pour dire qu'il n'est pas nécessaire que des éléments recueillis soient concluants pour que la perquisition soit attentatoire. Je crois toutefois, contrairement à eux, qu'une preuve a été présentée en l'espèce concernant la valeur des données provenant de l'AN comme fondement à des hypothèses. En effet, le sergent-détective Morrison a également témoigné au sujet de ce que la technologie de l'AN, dans sa forme actuelle, ne révèle pas. La preuve établit qu'il n'était pas possible de tirer absolument aucune inférence valable à propos des occupants de l'habitation ou de leurs activités hormis la présence d'une installation de culture »⁴⁶⁷.

L'utilisation de l'AN ne mène pas directement à une intervention policière parce que l'appareil (seul) ne permet pas une analyse concluante. « Dans la pratique, les policiers utilisent des données enregistrées par l'AN, avec tous les autres renseignements recueillis au cours de leur enquête, pour démontrer l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant la délivrance d'un mandat de perquisition qui les autorise à entrer dans la maison pour y chercher des éléments de preuve de l'existence d'une culture de marijuana »⁴⁶⁸.

c- Le contrôle judiciaire

Il y a atteinte au droit constitutionnel à la vie privée quand l'action étatique enfreint une attente raisonnable à la vie privée des citoyens. Ce principe général est nuancé lorsque l'État soumet son action à un contrôle judiciaire. Si nous reprenons l'exemple de la RF générale, elle peut être déployée si un « juge désigné » en autorise l'utilisation relativement à l'existence « d'une menace envers la sécurité du Canada ». L'art. 21 de la LSCRS donne ce pouvoir au service de renseignement :

Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au service de faire enquête, au Canada ou à l'extérieur du Canada, sur des menaces

⁴⁶⁶ *R. c. Wise*, préc., note 227.

⁴⁶⁷ *R. c. Gomboc*, préc., note 436, par. 7.

⁴⁶⁸ *Id.*, par. 13.

envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 16⁴⁶⁹.

Nous soutenons que l'utilisation des technologies biométriques aussi intrusives que la RF générale devrait être subordonné à l'obtention d'une autorisation judiciaire. En fait, le SCRS ne pourrait pas en faire usage en se basant sur l'article 12 de la LSCRS. À ce propos le juge Simon Noël dit :

« L'article 21 s'applique lorsque les méthodes traditionnelles sont insuffisantes pour faire progresser une enquête et qu'il est nécessaire de recourir à des méthodes intrusives. Dans un tel cas, la cour s'assure que la demande de mandats respecte toutes les exigences de la loi et que les mesures demandées sont justifiées au vu des faits présentés. L'article 21 ne crée pas un régime distinct n'ayant absolument aucun lien avec la première fonction du SCRS comme il est décrit au paragraphe 12 (1). Au contraire, l'article 21 vient compléter la première fonction, c'est-à-dire "faire enquête", en établissant des exigences procédurales applicables aux demandes de mandats »⁴⁷⁰.

Ici nous relevons qu'il y a des législations existantes pour encadrer le déploiement de la RF. Il faut ajouter que de nouvelles normes (adaptées aux nouvelles technologies) restent nécessaires pour guider les juges dans leur travail.

d- Une intrusion minimale

Le choix du système biométrique pour lutter contre le terrorisme dépendra des circonstances dans lesquelles se développe l'action étatique. Un système de RF utilisant le balayage de l'iris pourrait trouver une certaine légitimité pour protéger des renseignements sur le nucléaire, alors qu'il soulèverait de l'inquiétude lorsque les citoyens en seraient soumis pour traverser la frontière canadienne par exemple. L'enjeu autour de la détermination du système biométrique c'est de permettre une certaine latitude aux agences intervenantes en matière de sécurité nationale de choisir la technologie la plus adéquate. D'ailleurs J. Woodward s'exprime en ces mots : "Biometric balkanization (...) offers maximum flexibility to the private or public actor that will use the technology. The actor can tailor a specific biometric program to meets its own unique mission within its resource constraints"⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, préc., note 141, art. 21.

⁴⁷⁰ *X (Re)*, préc., note 270, par. 162.

⁴⁷¹ J. D. WOODWARD, préc., note 358.

Comment reconnaître une technologie biométrique adéquate dans une circonstance donnée? La question est complexe dans la mesure où plusieurs normes s'appliquent au choix à retenir, dont le respect du critère de l'intrusion minimale de la technologie. Ainsi, le juge Binnie dans son rappel de l'historique de l'arrêt *Tessling*, reprend ce passage de la cour d'appel portant sur les caractéristiques du FLIR:

La surveillance à l'aide du FLIR constitue une perquisition parce que les éléments qu'elle révèle seraient autrement invisibles, et qu'elle détecte des activités qui se déroulent dans la résidence et qui seraient indétectables en l'absence d'une technologie sophistiquée. Le FLIR capte les manifestations extérieures de la chaleur produite dans la résidence, mais il vise à détecter la chaleur générée par les activités exercées dans la résidence. Par conséquent, la détection de données à l'aide du FLIR constitue une perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*. [par. 68]⁴⁷².

Ultimement la bonne foi et la volonté politique de protéger la vie privée doivent guider autant l'exécutif que le législatif dans le choix de la technologie. Le défi que cela représente nous emmène à la prochaine partie de ce mémoire comme cheminement à suivre.

C. L'utilisation du test d'oakes au dépend de la recherche d'équilibre entre la sécurité et le vie privée

Au regard de nos observations sur « la technologisation de la sécurité »⁴⁷³, la biométrie a une place particulière comparativement aux autres outils de prévention comme la vidéosurveillance, l'interception de communication, l'espionnage. Relativement à ses fonctions de base, elle prétend de plus en plus à une sophistication de son rendement dans le sens où les résultats sont de plus en plus exacts et les marges d'erreur sont en diminution. La biométrie n'est pas une 'technologie neutre'⁴⁷⁴ et son utilisation implique *de facto* une restriction au droit à la vie privée. Suivant l'arrêt *Oakes*, cette restriction ne peut être constitutionnelle que si l'argument sécuritaire ou la lutte contre le terrorisme était une règle de droit. Cela nous conduit à orienter nos réflexions sur la piste d'une justification d'utilisation de la biométrie en fonction de l'article 1 de la charte contrairement à la grille d'analyse qui retiendrait la recherche d'équilibre entre la sécurité et la vie privée. Selon notre observation, *a priori*, nous soutenons qu'il faudrait qualifier la lutte contre le terrorisme comme étant « un objectif social fondamentalement important ». Les

⁴⁷² R. c. *Tessling*, préc., note 448, par. 10.

⁴⁷³ A. CEYHAN, préc., note 374, 22.

⁴⁷⁴ A. CEYHAN, préc., note 374.

trois critères issus de l'arrêt *Oakes* sont incontournables pour justifier l'utilisation de la biométrie : l'importance de l'objectif, la proportionnalité et 'le recours à l'article premier'⁴⁷⁵.

1) L'objectif réel et important

Ici, il faut déterminer si la lutte contre le terrorisme est un objectif réel et important selon la norme de la prépondérance des probabilités appliquée de manière 'sévère'. Déjà, nous avons relevés à la première partie I que le terrorisme est un concept qui échappe à une définition précise, mais la Cour avait retenu qu'il était assez compréhensible pour faire l'objet d'une manipulation rationnelle. Au-delà du défi définitionnel, le fait que le concept de la lutte contre le terrorisme brouille les distinctions entre la sécurité publique et la sécurité nationale rend l'analyse plus complexe. C'est dans cette dynamique que nous soutenons l'hypothèse selon laquelle elle reste un objectif réel et important. D'une part à cause de nos développements précédents par rapport aux expériences canadiennes dont l'attentat du vol Air India. D'autre part, les accords internationaux comme le PNR⁴⁷⁶ avec l'Union européenne ou les accords entourant 'le périmètre de sécurité' avec les États unis⁴⁷⁷. S'il est indéniable que les alliés ont accusé une pression américaine pour retenir prioritairement la lutte contre le terrorisme à leur agenda sécuritaire, les récentes vagues de violences (Londres, Paris, Belgique) à consonances « terroristes » confortent notre hypothèse à considérer cette lutte comme étant un objectif réel et important.

2) Le critère de proportionnalité

Nos précédents développements ont abordé ce critère, car il est question de déterminer la technologie biométrique permettant d'atteindre l'objectif précis de neutraliser la menace terroriste. Lorsque les agences de sécurité ou le gouvernement argumentent que l'identification des personnes permet de prévenir le terrorisme, il faut noter que cette démonstration n'a pas encore eu lieu de manière rigoureuse dans le cadre d'un processus démocratique et scientifique. Concernant la carte nationale d'identité munie d'une technologie de RF, les auteurs L. Laniel et P. Piazza rapportent :

⁴⁷⁵ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, préc., note 191, par. 62-71.

⁴⁷⁶ A. SCHERRER, préc., note 362, 20.

⁴⁷⁷ *Id.*, 18.

« Dès lors, en quoi une carte nationale d'identité, extrêmement fiable ou non, pourrait-elle être d'une quelconque utilité pour combattre des terroristes à même d'obtenir ce document en toute légalité? Au Canada, ce type d'argument est d'ailleurs aussi systématiquement avancé par les opposants à l'introduction d'une carte nationale d'identité. Le Centre de recherche et d'information sur le Canada (CRIC) en résume la teneur : 'La manière précise dont ces cartes d'identité nationales permettraient de lutter contre le terrorisme demeure vague. La comparaison de nos cartes d'identité nationales aux listes de surveillance des terroristes connus ou soupçonnés s'avèrerait inutile lorsqu'il s'agit de nouveaux terroristes inconnus ayant recours à des documents d'identification légitimes. L'établissement d'une énorme base de données avec toutes nos transactions quotidiennes, qui pourrait par la suite être exploré dans la recherche d'indices liés au terrorisme, serait hautement envahissant et irait à l'encontre de nos traditions de common law et de la protection de nos libertés civiles bien établies »⁴⁷⁸.

En fait, la technologie retenue ne doit pas 'être fondée sur des considérations irrationnelles', mais doit 'avoir un lien rationnel' avec l'objectif particulier par exemple empêcher un individu de se retrouver dans un endroit précis. En plus de respecter le critère de l'intrusion minimale, les effets du système biométrique choisi doivent être proportionnels à l'objectif précis. C'est-à-dire qu'un système qui récolterait des données connexes devra faire l'objet d'une attention particulière quant au traitement (par exemple, la période de conservation et les mesures sécuritaires de destruction) de ses données.

3) *L'article 1 de la charte*

Est-ce que l'utilisation du système biométrique destinée à prévenir contre « une menace envers le Canada » trouve une justification « dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁴⁷⁹ ? Ultimement, il appartient aux tribunaux de répondre à cette question, mais nous pouvons déjà postuler de prime abord que l'utilisation de la RF générale défierait les principes fondamentaux de la société canadienne. « La démocratie libérale ne voudrait plus rien dire si toute personne se promenant sur la voie publique devait divulguer son identité »⁴⁸⁰. Ainsi, nous pensons qu'il faudrait rester vigilant à toutes les formes de programme biométrique qui

⁴⁷⁸ « A biometric national identity card for the British: antiterrorism as justification - CIAO », en ligne : <<http://www.ciaonet.org/record/7742>> (consulté le 13 février 2018).

⁴⁷⁹ « Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérent de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société » *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, préc., note 191, par. 64.

⁴⁸⁰ F. MASSICOTTE, préc., note 361, p. 101.

s'implante dans le but de faciliter les procédures administratives ou de prévenir le passage à la commission d'un crime. Notons que le programme Nexus vise à faciliter le passage entre des frontières canado-américaines toutefois, il prédisposerait à tendre vers une banalisation de l'outil biométrique. En matière de sécurité nationale, le rôle des tribunaux est fondamental pour la protection de la vie privée.

Conclusion partielle

En conclusion, la biométrie accélère le mouvement de sécurisation dans son ensemble. C'est un outil remarquable en raison de sa capacité à jumeler ses fonctions de base d'identification et d'authentification avec son utilité dans l'accroissement des surveillances à l'heure de la lutte contre le terrorisme. Au fur et à mesure qu'elle évolue, les agences de renseignements chargées de la sécurité nationale l'assimilent de plus en plus à un outil précieux pour réaliser leurs mandats. Même si son utilisation est encore embryonnaire au Canada, la biométrie s'invite lentement dans le paysage sécuritaire canadien⁴⁸¹ d'où notre choix d'explorer les enjeux que cette technologie soulève au regard de la vie privée des citoyens. Est-ce une technologie qui révolutionnera les relations entre l'État et la population dans leurs futures interactions?

En effet, le fonctionnement de la biométrie pose en soi des inquiétudes relatives à la vie privée, car elle utilise des renseignements personnels particulièrement intrusifs pour l'individu. En outre, un regard sur les mesures de lutte contre le terrorisme déjà existantes nourrit les inquiétudes à son implantation. Le cas du programme de protection des passagers démontre comment la collecte et la communication des renseignements personnels peuvent contrevenir à différentes composantes du droit à la vie privée : le consentement, la norme applicable dans la collecte de données, la dignité des personnes, etc. Alors qu'en serait il lorsque déploiera une technologie comme la biométrie dans cette réalité juridique ?

⁴⁸¹ « Au fur et à mesure que la technologie de reconnaissance faciale évoluera, les possibilités de l'intégrer aux programmes de surveillance fédéraux pourraient se multiplier. Par exemple, on pourrait ajouter cette technologie aux systèmes de vidéosurveillance existants, comme ceux utilisés par la Gendarmerie royale du Canada sur la Colline du Parlement, par l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien dans les aéroports et par l'Agence des services frontaliers à tous les postes frontaliers » C. à la protection de la vie privée du CANADA, préc., note 432.

Un regard sur une situation hypothétique au Canada (déjà en développement à Londres) dans laquelle les services de sécurité et de renseignement auraient recours à la reconnaissance faciale générale démontre quelques pistes d'inquiétudes au regard du droit constitutionnel canadien. Aussi, subjectivement qu'objectivement, de prime abord, nous détenons une attente raisonnable de notre vie privée envers les détails de nos visages plus précisément la carte numérique du visage même dans une situation de lutte contre le terrorisme. Alors, on partage les objections qui sont soulevées quant au recours à la biométrie dans la sauvegarde de « l'ordre social ».

Cependant, le problème fondamental n'est plus de se positionner en faveur ou en défaveur de la « technologisation de la sécurité », mais de se pencher sur le cadre normatif qui pourrait permettre leur déploiement de manière licite. Nous avons retenu les enjeux autour d'une base de données contenant des données biométriques pour illustrer le rôle primordial que jouent les normes juridiques dans la sécurisation. Les balises contenues dans l'art. 12 de LSCRS, le principe de proportionnalité, l'importance du contrôle judiciaire et le principe de l'intrusion minimale ne sont que quelques points normatifs fondamentalement importants à observer dans l'utilisation de la biométrie par l'État.

Définitivement, l'utilisation de la biométrie par les services publics dans leur interaction avec la population dans le cadre de la lutte au terrorisme présente des particularités qui nous orientent à retenir le test d'Oakes pour jauger des conditions de leur déploiement. Il faut mentionner que la LAT1 et LAT2 ne mentionnent pas son usage. Alors, nous soutenons l'hypothèse que l'utilisation de la biométrie ne peut être justifié sur la base d'une recherche d'équilibre entre la sécurité et la vie privée, mais dans le prisme d'un choix politique qui porte atteinte à un droit fondamental. Dans cet ordre d'idée, nous nous pencherons, au chapitre suivant, sur l'enjeu démocratique de la vie privée dans le mouvement de lutte contre le terrorisme.

Conclusion générale

Le droit constitutionnel à la vie privée demeure un enjeu important dans l'élan sécuritaire du pouvoir exécutif. Évidemment, il est légitime d'adopter des mesures adaptées à l'évolution de la menace que représente le terrorisme. Mais, une mauvaise compréhension des enjeux sécuritaires donne lieu à des lois inutiles. Dans notre souci de saisir le degré de protection ou d'érosion de la vie privée dans la lutte au terrorisme, il s'avère important de noter que la réflexion doit continuer autour du problème. D'un côté il faut continuer à se soucier de la protection d'un droit constitutionnel. De l'autre côté il faut nourrir des réflexions autour du déploiement des orientations gouvernementales pour garantir la sécurité.

La lutte au terrorisme ne fait pas référence à un droit à la sécurité mais à la poursuite d'un objectif gouvernemental. Il est important de le rappeler dans la mesure où, nous sommes d'avis que l'équilibre prôné par les tribunaux doit au minimum s'effectuer à travers le test d'Oakes. De la sorte, la constitution continuerait de remplir son rôle qui est d'« empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés » car la Charte « n'autorise pas en soi le gouvernement à agir »⁴⁸². Alors, les mesures sécuritaires du gouvernement pourront « recevoir une interprétation conforme à la constitution »⁴⁸³.

Si le terrorisme représente « un danger pour la sécurité du Canada », il impose surtout une spécificité permanente dans le système judiciaire⁴⁸⁴. Celle-ci se traduit notamment par une souplesse des procédures d'enquête à l'image de l'article 83.28. Si habituellement la justification d'intervention étatique par rapport à un crime s'établit par preuve directe, désormais on assiste à une souplesse de ce critère. « Il doit exister une possibilité réelle et sérieuse d'un effet préjudiciable au Canada » et « il n'est pas nécessaire que la menace soit directe; au contraire, elle peut découler d'événements qui surviennent à l'étranger, mais qui, indirectement, peuvent réellement avoir un effet préjudiciable à la sécurité du Canada »⁴⁸⁵. Contrairement à l'orientation étatique nous soutenons l'hypothèse que l'argument de la spécificité du terrorisme devrait donner lieu « aux recours de pouvoirs exceptionnels comme ceux conférés par la loi sur les mesures

⁴⁸² *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 7, par. 19.

⁴⁸³ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102, par. 89.

⁴⁸⁴ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, préc., note 111, par. 39.

⁴⁸⁵ *Id.*, par. 88.

d'urgence, L.R.C. 1985, ch. 22 (4^e suppl.), ou d'invoquer la disposition de dérogation contenue à l'art. 33 de la Charte »⁴⁸⁶. Rappelons-nous que dans l'état actuel ce sont les dispositions du code criminels, et le régime de protection de la vie privée qui subissent des transformations en faveur de la sécurité. Sans être catégorique dans nos hypothèses, nous concluons que ces transformations concourent à l'érosion de la vie privée.

Lorsqu'il est difficile de déterminer ce qui constitue un acte terroriste et que la cour suprême admet que c'est un concept plus politique que juridique, il y a lieu d'être vigilant relativement aux prétentions du pouvoir exécutif. « Nous convenons aussi que la conclusion qu'il existe ou non un « danger pour la sécurité du Canada » repose en grande partie sur les faits et ressortit à la politique, au sens large »⁴⁸⁷. C'est dans cette dynamique que les juges ont une responsabilité de s'enligner dans un activisme juridique pour protéger le droit constitutionnel à la vie privée. De toute évidence le droit évolue, mais cette transformation est encore plus importante et délicate dans le cadre canadien en ce qui concerne la protection des libertés en matière de sécurité nationale. L'enjeu autour du test de l'attente raisonnable de la vie privée, l'investigation judiciaire, le suivi des mandats de fouilles, de perquisition ou de saisi, etc. sont autant de fronts sur lesquels les juges ont un rôle important à jouer.

Fondamentalement, la lutte au terrorisme revêt un portrait particulier dans la mesure où l'État se retrouve dans une posture prédominante dans la définition de la menace et jouit du privilège de légiférer. Selon nous il faut nuancer la présomption de bonne foi ou de constitutionnalité par rapport aux mesures étatiques. D'ailleurs Jean Paul Brodeur nous rappelle que « trois présidents des États-Unis sont morts assassinés – Lincoln, Mc Kinley et, plus près de nous, John F. Kennedy. Bien que l'assassinat du président Kennedy ait suscité un immense émoi populaire, il n'a pas été qualifié d'attentat terroriste, pas plus que les meurtres de Lincoln et de Mc Kinley »⁴⁸⁸. Les risques d'instrumentalisation politique de la violence nous conduisent à militer pour un activisme judiciaire.

⁴⁸⁶ *Id.*, par. 39.

⁴⁸⁷ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, préc., note 102, par. 85.

⁴⁸⁸ Jean-Paul BRODEUR, « Comment définir le terrorisme? », dans Jean-Paul BRODEUR et Stéphane LEMANLANGLOIS (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, coll. Bibliothèque numérique canadienne. Collection des éditeurs canadiens, Montréal, Qué., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, p. 17-37 à la page 27.

L'analyse des perspectives de déploiement de la biométrie démontre que de manière générale les juges et les organismes de surveillances (CSARS par exemple) sont outillés pour protéger la vie privée. Cependant le Canada accuse un retard en ce qui a trait à la transparence démocratique pour protéger la vie privée. Si les juges peuvent effectivement protéger la vie privée dans son aspect individuel, le pouvoir législatif quant à lui ne peut témoigner d'un tel effet sur les décisions exécutives sur les enjeux de sécurité nationale. Les efforts nécessaires doivent être posés en ce sens pour que la vie privée dans son aspect sociétale puisse continuer de servir de balise aux réactions du pouvoir exécutif. Ultimement, la vie privée ne pourra trouver une protection optimale que lorsque les citoyens continueront de plus en plus à demander des comptes sur les questions de sécurité nationale comme le terrorisme.

Table de la législation

Textes internationaux

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Convention européenne des droits de l'homme*, en ligne : <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf> (consulté le 4 janvier 2019).

UNITED NATIONS, *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, en ligne : <<http://www.un.org/french/millenaire/law/cirft.htm>> (consulté le 10 septembre 2018).

Textes canadiens

Loi antiterroriste, (2001) L.C. 2001, ch. 41.

Loi sur les mesures d'urgence, (2003) L.R.C. (1985), ch. 22 (4e suppl.).

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, (2015) L.C. 2000, ch.5.

Charte canadienne des droits et libertés, (2015) Lois constitutionnelles de 1867 à 1982.

Loi sur la communication d'information ayant trait à la sécurité du Canada, (2015) L.C. 2015, ch. 20, art. 2.

Loi sur la sûreté des déplacements aériens, (2015) L.C. 2015, ch. 20, art.11.

Loi antiterroriste (2015), (2017) L.C. 2015, ch. 20.

Code criminel, (2017) L.R.C. (1985), Ch. C-46.

Loi sur la protection des renseignements personnels, (2017) L.R.C. (1985), ch. P-21.

Loi sur le comité des parlementaires sur la sécurité nationale et le renseignement, (2017) L.C. 2017, ch. 15.

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, (2017) L.C. 2000, ch. 17.

Décret sur les passeports canadiens, 18 avril 2018.

Loi sur l'accès à l'information, (2018) L.R.C. (1985), ch. A-1.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, (2018) L.C. 2001, ch. 27.

Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5.

Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, LRC 1985, c C-23.

Jurisprudence canadienne

Re Attorney-General of Manitoba et al. and National Energy Board et al., 1974 C.F. .

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S 145 (C.S.C.).

Operation Dismantle c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 441 (C.S.C.).

Carey c. Ontario, [1986] 2 R.C.S. 637 (C.S.C.).

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265 (C.S.C.).

R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309 (C.S.C.).

R. c. Dymont, [1988] 2 R.C.S. 417 (C.S.C.).

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30 (C.S.C.).

R. c. Wong, [1990] 3 R.C.S. 36 (C.S.C.).

R. c. Wise, [1992] 1 R.C.S. 527 (C.S.C.).

R. c. Morales, [1992] 3 R.C.S. 711 (C.S.C.).

R. c. Plant, [1993] 3 R.C.S. 281 (C.S.C.).

Ontario (Attorney-General) v. Dieleman, 1994 ON C.S. .

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835 (C.S.C.).

R. c. Feeney, [1997] 2 R.C.S. 13 (C.S.C.).

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re), [1997] 1 R.C.F. 420 (C.F.).

Aubry c. Éditions Vice-Versa inc., [1998] 1 R.C.S. 591 (C.S.C.).

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217 (C.S.C.).

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668 (C.S.C.).

R. v. Budreo, 2000 ON C.A. .

Louise Gosselin v. the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Ontario et al. Case, 2002 [xvii]-662.

R. c. Rouleau, 2002 C.Q. 7572.

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3 (C.S.C.).

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2002] 4 R.C.S. 3 (C.S.C.).

Ribic c. Canada (Procureur Général), 2003 C.F.P.I. 10.

Canada (Procureur général) c. Ribic, [2003] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.).

Charkaoui (Re), [2003] 3 C.F. 32 (C.F.).

Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re), [2004] 2 R.C.S. 248 (C.S.C.).

Vancouver Sun (Re), [2004] 2 R.C.S. 332 (C.S.C.).

Une organisation utilise la biométrie à des fins d'authentification, 2004 C.V.P.C. , en ligne : <http://canlii.ca/t/1jvxt> (consulté le 30 décembre 2018).

R. c. Tessling, [2004] 3 R.C.S. 432 (C.S.C.).

Harkat, 2005 C.F. 393.

Canada (Chambre des communes) c. Vaid, [2005] 1 R.C.S. 667 (C.S.C.).

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350 (C.S.C.).

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar), [2007] 3 R.C.F. 248 (C.F.).

Nguyen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2007 CF 1286.

Canada (Justice) c. Khadr, [2008] 2 R.C.S. 125 (C.S.C.).

Khadr c. Canada (Premier ministre), [2009] 1 R.C.F. 34 (C.F.).

Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères), [2009] 1 R.C.F. 267 (C.F.).

Canada (Premier ministre) c. Khadr, [2010] 1 R.C.S. 44 (C.S.C.).

R. c. Gomboc, [2010] 3 R.C.S. 211 (C.S.C.).

R. c. Khawaja, [2012] 3 R.C.S. 555 (C.S.C.).

X (Re), 2013 C.F. 1275.

R. c. Spencer, [2014] 2 R.C.S. 212 (C.S.C.).

Yaffa c. Air Canada, 2014 TCDP 22.

Canada (Procureur général) c. Telbani, 2014 C.F. 1050.

Canada (Commissariat à l'information) c. Canada (Transports), 2016 CF 448.

R. v. Ellis, 2016 ONCA 358.

X (Re), 2016 C.F. 1105.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103, .

A & Ors v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56 (16 December 2004), 2004 , en ligne : <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2004/56.html> (consulté le 7 décembre 2017).

Bibliographie

Monographies et articles de revue

ACHARYA, A. et L. ACHARYA, *La biométrie et son usage par l'État*, 2001004.

BENYEKHLIF, K., *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Éditions Thémis, 1992.

BENYEKHLIF, K., N. W. VERMEYS et UNIVERSITE DE MONTREAL. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *Le droit à la sécurité, la sécurité par le droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2011.

BERARD, F., *La fin de l'État de droit?: essai*, Montréal, XYZ éditeur, 2014.

BORDUAS, J., *Le gouvernement de la vie dans les sociétés libérales: une relecture critique de la perspective biopolitique chez Michel Foucault, Nikolas Rose et Giorgio Agamben*, 2013, en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/5924/1/M13187.pdf>> (consulté le 14 septembre 2018).

CANADA. MINISTERE DES COMMUNICATIONS, *L'ordinateur et la vie privée; rapport du Groupe d'étude établi conjointement par le Ministère de la justice*, Ottawa, Information Canada, 1972.

COHEN, S. A., *Privacy, crime and terror: legal rights and security in a time of peril*, Markham, Ont., LexisNexis Butterworths, 2005.

COMMISSION D'ENQUETE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT A MAHER ARAR, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, Ottawa, Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, 2006.

CRAIG. FORCESE, *National security law: Canadian practice in international perspective*, coll. Essentials of Canadian law, Toronto, Ont: Irwin Law, 2008, en ligne : <<http://www.deslibris.ca/ID/424852>>.

FORCESE, C. et K. ROACH, *False Security*, Toronto, CA, Irwin Law, 2015.

FOUCAULT, M., *Histoire de la sexualité*, coll. Tel ; 248, 279, 280, Paris, Gallimard, 1994.

FRIEDLAND, M. L., *Les aspects juridiques de la sécurité nationale: étude préparée pour le compte de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada*, Ottawa, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, 1979.

GAUTHIER, J. M., *Le droit de la biométrie au Québec : sécurité et vie privée*.

GRENIER, É., *Le Canada face au terrorisme international: analyse d'une loi antiterroriste*, coll. Collection Justice internationale, Paris, L'Harmattan, 2011.

HOGG, P. W., *Constitutional law of Canada*, 3rd ed., Scarborough, Ont., Carswell, 1992.

KAYSER, P., *La protection de la vie privée*, Paris; Aix-en-Provence, Economica ; Presses

universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

LEBLANC, M., *Ethique et violence politique: Repenser la réponse des démocraties libérales à la menace terroriste*, Ph.D., Ann Arbor, United States, 2008, en ligne : <<http://search.proquest.com/docview/304800946/abstract/7F5CB047729643BEPQ/1>> (consulté le 13 novembre 2016).

LUCAS, A., *Le droit de l'informatique*, coll. Thémis. Droit, Paris, Presses universitaires de France, 1987.

MAINGOT, J. P. J., *Le privilège parlementaire au Canada*, 2e éd., coll. DèsLibris. Books collection, Ottawa : Montréal, Chambre des communes ; Presses universitaires McGill-Queen's, 1997.

MALINVAUD, P., *Introduction à l'étude du droit*, 16e édition, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2016.

MASSICOTTE, F., *La biométrie, sa fiabilité et ses impacts sur la pratique de la démocratie libérale*, Mémoire accepté, 2007, en ligne : <<https://archipel.uqam.ca/791/>> (consulté le 12 mai 2018).

MILLER, A. R., *The assault on privacy: computers, data banks, and dossiers*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1971.

MONTIGNY, M. et Y. de MONTIGNY, *La sécurité nationale devant les tribunaux : un équilibre précaire entre droits fondamentaux et sûreté de l'État*.

NADEAU, A.-R., *Vie privée et droits fondamentaux: étude de la protection de la vie privée en droit constitutionnel canadien et américain et en droit international*, Scarborough, Ont., Carswell, 2000.

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Version abrégée., Montréal, Wilson & Lafleur, 2016.

ROUX, A., *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat les particuliers et [sic]*, coll. Collection Droit public positif, Paris, Economica, 1983.

WESTIN, A. F., *Privacy and freedom*, New York, Atheneum, 1967.

ACQUISTI, A., R. GROSS et F. STUTZMAN, « Face Recognition and privacy in the age of augmented reality », (2014) 6-2 *J. Priv. Confidentiality* 1-20.

AMOORE, L. et M. D. GOEDE, « Governance, risk and dataveillance in the war on terror », (2005) 43-2-3 *Crime Law Soc. Change* 149-173.

ANDRE, N., « Terrorisme et journalisme : un témoignage », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme: concept, acteurs et réponses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007.

ANNE MARIE, D., D. GRONDIN et A. MACLEOD, « Les études de sécurité », dans Macleod MACLEOD (dir.), *Théories des relations internationales : contestations et résistances*.

AUSTIN, L., « Anti-Terrorism's Privacy Sleight-of-Hand: Bill C-51 and the Erosion of privacy », dans STEPHEN J TOOPE et Edward IACOBUCCI (dir.), *After the Paris attacks: responses in Canada, Europe, and around the globe*, Toronto, University of Toronto Press, 2015.

BARRY BUZAN, « Change and Insecurity: A critique of Strategic studies », dans BARRY BUZAN ED et R. J. BARRY JONES ED (dir.), *Change and the study of international relations the evaded dimension*, New York, StMartin's Press, 1981.

BENYEKHFLEF, K., « Les dimensions constitutionnelles du droit à la vie privée », dans Pierre TRUDEL, France ABRAN, Denis ASSELIN, UNIVERSITE DE MONTREAL, CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC et COLLOQUE « DROIT DU PUBLIC A L'INFORMATION ET VIE PRIVEE: DEUX DROITS IRRECONCILIABLES? » (dir.), *Droit du public à l'information et vie privée: deux droits irréconciliables? : actes du Colloque tenu à Montréal les 9 et 10 mai 1991*, Montréal, Editions Thémis, 1992.

BENYEKHFLEF, K., N. W. VERMEYS et N. W. VERMEYS, « Introduction - Le droit à la sécurité... La sécurité par le droit », dans Karim BENYEKHFLEF et Nicolas W. VERMEYS (dir.), *Le droit à la sécurité, la sécurité par le droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2011, p. 3-13.

BERNIER, C., « Intégrer le droit à la vie privée aux mesures de sécurité publique du 21^e siècle: une expérience canadienne », dans Karim BENYEKHFLEF et Esther MITJANS PERELLO (dir.), *Circulation internationale de l'information et sécurité*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.

BRODEUR, J.-P., « Renseignement: Distinctions Préliminaires, Le Security, Policing, and Governance in Canada/La Sécurité, le Maintien de L'ordre et la Gouvernance au Canada », (2005) 47 *Can. J. Criminol. Crim. Justice* 15-44.

BRODEUR, J.-P., « Comment définir le terrorisme? », dans Jean-Paul BRODEUR et Stéphane LEMAN-LANGLOIS (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, coll. Bibliothèque numérique canadienne. Collection des éditeurs canadiens, Montréal, Qué., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, p. 17-37.

CEYHAN, A., « Lutte contre le terrorisme : la technologie n'est pas neutre », *Rev. Int. Strat.*

2009.74.18-27.

COTE-HARPER, G., « La valeur constitutionnelle de l'imprécision et de la portée excessive d'un texte de loi », dans Jean TURGEON et Pierre RAINVILLE (dir.), *Traité de droit pénal canadien*, 4e édition refondue et augmentée..., coll. La référence, Cowansville, Québec, Éditions YBlais, 1998, en

ligne :

<<http://www.lareferencev2.editionsyvonblais.com/maf/app/authentication/signon?sp=montreal-13>> (consulté le 10 juin 2017).

COTLER, I., « Terrorism, Security & (and) Rights in the Post-September 11th Universe Symposium: 20 Years under the Charter », (2002) 21 *Windsor Yearb. Access Justice* 519-530.

D'AOUST, A.-M., D. GRONDIN et A. MACLEOD, « Les études de sécurité », dans Alex MACLEOD, Dan O'MEARA et CENTRE D'ETUDES DES POLITIQUES ETRANGERES ET DE SECURITE (dir.), *Théories des relations internationales: contestations et résistances*, [2e éd.], Montréal, CEPES : Athéna éditions, 2010.

DES ROSIERS, N., « Les principes de justice fondamentale en Matière de sécurité nationale », (2010) 42 *Ott. Law Rev.* 369-388.

DONNEUR, A., S. ROUSSEL et V. CHIRICA, « Les conséquences des évènements du 11 septembre sur l'autonomie de la politique étrangère canadienne: les mesures de sécurité et la nouvelle législation antiterrorisme », dans STANISLAV J KIRSCHBAUM et ASSOCIATION FRANCE-CANADA D'ETUDES STRATEGIQUES. COLLOQUE (dir.), *Terrorisme et sécurité internationale*, coll. Collection Études stratégiques internationales ; 2, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 171-198.

DUBUISSON, F., « La définition du « terrorisme » : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique », *Conflu. Méditerranée* 2017.102.29-45.

FILMON, G., « The role of Canada's Security Intelligence Review Committee in Safeguarding Human Rights While Protecting National Security », dans Christopher K. PENNY, CANADA. SERVICE ADMINISTRATIF DES TRIBUNAUX JUDICIAIRES, CANADIAN CENTRE OF INTELLIGENCE AND SECURITY STUDIES et INTERNATIONAL CONFERENCE ON THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND NATIONAL SECURITY IN DEMOCRACIES (CARLETON UNIVERSITY) (dir.), *In the balance: the administration of justice and national security in democracies*, Toronto, Irwin Law, 2011.

FORCESE, C., « Through a Glass Darkly: The Role and Review of National Security Concepts in Canadian Law », (2005) 43 *Alta. Law Rev.* 963-1000.

GALBRAITH, J. W., « Perspectives d'un surveillant d'une agence de renseignement », dans Karim

BENYEKHEF et Esther MITJANS PERELLO (dir.), *Circulation internationale de l'information et sécurité*, Montréal, Éditions Thémis, 2012.

GANOR, B., « Defining Terrorism: Is One Man's Terrorist another Man's Freedom Fighter? », (2002) 3-4 *Police Pract. Res.* 287-304.

GERETY, T., « Redefining Privacy », (1977) 12 *Harv. Civ. Rights-Civ. Lib. Law Rev.* 233-296.

GLENN, P., « Le droit au respect de la vie privée », 1979.

GROTHER, P. J., G. W. QUINN et P. J. PHILLIPS, « Report on the Evaluation of 2D Still-Image Face Recognition Algorithms », *NIST Interagency Internal Rep. NISTIR - 7709* 2010, en ligne : <<https://www.nist.gov/publications/report-evaluation-2d-still-image-face-recognition-algorithms>> (consulté le 10 mai 2018).

LAGASSE, P., « La couronne et le pouvoir du premier ministre », (2016) 39-2 *Rev. Parlem. Can.* 68.

LEMAN-LANGLOIS, S., « Terrorisme et crime organisé, contrastes et similitudes », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme: concept, acteurs et réponses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007.

LEMAN-LANGLOIS, S., « Le terrorisme, crime ou acte de guerre ? », dans Jean-Paul BRODEUR, BIBLIOTHEQUE NUMERIQUE CANADIENNE et Inc EBRARY (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, coll. Bibliothèque numérique canadienne. Collection des éditeurs canadiens, Montréal, Qué., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009.

LEMAN-LANGLOIS, S. et G. OUELLET, « L'évolution du terrorisme au Canada, 1973-2006 », dans Jean-Paul BRODEUR, Stéphane LEMAN-LANGLOIS, BIBLIOTHEQUE NUMERIQUE CANADIENNE et Inc EBRARY (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, coll. Bibliothèque numérique canadienne. Collection des éditeurs canadiens, Montréal, Québec, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009.

LISA AUSTIN, « Is privacy a casualty of the war on terrorism ? », dans Patrick MACKLEM, Kent ROACH et RONALD J DANIELS (RONALD JOEL) (dir.), *The security of freedom essays on Canada's anti-terrorism bill*, coll. DèsLibris. Books collection, Toronto, University of Toronto Press, 2001, en ligne : <<http://www.deslibris.ca/ID/418179>>.

LUBAN, D., « Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb Essay », (2005) 91 *Va. Law Rev.* 1425-1462.

MACDONALD, N. A., « Les parlementaires et la sécurité nationale au Canada », (2011) 34-4 *Rev. Parlem. Can.*, en ligne : <<http://revparl.ca/francais/issue.asp?param=208&art=1460>> (consulté le 24 août 2018).

MARTIN VANASSE, V. et M.-O. BENOIT, « La définition du terrorisme: un état des lieux », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme: concept, acteurs et réponses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007.

MCPHAIL, B., C. PARSONS, K. L. SMITH, J. FERENBOK et A. CLEMENT, « Identifying Canadians at the Border: ePassports and the 9/11 Legacy », (2012) 27-3 *Can. J. Law Soc.* 341-361.

MEGIE, A., « La «scène terroriste» : réflexions théoriques autour de l'«ancien» et du «nouveau» terrorisme », (2010) 43-4 *Can. J. Polit. Sci.* 983-1003.

NICOALS, M.-L. et S. MARK B., « La gestion du risque et la lutte contre le terrorisme », dans Charles-Philippe DAVID et Benoît GAGNON (dir.), *Repenser le terrorisme: concept, acteurs et réponses*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007.

OUELLET, G., « Les causes célèbres », dans Jean-Paul BRODEUR, Stéphane LEMAN-LANGLOIS, BIBLIOTHEQUE NUMERIQUE CANADIENNE et Inc EBRARY (dir.), *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, coll. Bibliothèque numérique canadienne. Collection des éditeurs canadiens, Montréal, Qué., Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2009, en ligne : <<http://site.ebrary.com/lib/umontreal/Doc?id=10442482>> (consulté le 19 juin 2017).

PARKER, R. B., « A Definition of Privacy », (1973) 27 *Rutgers Law Rev.* 275-297.

PELLETIER, B., « La Protection de la vie privée au Canada », (2001) 35 *Rev. Jurid. Themis* 485-522.

PENNEY, S., « National Security Surveillance in an Age of Terror: Statutory Powers & Charter Limits », (2010) 48 *Osgoode Hall Law J.* 247-286.

POULLET, Y., « Le fondement du droit à la protection des données nominatives: Propriété ou Libertés », dans UNIVERSITE DE MONTREAL. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC (dir.), *Nouvelles technologies et propriété: actes du colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, les 9 et 10 novembre 1989*, Montréal : Paris, Thémis ; Litec diffuseur, 1991.

PROSSER, W. L., « Privacy », (1960) 48 *Calif. Law Rev.* 383-423.

RANKIN, M., « Privacy & (and) Technology: A Canadian Perspective », (1984) 22 *Alta. Law Rev.* 323-347.

ROACH, K., « The new terrorism offences and the Criminal law », dans Ronald J. DANIELS et

Patrick MACKLEM (dir.), *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill*, University of Toronto Press, 2001.

ROACH, K., « Must We Trade Rights for Security - The Choice between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain », (2005) 27 *Cardozo Law Rev.* 2151-2222.

ROACH, K., « Canada's response to terrorism », dans Victor V. RAMRAJ, Michael Yew Meng HOR, Kent ROACH et George WILLIAMS (dir.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, coll. Cambridge books online, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 514-540.

SAUNDERS, R. P., « Perspectives on criminal law », dans Ron P. SAUNDERS et J. MCMUNAGLE (dir.), *Criminal law in Canada: an introduction to the theoretical, social and legal contexts : cases, notes and materials*, 4th ed., Toronto, Ont., Carswell, 2002.

SCHERRER, A., « Lutte antiterroriste et surveillance du mouvement des personnes », (2013) 46-1 *Criminologie* 15-31.

SCHMID, A., « Terrorism - the definitional problem. », (20040322) 36-23 *Case West. Reserve J. Int. Law* 375-3419.

ULLMAN, R. H., « Redefining Security », (1983) 8-1 *Int. Secur.* 129-153.

WEINBERG, L., A. PEDHAZUR et S. HIRSCH-HOEFLER, « The Challenges of Conceptualizing Terrorism », (2004) 16-4 *Terror. Polit. Violence* 777-794.

WOODWARD, J. D., « Biometrics: privacy's foe or privacy's friend? », (1997) 85-9 *Proc. IEEE* 1480-1492.

En ligne :

AUBRIAT, P., « Attentats du 13 novembre 2015 à Paris: six lieux touchés », *La Presse* (14 novembre 2015), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/international/dossiers/attaques-a-paris/201511/14/01-4920907-attentats-du-13-novembre-2015-a-paris-six-lieux-touchees.php>>.

CANADA, C. à la protection de la vie privée du, « Comparution devant le Sous-comité sur la Sécurité nationale du Comité permanent de la justice et des droits de la personne - Le 10 février 2003 » (10 février 2003), en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/conseils-au-parlement/2003/02_05_a_030210/> (consulté le 5 mai 2018).

CANADA, C. à la protection de la vie privée du, « Mémoire : Les répercussions des mesures de

sûreté aérienne sur la protection de la vie privée- Le 6 novembre 2007 » (7 novembre 2007), en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/memoires-presentes-dans-le-cadre-de-consultations/asm_071107/> (consulté le 8 mai 2018).

CANADA, C. à la protection de la vie privée du, « Les principes de la protection des données - Une révolution tranquille » (2 décembre 2011), en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/allocutions/2011/sp-d_20110919_cb/> (consulté le 3 décembre 2018).

CANADA, C. à la protection de la vie privée du, « Reconnaissance faciale automatisée dans les secteurs public et privé » (13 mars 2014), en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/recherche/consulter-les-travaux-de-recherche-sur-la-protection-de-la-vie-privee/2013/fr_201303/> (consulté le 5 mai 2018).

CANADA, G., « Accord entre le Canada et les États-Unis sur leur frontière commune », en ligne : <<http://publications.gc.ca/site/archivee-archived.html?url=http://publications.gc.ca/collections/Collection/Ci51-95-2000F.pdf>> (consulté le 8 mai 2018).

CANADA SENAT COMITE SPECIAL SUR L'ANTITERRORISME, « Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste » (2007), en ligne : <<http://publications.gc.ca/site/fra/395386/publication.html>> (consulté le 19 janvier 2019).

CANADA, S. of, « Senate of Canada - The Special Senate Committee on Bill C-36 », *Senate of Canada* (21 septembre 2016), en ligne : <<https://sencanada.ca/en/committees/sm36/>> (consulté le 11 décembre 2017).

CLICHE, J.-F., « Des accusations de terrorisme superflues? », *La Presse* (1 février 2017), en ligne : <<http://www.lapresse.ca/le-soleil/justice-et-faits-divers/201702/01/01-5065405-des-accusations-de-terrorisme-superflues.php>> (consulté le 21 juin 2017).

COMITE DE SURVEILLANCE DES ACTIVITES DE RENSEIGNEMENT DE SECURITE, « Rapport annuel 2012–2013 - CSARS » (22 octobre 2013), en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2012-2013/index-fra.html>> (consulté le 24 août 2018).

COMITE DE SURVEILLANCE DES ACTIVITES DE RENSEIGNEMENT DE SECURITE, « Rapport annuel 2013–2014 - CSARS » (7 octobre 2014), en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2013-2014/index-fra.html>> (consulté le 24 août 2018).

COMMISSARIAT A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU CANADA, « Opinion du juge La Forest » (10 avril 2002), en ligne : <<https://www.priv.gc.ca/fr/nouvelles-du-commissariat/nouvelles-et>>

annonces/2002/opinion_020410/> (consulté le 5 août 2019).

COMMISSARIAT A LA PROTECTION DE LA VIE PRIVEE DU CANADA, « Des données au bout des doigts : La biométrie et les défis qu'elle pose à la protection de la vie privée - Commissariat à la protection de la vie privée du Canada », en ligne : <https://www.priv.gc.ca/fr/sujets-lies-a-la-protection-de-la-vie-privee/renseignements-sur-la-sante-renseignements-genetiques-et-autres-renseignements-sur-le-corps/gd_bio_201102/> (consulté le 13 février 2018).

COMMITTEE, S. I. R., « SIRC Annual Report 2015–2016 » (29 septembre 2016), en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2015-2016/index-fra.html?wbdisable=true>> (consulté le 5 mai 2018).

COMMITTEE, S. I. R., « Rapport annuel 2016–2017 - CSARS » (5 octobre 2017), en ligne : <<http://www.sirc-csars.gc.ca/anrran/2016-2017/index-fra.html?wbdisable=false>> (consulté le 5 mai 2018).

IMMIGRATION, R. et C. C. et R. et C. C. IMMIGRATION, « Le passeport électronique », *aem* (28 mai 2015), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/services/passeports-canadiens/centre-aide/passeport-electronique.html>> (consulté le 4 décembre 2018).

RADIO-CANADA, Z. S.-, « Les loups solitaires plus menaçants pour le Canada que les groupes terroristes », *Radio-Canada.ca*, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/724678/loups-solitaires-plus-dangereux-menace-groupes-terroristes-etude>> (consulté le 15 mai 2018).

SECURITE PUBLIQUE CANADA, « Comment fonctionne le Programme de protection des passagers » (16 décembre 2015), en ligne : <<https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scrnt/cntr-trrrsm/pssngr-prtct/hw-pssngr-prtct-wrks-fr.aspx>> (consulté le 9 mai 2018).

« Bill C-51 moves us closer to end of privacy », *Toronto Star*, sect. Opinion (2015), en ligne : <<https://search.proquest.com/docview/1655670521/abstract/3531DB2309D54BCFPQ/1>> (consulté le 10 juin 2017).

« Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale » (16 décembre 2015), en ligne : <<https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/ntnl-scrnt/scrng-fr.aspx>> (consulté le 9 juillet 2017).

« A biometric national identity card for the British: antiterrorism as justification - CIAO », en ligne : <<http://www.ciaonet.org/record/7742>> (consulté le 13 février 2018).

« Attentat à Ottawa : le tireur espérait partir pour la Syrie », en ligne :

<https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2014/10/23/le-canada-traumatise-apres-l-attaque-du-parlement-par-un-tireur-isole_4510844_3222.html> (consulté le 9 septembre 2018).

« Caij - Résultat de recherche », en ligne :
<<https://dictionnairereid.caij.qc.ca/recherche#q=fouiller&t=edictionnaire&sort=relevancy&m=search>> (consulté le 3 décembre 2018).

« Définitions : fouiller - Dictionnaire de français Larousse », en ligne :
<<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/fouiller/34773>> (consulté le 3 décembre 2018).

« Identification and surveillance issues at the age of biometrics - CIAO », en ligne :
<<http://www.ciaonet.org/record/7741>> (consulté le 13 février 2018).

« Témoignages - JUST (37-1) - no 29 - Chambre des communes du Canada », en ligne :
<<https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/37-1/JUST/reunion-29/temoignages>>
(consulté le 25 août 2019).