



First Session
Thirty-eighth Parliament, 2004-05

SENATE OF CANADA

*Proceedings of the Special
Senate Committee on the*

Anti-terrorism Act

Chair:
The Honourable JOYCE FAIRBAIRN, P.C.

Tuesday, March 15, 2005

Issue No. 5

Tenth and eleventh meetings on:

A comprehensive review of
the provisions and operation of the
Anti-terrorism Act (S.C. 2001, c.41)

WITNESSES:
(See back cover)

Première session de la
trente-huitième législature, 2004-2005

SÉNAT DU CANADA

*Délibérations du Comité
sénatorial spécial sur la*

Loi antiterroriste

Présidente :
L'honorable JOYCE FAIRBAIRN, C.P.

Le mardi 15 mars 2005

Fascicule n° 5

Dixième et onzième réunions concernant :

Un examen approfondi des
dispositions et de l'application de la
Loi antiterroriste (L.C. 2001, ch.41)

TÉMOINS
(Voir à l'endos)

THE SPECIAL SENATE COMMITTEE ON
THE ANTI-TERRORISM ACT

The Honourable Joyce Fairbairn, P.C., *Chair*

The Honourable John Lynch-Staunton, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Andreychuk
* Austin, P.C.
(or Rompkey, P.C.)
Day
Fraser

Jaffer
Joyal, P.C.
* Kinsella
(or Stratton)
Smith, P.C.

*Ex officio members

(Quorum 4)

LE COMITÉ SÉNATORIAL SPÉCIAL SUR
LA LOI ANTITERRORISTE

Présidente : L'honorable Joyce Fairbairn, C.P.

Vice-président : L'honorable John Lynch-Staunton

et

Les honorables sénateurs :

Andreychuk
* Austin, C.P.
(ou Rompkey, C.P.)
Day
Fraser

Jaffer
Joyal, C.P.
* Kinsella
(ou Stratton)
Smith, C.P.

*Membres d'office

(Quorum 4)

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Tuesday, March 15, 2005
(11)

[*English*]

The Special Senate Committee on the Anti-terrorism Act met at 10:34 a.m., this day, in room 160-S, Centre Block, the Chair, the Honourable Joyce Fairbairn, P.C., presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Andreychuk, Fairbairn, P.C., Fraser, Joyal, P.C., Kinsella, Lynch-Staunton and Smith, P.C. (7).

In attendance: Benjamin Dolin and Jennifer Wispinski, Analysts, Library of Parliament.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Monday, December 13, 2004, the committee continued its comprehensive review of the provisions and operation of the Anti-terrorism Act (S.C. 2001, c.41). (*For complete text of the Order of Reference, please see Issue No. 1 of the proceedings of the committee.*)

WITNESS:

University of Toronto:

Wesley K. Wark, Professor, International Relations Programme.

The Chair made a statement.

Professor Wark made a statement and answered questions.

At 12:15 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

OTTAWA, Tuesday, March 15, 2005
(12)

[*English*]

The Special Senate Committee on the Anti-terrorism Act met at 1:21 p.m., this day, in room 160-S, Centre Block, the Chair, the Honourable Joyce Fairbairn, P.C., presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Andreychuk, Fairbairn, P.C., Joyal, P.C., Kinsella and Smith, P.C. (5).

In attendance: Benjamin Dolin and Jennifer Wispinski, Analysts, Library of Parliament.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Monday, December 13, 2004, the committee continued its comprehensive review of the provisions and operation of the Anti-terrorism Act (S.C. 2001, c.41). (*For complete text of the Order of Reference, please see Issue No. 1 of the proceedings of the committee.*)

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le mardi 15 mars 2005
(11)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste se réunit aujourd'hui, à 10 h 34, dans la salle 160-S de l'édifice du Centre, sous la présidence de l'honorable Joyce Fairbairn, C.P. (*présidente*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Andreychuk, Fairbairn, C.P., Fraser, Joyal, C.P., Kinsella, Lynch-Staunton et Smith, C.P. (7).

Également présents : Benjamin Dolin et Jennifer Wispinski, analystes, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le lundi 13 décembre 2004, le comité poursuit son examen approfondi des dispositions et de l'application de la Loi antiterroriste (L.C. 2001, ch. 41) (*Voir le texte complet de l'ordre de renvoi dans le fascicule n° 1 des délibérations du comité.*)

TÉMOIN :

Université de Toronto :

Wesley K. Wark, professeur, Programme des relations internationales.

La présidente fait une déclaration.

M. Wark fait une déclaration et répond aux questions.

À 12 h 15, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, le mardi 15 mars 2005
(12)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste se réunit aujourd'hui, à 13 h 21, dans la salle 160-S de l'édifice du Centre, sous la présidence de l'honorable Joyce Fairbairn, C.P. (*présidente*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Andreychuk, Fairbairn, C.P., Joyal, C.P., Kinsella et Smith, C.P. (5).

Également présents : Benjamin Dolin et Jennifer Wispinski, analystes, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le lundi 13 décembre 2004, le comité poursuit son examen approfondi des dispositions et de l'application de la Loi antiterroriste (L.C. 2001, ch. 41) (*Voir le texte complet de l'ordre de renvoi dans le fascicule n° 1 des délibérations du comité.*)

*WITNESSES:**Osgoode Hall Law School:*

Mr. Patrick J. Monahan, Professor and Dean;
Ms. Jamie Cameron, Professor.

University of Toronto:

Mr. Kent Roach, Professor, Faculty of Law.

Dalhousie University:

Mr. Wayne MacKay, Professor, Faculty of Law.

The Chair made a statement.

Dean Monahan made a statement.

Professor Roach made a statement.

Dean Monahan and Professor Roach answered questions.

At 3:14 p.m., the committee suspended.

At 3:25 p.m., the committee resumed.

The Chair made a statement.

Professor MacKay made a statement and answered questions.

At 4:20 p.m., the committee suspended.

At 4:28 p.m., the committee resumed.

Professor Cameron submitted a brief, made a statement and answered questions.

At 5:27 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

*ATTEST:**TÉMOINS :**Osgoode Hall Law School :*

M. Patrick J. Monahan, professeur et doyen;
Mme Jamie Cameron, professeure.

Université de Toronto :

M. Ken Roach, professeur, Faculté de droit.

Université Dalhousie :

M. Wayne MacKay, professeur, Faculté de droit.

La présidente fait une déclaration.

M. Monahan fait une déclaration.

M. Roach fait une déclaration.

M. Monahan et M. Roach répondent aux questions.

À 15 h 14, la séance est suspendue.

À 15 h 25, la séance reprend.

La présidente fait une déclaration.

M. MacKay fait une déclaration et répond aux questions.

À 16 h 20, la séance est suspendue.

À 16 h 28, la séance reprend.

Mme Cameron présente un mémoire, fait une déclaration et répond aux questions.

À 17 h 27, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

La greffière du comité,

Heather Lank

Clerk of the Committee

EVIDENCE

OTTAWA, Tuesday, March 15, 2005

The Special Senate Committee on the Anti-terrorism Act met this day at 10:30 a.m. to undertake a comprehensive review of the provisions and operations of the Anti-terrorism Act, (S.C. 2001, c.41).

Senator Joyce Fairbairn (*Chairman*) in the Chair.

[*English*]

The Chairman: Honourable senators, I call to order the tenth meeting of the Special Senate Committee on the Anti-terrorism Act. In October 2001, in direct response to the terrorist attacks in New York City, Washington, D.C. and Pennsylvania, and at the request of the United Nations, the Government of Canada introduced Bill C-36, to amend certain acts, which resulted return; in the Anti-terrorism Act. Given the urgency of the situation, Parliament was asked to expedite the study of the legislation and agreed. The deadline for the passage of the bill was mid-December 2001. However, concerns were expressed that it was difficult to thoroughly assess the potential impact of the proposed legislation in such a short period of time. Thus, it was agreed that three years later, Parliament would be asked to examine the provisions of the act and the impact on Canadians with the benefit of hindsight and in a less emotionally-charged situation for the public.

The work of the Special Senate Committee represents the Senate's obligation to complete this task. When that is done, the committee will report its findings to the Senate, outlining any issue that should be addressed. The results of our work will be available to the government and all Canadians. Currently, the House of Commons is undergoing a similar process.

To date the committee has met with government ministers, the Director of the Canadian Security Intelligence Service and international and domestic experts on the threat environment within which the Anti-terrorism Act is expected to operate. We continue our deliberations of the threat environment today with testimony from Professor Wesley Wark from the University of Toronto. Committee members followed the work of Professor Wark on a recent forum held here on these issues. Professor Wark, please proceed.

Mr. Wesley K. Wark, Professor, International Relations Programme, University of Toronto: Madam Chairman, thank you. I am grateful for the privilege of addressing this Special Senate Committee. I will preface my remarks by saying that I was one of a number of experts who gave testimony before Parliament in the fall of 2001, when Bill C-36 was drafted for the House of Commons. I have followed the evolution of the bill and the threat environment, as well as public attitudes in Canada since that time.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mardi 15 mars 2005

Le Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste se réunit aujourd'hui, à 10 h 30, pour entreprendre un examen approfondi des dispositions et de l'application de la Loi antiterroriste (L.C. 2001, ch.41).

Le sénateur Joyce Fairbairn : (*présidente*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

La présidente : Chers collègues, je déclare ouverte la dixième réunion du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste. En octobre 2001, en réaction directe aux attaques terroristes menées à New York, à Washington, D.C., et en Pennsylvanie et à la demande des Nations Unies, le gouvernement du Canada a déposé le projet de loi C-36 modifiant certaines lois, mieux connu sous son titre abrégé, Loi antiterroriste. Étant donné l'urgence de la situation, le Parlement avait été prié d'accélérer l'examen de la loi, requête à laquelle il avait acquiescé. L'échéance fixée pour l'adoption du projet de loi était la mi-décembre 2001. Cependant, selon certains, il était difficile de bien évaluer l'éventuel impact du projet de loi en aussi peu de temps. Par conséquent, il avait été convenu que, trois ans plus tard, le Parlement serait prié d'examiner les dispositions de la loi et leur impact sur les Canadiens, ce qui lui permettrait de prendre du recul et de revoir la mesure dans un contexte public moins chargé sur le plan émotif.

Le Sénat a donc mandaté le comité sénatorial spécial pour faire l'examen de la loi, s'acquittant ainsi de son obligation. Quand il aura terminé ses travaux, le comité fera rapport de ses conclusions au Sénat en faisant ressortir tout point à corriger. Les résultats de ces travaux seront mis à la disposition du gouvernement et de tous les Canadiens. Un processus identique est en cours à la Chambre des communes.

Jusqu'ici, le comité a entendu des ministres, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité, mieux connu sous le sigle SCRS, de même que des experts internationaux et canadiens, lui décrire le contexte de menace dans lequel la Loi antiterroriste est censée s'appliquer. Nous poursuivons nos délibérations sur le contexte de la menace en entendant aujourd'hui le témoignage de M. Wesley Wark, professeur à l'Université de Toronto. Les membres du comité ont pu suivre les travaux de M. Wark grâce à un forum qui a eu lieu récemment au sujet de ces questions. Monsieur Wark, si vous voulez bien faire votre déclaration.

M. Wesley K. Wark, professeur, Programme des relations internationales, Université de Toronto : Madame la présidente, je vous remercie. Je suis reconnaissant au comité sénatorial spécial de m'accorder le privilège de venir témoigner. Avant de faire ma déclaration, j'aimerais dire que j'étais du nombre des experts qui ont témoigné devant le Parlement à l'automne 2001, quand le projet de loi était à l'étude à la Chambre des communes. J'ai suivi l'évolution du projet de loi de même que le contexte de la menace, ainsi que l'attitude du grand public au Canada depuis lors.

Bill C-36 was introduced and enacted in the fall of 2001, at a time of crisis and high anxiety when many experts expected the imminent launching of second-wave al Qaeda strikes against North America. If not proposed emergency legislation, Bill C-36 was certainly proposed crisis legislation. It must be acknowledged that even in that crisis environment, important modifications to the draft legislation were made in the fall of 2001 to meet criticisms aired in Parliament and before the then Special Senate Committee mandated to examine its subject matter.

Despite the revamping of the bill from its original form to its final version, critics of Bill C-36 continue to argue that it represents an unnecessary intrusion into Canadian civil liberties and an unnecessary affront to Canadian values. I have heard these arguments often. They are based on one of two general grounds, sometimes explicit and sometimes implicit, either that Bill C-36 was unnecessary because the existing Criminal Code was sufficient to handle terrorist offences or — and this is generally a more implicit argument — because the level of threat to Canada and Canadian interests did not warrant the expansion of judicial and government powers. Much of this criticism was aired in a vacuum with little knowledge of comparable powers and legislation that had been enacted among our close allies. Since the fall of 2001, many of the more significant powers of the Anti-terrorism Act have been used only lightly. No second-wave al Qaeda strikes in North America have occurred yet. Does this mean that Bill C-36 was unnecessary? In my opinion, it does not mean that. The legislation represents a necessary tool in an ongoing and, no doubt, lengthy fight against terrorism. The legislation is necessary but, not surprisingly given the circumstances in which it was enacted, flawed and incomplete, in my view in some senses. As enacted, Bill C-36 has come some of the characteristics of a bogeyman when it comes to public discussions. The current review of the Anti-terrorism Act in Parliament may become bogged down in a repetition of the arguments that took place in the fall of 2001. Were this to happen, we might miss the opportunity to correct some of the bill's flaws and to see beyond its details to understand how the legislation has failed some broader national security needs and public goods.

The more detailed points and recommendations I will make to this committee in respect of the act are based on a series of factors or underlying arguments that I will outline quickly. First, the assertion that the terrorist threat to Canadian interests and global interests is real, significant and ongoing. Second, the criminalization of terrorist offences was necessary. I do not buy the argument that the pre-September 11 Criminal Code could have done the job. Third, Canada had an obligation to meet international and UN conventions on terrorist offences. Fourth, it is important to under that the bill has a important political and symbolic function to perform in calling Canadian public attention to the threat of terrorism. Fifth, the act ultimately depends heavily for its legitimacy on public support and knowledge. Sixth, the act ultimately depends on the capabilities of the government security and intelligence community for its effectiveness. The flaws in the act rest mainly not on some of the legislative details that have been the focus of debate but on its failure to secure

Le projet de loi C-36 a été déposé et il est entré en vigueur à l'automne 2001, à un moment de crise et de grande anxiété, alors que de nombreux experts prévoiaient une deuxième vague imminente d'attaques d'al-Qaïda en Amérique du Nord. S'il n'était pas une mesure d'urgence, le projet de loi C-36 était assurément une mesure de crise. Il faut reconnaître que, même dans ce contexte de crise, d'importantes modifications au projet de loi ont été apportées à l'automne 2001 afin de tenir compte des critiques formulées au Parlement et devant le comité sénatorial spécial alors mandaté pour en examiner la teneur.

En dépit du réaménagement du projet de loi C-36, ses pourfendeurs continuent de soutenir qu'il représente une atteinte inutile aux libertés civiles canadiennes et un affront tout aussi inutile aux valeurs canadiennes. J'ai souvent entendu ces arguments. Ils s'appuient sur deux motifs principaux, parfois explicites, parfois implicites, soit que le projet de loi était inutile parce que le Code criminel prévoyait déjà les pouvoirs requis pour traiter des crimes terroristes ou — il s'agira-là d'un argument en règle générale plus implicite — parce que le niveau de menace au Canada et à l'égard des intérêts canadiens ne justifiait pas un accroissement des pouvoirs judiciaires et gouvernementaux. Une grande partie de ces critiques a été formulée dans le vide, en sachant très peu des pouvoirs et des lois comparables approuvés par nos proches alliés. Depuis l'automne 2001, bon nombre des pouvoirs les plus importants de la Loi antiterroriste ont été très peu exercés. Il n'y a pas encore eu de seconde vague d'attaques d'al-Qaïda en Amérique du Nord. Est-ce à dire que le projet de loi C-36 était inutile? À mon avis, non. La loi représente un outil nécessaire dans la lutte sans aucun doute longue que nous menons contre le terrorisme. La loi est nécessaire, mais, ce qui n'est pas étonnant étant donné les circonstances dans lesquelles elle a été adoptée, elle comporte certaines lacunes. Tel qu'entré en vigueur, le projet de loi C-36 est brandi un peu comme un croquemitaine dans le débat public. L'examen actuel de la Loi antiterroriste au Parlement pourrait s'enliser dans une répétition des arguments entendus à l'automne 2001. Si c'était le cas, nous pourrions rater l'occasion de corriger certaines lacunes du projet de loi et d'aller au-delà de ces détails pour savoir en quoi il n'a pas répondu à certains besoins plus généraux de sécurité nationale et de protection des biens publics.

Les points plus techniques dont je vais vous parler et les recommandations que je ferai concernant la loi s'appuient sur une série de facteurs ou d'arguments sous-jacents que je vais brièvement vous décrire. Je commencerai par affirmer que la menace terroriste à l'égard des intérêts canadiens et des intérêts mondiaux est réelle, significative et actuelle. Ensuite, la criminalisation des actes terroristes était essentielle. Je ne suis pas convaincu que le Code criminel tel qu'il existait avant le 11 septembre 2001 aurait suffi. Ensuite, le Canada avait l'obligation de mettre en œuvre les conventions internationales et les conventions des Nations Unies relatives aux crimes terroristes. Quatrièmement, il importe de comprendre que le projet de loi a une fonction symbolique et politique importante puisqu'il attire l'attention du public canadien sur la menace du terrorisme. Cinquième point, la loi, en fin de compte, tire une grande partie de sa légitimité de l'appui public. Sixième point, l'efficacité de la loi est fonction, en bout de ligne, des services de sécurité et du

public legitimacy and to ensure operational effectiveness. With the indulgence of the committee, I will proceed to a series of detailed observations that follow the bill clause by clause.

The first observation is in respect of the so-called draconian provisions of section 83.28 of the act, *Investigative Hearing*, and section 83.3, *Recognizance with Conditions*. It is my view that Parliament should insist on prompt and full annual reporting requirements, to which the government has not always adhered, to date. I also believe that these draconian provisions should be renewed subject to a further sunset clause. This leads to my second detailed recommendation — that Parliament should require an ongoing or constant review process of the Anti-terrorism Act on the current three-to-five-year cycle. I would not recommend the ongoing one-year review that the British Parliament recently adopted. I think that a three-to-five-year cycle is perfectly appropriate. Third, by way of recommendation the use of Attorney General certificates regarding disclosure of evidence in trials and proceedings is a powerful tool that we need to keep under close scrutiny. This power should be reviewed again as part of the ongoing scrutiny of the act as more experience is gained through its usage. This also links to some amendments to the Access to Information and Privacy Act, which also gives the government discretion to withhold information in that process. The first three observations refer to one of the key issues on my mind — how to secure and sustain public legitimacy and knowledge of the nature of the act and its implications.

My fourth observation is in respect of Part 4, which received little attention in the examination of Bill C-36 in the fall of 2001, and the creation of FINTRAC, the Financial Transactions Reports Analysis Centre of Canada. This small part of the act carries important lessons for us in operational effectiveness. For the sake of better efficiency and coordination, Parliament should consider separating the money laundering and terrorist financing duties of FINTRAC and placing terrorist financing responsibilities under the Counter-terrorism Branch of CSIS. The alternative would be to move FINTRAC, in its entirety, under Public Safety and Emergency Preparedness Canada, PSEPC. I am sure that senators are aware that FINTRAC had an existence prior to September 11 and its duties were assigned only to tracing criminal money laundering. FINTRAC was given an added responsibility after September 11 to follow terrorist financing. The institutional assumption was that there was a similarity of congruence between terrorist financing and criminal money laundering. I do not believe any such congruence actually exists. In fact, we have created an agency with two different responsibilities, and I fear for its effectiveness in that respect.

renseignement du gouvernement. Les lacunes de la loi se trouvent essentiellement non pas dans certains détails techniques sur lesquels s'est concentré le débat, mais plutôt dans le fait qu'on n'a pas réussi à en faire reconnaître publiquement la légitimité et à en faire une application efficace. Avec votre indulgence, je vais faire une série d'observations plus précises en suivant l'ordre des dispositions du projet de loi.

Ma première observation concerne les dispositions censément draconiennes de l'article 83.28 de la loi, *Investigation*, et de l'article 83.3, *Engagement assorti de conditions*. À mon avis, le Parlement devrait insister dans la loi sur la présentation prompte d'un rapport annuel complet, exigence que le gouvernement n'a pas toujours respectée jusqu'ici. J'estime également que ces dispositions draconiennes devraient être renouvelées, mais en renouvelant également l'article de temporisation. Voilà qui m'amène à ma deuxième recommandation détaillée — que le Parlement exige la mise en place d'un processus d'examen constant ou permanent de la Loi antiterroriste tous les trois ou cinq ans. Je ne recommanderais pas l'examen annuel permanent adopté récemment par le Parlement britannique. Un cycle de trois à cinq ans me semble parfaitement convenir. Troisième recommandation, le recours aux certificats du procureur général à l'égard de la communication de la preuve durant des procès et des procédures est un outil puissant dont il faut surveiller de près l'utilisation. Il faudrait examiner à nouveau ce pouvoir dans le cadre de la surveillance permanente de l'application de la loi, à mesure que nous gagnons en expérience à son sujet. Cela a aussi un rapport avec certaines modifications apportées à la Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée qui confèrent au gouvernement le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer de l'information dans ce cadre. Les trois premières observations sont liées à un des principaux enjeux, selon moi — comment obtenir que la population reconnaisse la légitimité de la loi et en comprenne la nature et les répercussions.

Ma quatrième observation concerne la partie 4, à laquelle on a porté très peu d'attention durant l'examen du projet de loi C-36, à l'automne 2001, et la création du CANAFE, c'est-à-dire du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada. Cette petite partie de la loi est la source d'importants enseignements pour nous, sur le plan de l'efficacité d'application. Par souci d'une plus grande efficacité et d'une meilleure coordination, le Parlement devrait envisager de scinder les fonctions du CANAFE en matière de blanchiment d'argent et de financement d'activités terroristes et de faire relever ce dernier volet de la Direction générale de l'antiterrorisme du SCRS. L'alternative consisterait à faire relever tout le CANAFE de Sécurité publique et Protection civile Canada. Vous êtes conscients, j'en suis sûr, que le CANAFE existait déjà avant le 11 septembre et que sa fonction se limitait à repérer les activités de blanchiment du produit de la criminalité. Le CANAFE s'est vu confier après le 11 septembre la responsabilité supplémentaire de suivre les opérations financières de manière à repérer d'éventuelles sources de financement des activités terroristes. On parlait de l'hypothèse qu'il existait une certaine congruence entre les deux. En fait, je rejette cette hypothèse. En réalité, nous avons créé un organisme auquel nous avons confié deux responsabilités distinctes, et je crains qu'il ne soit pas très efficace sur ce plan.

For my fifth observation, I will move on to another part of the act that also speaks to the question of operational effectiveness and its impact on the general workings of the Canadian security and intelligence community — Part 6 and the enabling legislation for the Communication Security Establishment. In the fall of 2001 we had many dramatic issues to debate, such as the definitions of “terrorism,” the prescribed lists of terrorist entities, facilitation of terrorism, charity, registrations, et cetera. My argument is that with the passage of time and the lowering of some of our anxieties, it is time now to pay attention to some of these details. The Communication Security Establishment is engaged in the collection of foreign intelligence and is a critical component of the Canadian intelligence community, although it is one of its most secret arms. Section 273.65 of the Anti-terrorism Act gives the CSE the authority under ministerial direction to target what is defined as “private communications.” In practice, the CSE interprets this authority to mean that it can collect some signals’ intelligence within Canada, as long as Canadian targets are at one end of a foreign-based communication net. From my own study of signals intelligence agencies, which goes back more than 20 years, I cannot see this as anything more than a polite fiction. Parliament should insist on a review of the CSE capabilities and interception policies to determine whether a distinction between foreign and domestic intercept targets remains valid in an age of terrorist threats and whether the existing lines of authority between the CSE and CSIS, in respect of monitoring the interception of communications, operate to the requisite levels of effectiveness. Otherwise, we risk losing one key intelligence collection tool in the war on terror, and this speaks to the issue of effectiveness.

My sixth observation concerns the Security of Information Act, which received relatively little attention in the fall of 2001 because it was overshadowed by other issues. The Security of Information Act is addressed near the end of the bill and was a revision of the Official Secrets Act, carried out after a long study of the problems inherent in the old Official Secrets Act. The new Security Information Act is a disaster, in my opinion. Its definition of “special operational information” is too broad and diffuse. Its public-interest whistle-blowing provisions are inoperable. Its creation of a class of persons “permanently pledged to secrecy” is Orwellian, unnecessary and impossible to administer in practice. The Security of Information Act has the capacity to introduce an unwarranted chill on informed public debate on national security issues. The *O’Neill* case, of the *Ottawa Citizen* reporter served with a search warrant under the Anti-terrorism Act, is an example of this. My advice to Parliament is that this part of the act be rejected in its entirety and sent back to the Department of Justice Canada for a thorough re-drafting. The Security of Information Act speaks to both the issues of effectiveness and public legitimacy.

En ce qui concerne ma cinquième observation, nous allons passer à une autre partie de la loi qui a également une influence sur l’efficacité de son application et sur le fonctionnement général du milieu canadien de la sécurité et du renseignement de sécurité — je parle de la partie 6 et de la loi instituant le Centre de la sécurité des télécommunications. À l’automne 2001, nous avons de nombreux grands enjeux à débattre, comme la définition du « terrorisme », les entités inscrites, la facilitation du terrorisme, les œuvres de bienfaisance et ainsi de suite. Ce que j’en dis, c’est qu’avec les années et l’apaisement de certaines craintes, le temps est maintenant venu de porter attention à certains de ces détails. Le Centre de la sécurité des télécommunications travaille à la collecte de renseignements de sécurité à l’étranger et il représente une composante névralgique du milieu canadien du renseignement, même s’il en est une des plus secrètes. L’article 273.65 de la Loi antiterroriste confère au CST le pouvoir, sur autorisation du ministre, d’intercepter ce que nous appelons des « communications privées ». Dans la pratique, le CST interprète ce pouvoir comme lui donnant le droit de faire la collecte de certains renseignements d’origine électromagnétique au Canada même, à condition que les cibles canadiennes fassent partie d’un réseau de communication basé à l’étranger. Ma propre étude des organismes de collecte de renseignements d’origine électromagnétique entamée il y a vingt ans me fait dire que ce n’est rien d’autre qu’une fiction polie. Le Parlement devrait insister pour examiner les capacités et la politique d’interception du CST afin de voir s’il est encore valable de faire une distinction entre les cibles d’interception étrangères et intérieures en cette période de menaces terroristes et si les liaisons hiérarchiques actuelles entre le CST et le SCRS concernant la surveillance de l’interception des communications ont toute l’efficacité voulue, sans quoi nous risquons de perdre un de nos principaux outils de collecte de renseignements dans notre guerre contre la terreur, ce qui en diminuerait l’efficacité.

Ma sixième observation concerne la Loi sur la protection de l’information à laquelle on a porté relativement peu d’attention à l’automne 2001 parce qu’elle était éclipsée par d’autres questions. La Loi sur la protection de l’information est mentionnée vers la fin du projet de loi sous forme de modifications apportées à la Loi sur les secrets officiels après une longue étude des problèmes inhérents à l’ancienne loi. La nouvelle Loi sur la protection de l’information est une catastrophe, si vous voulez mon opinion. Sa définition des « renseignements opérationnels spéciaux » est trop générale et diffuse. Ses dispositions relatives à la dénonciation dans l’intérêt public sont sans effet. La création d’une catégorie de personnes « astreintes au secret à perpétuité » est orwellienne, inutile et impossible à appliquer dans la pratique. La Loi sur la protection de l’information peut entraver sans justification la tenue d’un débat public informé sur des questions de sécurité nationale, comme en témoigne l’affaire *O’Neill*, cette journaliste du *Ottawa Citizen* qui a fait l’objet d’un mandat de perquisition aux termes de la Loi antiterroriste. Mon conseil au Parlement est de rejeter entièrement cette partie de la loi et de renvoyer le ministère de la Justice du Canada à ses devoirs. La Loi sur la protection de l’information met en jeu à la fois l’efficacité et la légitimité publique.

My seventh observation is that, by creating a special category of terrorist offences under the Criminal Code, the Anti-terrorism Act contributed significantly to a post-September 11 momentum that saw the RCMP, as well as provincial and municipal police forces, engage in counterterrorist investigations in a significant way. This has led to the creation of problems of mandated jurisdiction between law enforcement agencies and intelligence gatherers, in particular the Canadian Security and Intelligence Service, CSIS. The rush by law enforcement agencies into counterterrorism activities, for which they have little expertise, needs to be halted and reassessed, especially in light of the actions in the *Maheer Arar* case. Distinctions between the investigative function, with CSIS in the lead, and the arrest function, with law enforcement agencies fulfilling their necessary mandate, needs to be reasserted. To achieve this, Parliament should insist on a full-scale public review of the counterterrorism function at the federal level, which may need to be broadened in respect of the general effectiveness of Canadian intelligence, to meet 21st century domestic and global security threats. We are the only member of our tightly knit intelligence alliance that has not engaged in a full-scale public review of some aspect of its intelligence capabilities. The British, Americans, Australians and New Zealanders have done this.

My eighth observation is that the act ultimately depends on public support and knowledge for its standing in Canadian society. This evokes the question of chivalrous mythologies and bogeymen. Canadians remain confused about the nature and reality of terrorist threats. The government has failed in its duty to educate citizens about this threat or to assist in creating conditions whereby a fully informed debate can occur. To remedy this problem, I would suggest that an annual government document be tabled in Parliament that assesses the current threat from terrorism to Canadian domestic and global security. This document should be compiled by the Minister for Public Safety and Emergency Preparedness with input from a national security advisor. The report might be similar to the annual report of the U.S. State Department on global trends in terrorism. This recommended annual government report should also spell out for Canadians the respective roles and functions of the various components of the security and intelligence community, which would be one step toward achieving public legitimacy.

The Chairman: Thank you, Professor Wark. We will go to questions.

Senator Andreychuk: Professor Wark, you have hit upon a point with which I disagree. There is a concern about authorizing powers to the government that it never had before in any systematic way, and citizens should be worried about those powers because they can affect the rights of all Canadians. However, I agree that we will not be effective if we do not

Comme septième observation, en créant une catégorie spéciale de crimes terroristes dans le Code criminel, la Loi antiterroriste a sensiblement contribué à donner un élan post-11 septembre qui a permis à la GRC, de même qu'aux corps policiers provinciaux et municipaux, de se lancer massivement dans des enquêtes antiterroristes, ce qui a créé des problèmes de juridiction entre les organismes d'application de la loi et ceux qui font du renseignement de sécurité, en particulier le Service canadien du renseignement de sécurité, c'est-à-dire le SCRS. La ruée des organismes d'application de la loi vers les activités de lutte au terrorisme, pour lesquelles ils ont peu de compétences, doit être stoppée et réévaluée, surtout à la lumière de ce qui s'est produit dans l'affaire *Maheer Arar*. Il faut redéfinir la distinction entre la fonction d'enquête, le SCRS en assumant l'initiative, et la fonction d'arrestation, les organismes d'application de la loi remplissant leur mandat fondamental. Pour y arriver, il faudrait que le Parlement insiste sur un examen public à grande échelle de la fonction antiterrorisme au niveau fédéral, qu'il faudrait peut-être élargir en ce qui concerne l'efficacité générale du renseignement de sécurité canadien, de manière à faire face aux menaces à la sécurité canadienne et mondiale du XXI^e siècle. Nous sommes le seul membre de notre alliance du renseignement de sécurité tricotée serré qui n'a pas fait d'examen public complet de certains aspects de ses services de renseignement. Les Britanniques, les Américains, les Australiens et les Néo-Zélandais l'ont tous fait.

Comme huitième point, je précise que l'opinion de la société canadienne à l'égard de la loi est fonction en fin de compte de l'appui public et de la connaissance qu'on en a. C'est ici qu'entrent en jeu les mythes chevaleresques et le croquemitaine. Les Canadiens demeurent perplexes quant à la nature et à la réalité des menaces terroristes. Le gouvernement n'a pas réussi, comme il le doit, à informer les Canadiens au sujet de cette menace ou à aider à créer les conditions grâce auxquelles un débat pleinement éclairé pourrait avoir lieu. Pour y remédier, il faudrait selon moi que le gouvernement dépose au Parlement chaque année un document qui évalue la menace courante que fait peser le terrorisme sur la sécurité intérieure canadienne et sur la sécurité mondiale. Le document devrait être produit par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile avec la participation d'un conseiller en matière de sécurité nationale. Il pourrait prendre la forme du rapport annuel produit par le Département d'État des États-Unis sur les tendances mondiales en matière de terrorisme. Le rapport gouvernemental annuel que je recommande devrait aussi décrire à l'intention des Canadiens les fonctions et rôles respectifs des diverses composantes du milieu de la sécurité et du renseignement de sécurité, ce qui contribuerait à en asseoir la légitimité publique.

La présidente : Monsieur Wark, je vous remercie. Nous allons maintenant passer aux questions.

Le sénateur Andreychuk : Monsieur Wark, vous avez mentionné un point avec lequel je suis en désaccord. Le fait de conférer au gouvernement des pouvoirs qu'il n'a jamais eus auparavant de manière systématique est préoccupant, et les Canadiens et Canadiennes devraient s'en préoccuper parce qu'il peut affecter les droits de tous les Canadiens. Toutefois, je

understand intelligence gathering. Could you expand on why you think that our counterterrorism functions have to be reviewed? In the United States we have seen that intelligence gathering and its interpretation — not the laws and their application — constituted the weak link. Are we missing out for lack of personnel, training and updating of skills? Is this your meaning when you talk about the situation in Canada or is it more than that vis-à-vis Britain, the United States and other countries?

Mr. Wark: That good question gives me the opportunity to expand on this issue. There are a number of points. It is understood and accepted that in any kind of engagement with terrorism, whether it is called “a war on terror” or otherwise, all security precautions that you might take are dependent for their effectiveness on good intelligence. You often hear the catchphrase “intelligence is the first line of defence.” Everyone understands the truth of that, in principle. If it is true in practical terms, then it requires considerable upgrading of intelligence capabilities in many countries, not just in Canada, and an ability to constantly review and assess those capabilities. Although we have existing accountability and review systems in Canada, and planned ones if a parliamentary committee were established, they have been largely focused for historical reasons on the adherence to law of these agencies. No genuine and significant concerns about effectiveness and capability have been included in the mandates of these agencies.

I say that to underline one point: in neither our accountability and review mechanisms nor in the security intelligence community within Canada is there capacity to study themselves in an honest way. There is no institutional or cultural capacity to do this. If you were to accept the point that we need some kind of thorough assessment of capabilities on an ongoing basis, then you would have to ask how it should be accomplished. Something in the order of a public review is required, of a kind that we have not seen in Canada since the Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada under Liberal minister Donald MacDonald, reported in the early 1980s. We have gone through a process of developing a national security strategy document, and we have been promised foreign defence policy reviews. However, the missing piece of the puzzle is an intelligence and security capabilities review, which can only be generated through a public process or external expert study.

It is vitally important for Canada to get this right for our domestic security, for the way in which we work with our allies and for our understanding of the significance of Canadian-generated information, as opposed to ally-generated information, on global issues and problems.

reconnais que nous ne sommes pas efficaces si nous ne comprenons pas comment se fait la collecte de renseignements de sécurité. Pourriez-vous nous parler plus abondamment de la raison pour laquelle vous estimez que notre fonction antiterroriste devrait être examinée? Nous avons vu qu'aux États-Unis, la collecte de renseignements de sécurité et leur interprétation — non pas les lois et leur application — était le maillon faible. Raton-nous la cible à cause d'un manque de personnel, de formation et de perfectionnement des compétences? Est-ce ce que vous voulez dire quand vous parlez de la situation au Canada, ou ces observations visent-elles davantage la Grande-Bretagne, les États-Unis et d'autres pays?

M. Wark : Voilà une excellente question qui va me permettre d'en dire davantage au sujet de cet enjeu. J'ai plusieurs points à faire valoir. Tous comprennent et acceptent que dans tout genre d'engagement avec le terrorisme, qu'il s'agisse d'une « guerre contre la terreur » ou d'autre chose, l'efficacité de toutes les précautions qu'on pourrait prendre en matière de sécurité dépend de la qualité du renseignement de sécurité. On entend souvent dire que le renseignement de sécurité est la première ligne de défense. Tous en reconnaissent la vérité, en principe. Si c'est vrai en termes pratiques, alors il faut nettement améliorer les services de renseignement de nombreux pays, non seulement du Canada, et pouvoir constamment les examiner et les évaluer. Bien qu'il existe au Canada des mécanismes de reddition de comptes et d'examen et qu'on en prévoie un si un comité parlementaire était créé à cette fin, ils ont largement porté, pour des raisons historiques, sur le respect de la loi par ces organismes. Le mandat de ces organismes n'inclut pas de préoccupation véritable et importante au sujet de l'efficacité et de la capacité.

Je l'ai dit pour bien faire comprendre un point : nulle part dans notre mécanisme de reddition de comptes et d'examen ou dans le milieu du renseignement de sécurité au Canada y a-t-il une capacité d'auto-évaluation honnête. Cela ne fait pas partie du mandat ou de la culture des organismes. Si vous admettiez le besoin de faire une analyse fouillée des capacités en permanence, vous auriez à vous demander comment le faire. Une sorte d'examen public s'impose, un genre d'examen qui ne s'est pas vu au Canada depuis la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada tenue sous le ministre libéral Donald MacDonald qui a fait rapport au début des années 1980. Nous avons franchi les étapes d'un processus d'élaboration d'une stratégie de sécurité nationale et on nous a promis des examens de la politique canadienne en matière d'affaires étrangères et de défense. Cependant, la pièce manquante du casse-tête est un examen des services de sécurité et de renseignement qui ne peut se faire que dans le cadre d'un processus public ou d'une étude menée par des experts de l'externe.

Il est absolument vital que le Canada s'y prenne bien pour assurer sa sécurité intérieure, pour travailler comme il faut avec ses alliés et pour comprendre l'importance des renseignements de source canadienne, par opposition aux renseignements provenant des alliés au sujet des enjeux et des problèmes mondiaux.

The underlying point is that the public must have confidence in knowing that our security and intelligence community is up to the task; and that public confidence cannot be generated by a public relations campaign of the government. Rather, it has to be underpinned by a process of systematic review that is extended over time.

We do not have that capability in Canada, which is a weak spot. We are not testing the operational capability of the intelligence community and not providing the necessary material for an informed public debate. In Canada, we have a secret intelligence community; and, in the public domain, we have a great deal of mythology, concern and anxiety, much of which is unnecessary, about that secret community. That is a matter of tradition and how we did things in the past. That has to change.

Senator Andreychuk: Do you see any of the old patterns changing? I still see the government response as being, "If we do not have all these powers and if you do not allow us this discretion, you will be at risk." However, when asked how it would exercise the power, the answer would be, "We cannot say because if we were to disclose any intelligence, we would then be vulnerable to an attack by virtue of releasing information." How would one conduct such a public policy and bridge that attitude?

Mr. Wark: It is a false problem, in a way. Other countries have engaged in this process successfully over time. Britain, Australia and the United States have had public reviews of their intelligence capabilities and problems. The point of these reviews is not to find scapegoats or to score political points but to improve the effectiveness of intelligence communities. You can review an intelligence and security function without giving away secrets, which has been established by long practice in many countries. Canada does not have that tradition. If you accept that intelligence has to be a first line of defence, as it is for other countries, then you need a way to generate the confidence that the first line of defence is truly capable of doing the job. The best way to assure and convince the public is through a public review process, for which there are various methods. It could be done by a parliamentary committee, which was promised but does not exist, or by a royal commission. However, nothing has been done yet and it is a considerable weak spot.

On the issue of powers, I differ from many critics of Bill C-36. Although it was proposed omnibus legislation, I do not see it as giving the government an overweening new footprint in the field of security and intelligence matters. In looking closely at the bill, one can see not only the necessary measures but also a great deal of cautionary measure with many checks and balances.

We were all expressed theoretical concerns, quite appropriately, about the potential for abuse in various provisions of Bill C-36. We should be somewhat reassured by

Le point sous-jacent, c'est qu'il faut que le grand public ait confiance, qu'il sache que nos services de sécurité et de renseignement sont à la hauteur. Or, ce n'est pas une campagne de relations publiques du gouvernement qui inspirera cette confiance. Ce sera plutôt un processus d'examen systématique qui se prolonge dans le temps.

Nous n'en avons pas la capacité au Canada, ce qui est un point faible. Nous ne mettons pas à l'essai la capacité opérationnelle du milieu du renseignement et nous ne fournissons pas la documentation essentielle pour avoir un débat public informé. Au Canada, nous avons un milieu du renseignement secret et, dans le domaine public, règnent beaucoup de mythes, de préoccupations et d'angoisses, non fondées en grande partie, au sujet de ce milieu secret. C'est une question de tradition et de façon dont les choses se sont faites dans le passé. Il faut que cela change.

Le sénateur Andreychuk : Voyez-vous un changement dans les vieilles habitudes? La réaction du gouvernement continue d'être : « Si vous ne nous donnez pas tout ces pouvoirs et ne nous permettez pas d'exercer un pouvoir discrétionnaire, vous serez à risque. » Cependant, quand on lui demande comment il va exercer le pouvoir, sa réaction est de nous dire qu'il ne peut pas le préciser parce que la communication des renseignements nous rendrait vulnérables à une attaque. Comment avoir dans un pareil contexte une politique publique et modifier les attitudes?

M. Wark : En un certain sens, le problème est faux. D'autres pays ont fait des examens réussis. La Grande-Bretagne, l'Australie et les États-Unis ont tous mené des examens publics de leurs services de renseignement et de leurs problèmes. L'idée de ces examens n'est pas de trouver des boucs émissaires ou de se faire du capital politique, mais bien d'améliorer l'efficacité des services de renseignement. Il y a moyen d'examiner la fonction de sécurité et de renseignement sans révéler les secrets, une pratique établie depuis longtemps dans de nombreux pays. Ce n'est pas l'usage au Canada. Si vous admettez que le renseignement de sécurité est la première ligne de défense, comme dans d'autres pays, alors il faut trouver un moyen de convaincre le public que cette première ligne de défense est vraiment capable de faire le travail. Le meilleur moyen d'en convaincre le public est de faire un examen public, pour lequel il existe diverses méthodes. Il pourrait être confié à un comité parlementaire, ce qui a été promis mais n'a jamais été fait, ou à une commission royale d'enquête. Toutefois, rien n'a encore été fait, et c'est là une faiblesse importante.

En ce qui concerne les pouvoirs, je ne suis pas d'accord avec de nombreuses critiques formulées à l'égard du projet de loi C-36. Bien qu'il s'agisse au départ d'un projet de loi omnibus, je ne crois pas qu'il confère au gouvernement de nouveaux pouvoirs démesurés dans le domaine de la sécurité et du renseignement. Si l'on examine de près le projet de loi, on constate la présence non seulement des mesures nécessaires, mais également de beaucoup de mesures de précaution et de nombreuses balises.

Nous avons tous à bon droit exprimé des préoccupations théoriques au sujet du potentiel d'abus présent dans diverses dispositions du projet de loi C-36. L'historique du recours au

the history of the use of the bill since its enactment in December 2001 in that we have witnessed relatively few abuses and a cautious and conservative use of the act for the most part.

Senator Andreychuk: Bill C-36 cannot be analyzed except in conjunction with all of the other acts affected by it and the new powers gained by the government. It does not surprise me that Bill C-36, on its own, does not look as threatening as it did initially. However, that changes when it is viewed relative to the other acts that resulted from the passage of the bill, in particular the Aeronautics Act and the act that gives ministers the ability to shut down in the event of a crisis such as SARS, which has nothing to do with terrorism. We have expanded powers not by virtue of Bill C-36 but by virtue of the resultant legislation and matters that go beyond terrorism. Those who follow this develop an unease when they realize the collection of capabilities that are in the hands of the government without review processes.

Mr. Wark: I would respond by saying that lack of distinction in large segments of the population between the powers of Bill C-36 and issues to do with racial profiling and immigration security certificates complicates public understanding of Bill C-36 and the general issue of government powers and policies in this field. As you are aware, racial profiling is not mentioned in Bill C-36 and, therefore, is not in the act. The immigration security certificate process is long established and predates September 11 by one decade; thus, it has nothing to do with Bill C-36. You are quite right to say that all of this is part of a general conception of the problem of government powers. I would hope that this committee and the parliamentary review will deal with it and take some steps to dispel some of the mythology.

Senator Smith: In your introductory remarks, I am not sure whether you used the word “myth.” However, you did say that you disagreed with the viewpoint expressed by some that the provisions in the Criminal Code at the time of 9/11 were adequate to deal with any necessary actions. I am not arguing with you, but I would ask you to explain the gaps if we had only the Criminal Code.

Mr. Wark: I should backpedal slightly and underline the fact that I am not a lawyer. My principal view on this is twofold, or perhaps threefold. The existing Criminal Code would not assist Canada in terms of bringing its legislation into line with UN conventions. Therefore, we would have to engage in a process of legislative revision to meet those UN conventions on terrorist offences of various kinds.

We all understand the law as having a symbolic and political function. The Canadian public expected the Government of Canada to take steps to single out terrorism as a particular

projet de loi depuis son adoption en décembre 2001 devrait nous rassurer quelque peu, en ce sens qu’il y a eu relativement peu d’abus et qu’on a invoqué la loi, la plupart du temps, avec prudence.

Le sénateur Andreychuk : Le projet de loi C-36 ne peut être analysé autrement que de concert avec toutes les autres lois qu’il touche et les nouveaux pouvoirs acquis par le gouvernement. Je ne suis pas surprise que le projet de loi C-36, à lui seul, ne semble pas aussi menaçant qu’au début. Cependant, cette perception change quand on le considère par le prisme des autres lois qu’il a modifiées, en particulier la Loi sur l’aéronautique et celle qui confère aux ministres le pouvoir de tout arrêter s’il y avait une crise comme celle du SRAS, qui n’avait rien à voir avec le terrorisme. Nous avons élargi les pouvoirs non pas dans le projet de loi C-36, mais dans les lois qu’il a modifiées, au nom de principes qui vont au-delà du terrorisme. Ceux qui suivent la situation se sentent mal à l’aise quand ils se rendent compte de toute la série de pouvoirs qui sont conférés au gouvernement et qui ne sont pas soumis à un processus d’examen.

M. Wark : Ma réaction est de dire que la confusion qui règne au sein d’une grande partie de la population entre les pouvoirs conférés par le projet de loi C-36 et les questions concernant le profilage racial et les certificats de sécurité en matière d’immigration empêche de bien comprendre le projet de loi C-36 et la question plus générale des politiques et des pouvoirs gouvernementaux dans ce domaine. Comme vous le savez, le profilage racial n’est pas mentionné dans le projet de loi C-36 et, par conséquent, ne se retrouve pas dans la loi. Le processus de délivrance de cette attestation de sécurité en matière d’immigration est établi depuis longtemps et a précédé de dix ans le 11 septembre; par conséquent, il n’a rien à voir avec le projet de loi C-36. Vous avez tout à fait raison de dire que tout cela fait partie de la perception générale qu’on a des pouvoirs du gouvernement. J’espère que votre comité et l’examen parlementaire en traiteront et que des mesures seront prises pour chasser certaines fausses impressions.

Le sénateur Smith : Dans votre déclaration liminaire, je ne suis pas sûr que vous ayez prononcé le mot « mythe ». Cependant, vous avez bel et bien dit que vous n’étiez pas d’accord avec le point de vue exprimé par certains selon lesquels les dispositions du Code criminel au moment des attaques, le 11 septembre, suffisaient pour prendre les mesures requises. Je ne tiens pas à en débattre avec vous, mais j’aimerais que vous m’expliquiez où seraient les lacunes, si nous n’avions que le Code criminel comme outil.

M. Wark : Il faudrait que je revienne un peu en arrière et que je souligne le fait que je ne suis pas un juriste. Ce que j’ai dit porte sur deux ou peut-être trois fronts à la fois. Le Code criminel existant n’aiderait pas le Canada à arrimer ses lois avec les conventions des Nations Unies. Par conséquent, il faudrait se lancer dans un processus de modification des lois afin de mettre en oeuvre les conventions des Nations Unies qui portent sur des crimes terroristes de toutes sortes.

Nous savons tous que la loi a une fonction symbolique et politique. La population canadienne s’attendait à ce que le gouvernement du Canada prenne des mesures pour faire du

offence and to find ways to criminalize those offences in new legislation. There was a political and symbolic need to do this in terms of Canadian, global and, certainly, allied expectations. We have done this in ways that are similar to measures taken by our traditional allies, although in many respects rather more benign and benevolent, especially when compared with the Patriot Act or the British anti-terrorism legislation.

As well, from my non-legal perspective, I cannot see terrorism as a typical form of crime, such as the robbing of banks and other crimes dealt with in the Criminal Code. Terrorism is a distinct and dangerous kind of offence to human security and values. For that reason, it deserves a special place in our legislation. Clearly, we would have had to define "terrorism" as a form of offence. Once on that road, you would be creating a special category of offences in the Criminal Code. I see this whole process as inevitable in the circumstances of post-September 11.

Senator Smith: I cannot resist pointing out that several weeks ago I was in Ireland where I heard that robbing banks and political agendas were not altogether divorced. On the balance between dealing with the threat and having respect for civil liberties, is this close to achieving the right balance? You said that the security of information aspects could be eliminated so that we could start over. In terms of that balance per se, what is your comment? I refer to the balance between adequately dealing with a threat and civil liberties, à la Alan Borovoy.

Mr. Wark: Yes, I am familiar with Mr. Borovoy's arguments on the matter, which I respect. He and I found ourselves on the same panel testifying before the House in the fall of 2001. I must confess to a slight metaphysical or academic or intellectual unease at the concept of balance because I am not sure that is the true issue. It is not that we trade legislative powers in this field for civil liberties, which can be the outcome at times, but I am not sure that it is the organizing principle. We need to have both. One does not egregiously change the basic approach to civil liberties in order to enact anti-terrorism legislation. For the most part, the act does a reasonable job of trying to surround new powers, which I deem necessary, with some checks, balances and caution. The appropriate way is to ensure a degree of Federal Court adjudication of the tougher provisions of the act. That would be a reasonable way to do this.

However, there are other important checks and balances that we have seen operate invisibly in Canada since September 11.

This is why I reject some of the more impassioned and extreme views on the dangers of the act. We operate in a society that, on the whole, has no time for terrorism and for overweening government power. Thus, we operate in a natural system of balance in that respect, which I do not think the act has disoriented. Coming back to Senator Andreychuk's point, we

terrorisme un crime particulier et pour trouver des moyens de criminaliser ces activités dans le cadre de la nouvelle loi. Il existait un besoin politique et symbolique de le faire, en termes d'attentes canadiennes, mondiales et, assurément, alliées. Nous l'avons fait de manière analogue à celle de nos alliés traditionnels, bien qu'à de nombreux égards, nous nous soyons montrés plus bénins et bienveillants, surtout par opposition au Patriot Act ou à la Loi antiterroriste britannique.

Également, de mon point de vue de non-juriste, je ne peux concevoir le terrorisme comme une forme typique de crime, à l'exemple du vol de banque et d'autres crimes prévus dans le Code criminel. Le terrorisme est un autre genre de crime dangereux qui s'en prend à la sécurité et aux valeurs de notre société. C'est pourquoi il mérite une place spéciale dans nos lois. Manifestement, il fallait le définir comme une forme de crime. Une fois qu'on avait emprunté cette voie, il fallait créer une catégorie spéciale d'infractions dans le Code criminel. C'était inévitable après le 11 septembre.

Le sénateur Smith : Je ne peux m'empêcher de souligner qu'il y a plusieurs semaines, j'étais en Irlande quand j'ai entendu dire que les vols de banque et les programmes politiques n'étaient pas tout à fait dissociés. Pour ce qui est de contrer la menace tout en respectant les libertés civiles, notre loi est-elle près de frapper un juste équilibre? Vous avez dit qu'on devrait retrancher de la loi les dispositions qui concernent la protection de l'information, de manière à pouvoir recommencer à zéro. En termes d'équilibre comme tel, qu'en pensez-vous? Je parle de l'équilibre entre une réaction à la menace et la protection des libertés civiles, style Alan Borovoy.

M. Wark : Oui, je connais les arguments de M. Borovoy, une personne que je respecte. Lui et moi avons fait partie du même groupe d'experts témoignant devant le comité de la Chambre des communes à l'automne 2001. Je dois avouer que ce concept d'équilibre me met légèrement mal à l'aise, sur le plan métaphysique, académique ou intellectuel, parce que je ne suis pas sûr que c'est là le véritable problème. Ce n'est pas que nous échangeons des pouvoirs législatifs dans le domaine contre des libertés civiles, ce qui peut arriver parfois. Je ne suis pas sûr que c'est là le principe d'organisation. Il faut avoir les deux. On ne peut pas changer radicalement l'approche fondamentale aux libertés civiles pour appliquer une loi antiterroriste. La plupart du temps, la loi semble réussir à baliser de façon raisonnable l'exercice des nouveaux pouvoirs, que j'estime nécessaires, grâce à certains freins et contrepois et au principe de prudence. La meilleure façon consiste à garantir un certain arbitrage de la Cour fédérale au sujet des dispositions les plus musclées de la loi. Ce serait là une façon raisonnable de s'y prendre.

Cependant, il existe d'autres importants freins et contrepois qui entrent invisiblement en jeu au Canada depuis le 11 septembre.

C'est pourquoi je rejette certaines des vues les plus exaltées et extrêmes au sujet du danger présenté par la loi. Nous vivons au sein d'une société qui, dans l'ensemble, n'a pas de temps à consacrer au terrorisme et aux pouvoirs démesurés du gouvernement. Par conséquent, nous cherchons naturellement à frapper un équilibre à cet égard, équilibre que je ne crois pas que

have to remain alert to the possibility of abuse. I have not seen many signs of practical abuse thus far, with some exceptions that I mentioned, or much momentum building toward possible abuses in the future.

Senator Smith: You referred to a full-scale review of the counterterrorism function. You referred to the role of a national security adviser, similar to the U.S. Do you think that needs enhancing? I am prompted to ask the question because I was on the Standing Senate Committee on National Security and Defence for several years. At 10 meetings out of 10 we heard a pitch about how tens of millions of dollars needed to be spent on items A, B, C, D, E, F and G, all of which sounded compelling at times. However, there is only so much in the wallet and many other issues, such as health care, must be considered. The choices are difficult. We heard about the huge land mass of Canada that is porous and about the Coast Guard being watered down to the point that it is a bit of a joke, according to some. Even if you were to increase the number of Coast Guard boats operated by the military by five, the land mass is so huge that it would not matter how much money were spent to deal with a suicide terrorist. Is this a spending priority item? You talked about a full-scale review of the counterterrorism function, and I understand that we need certain securities in place here, although I look back longingly at the days when we could walk around anywhere with no thought to security screening. Security was taken for granted. Could we have your comments on that, please.

Mr. Wark: Senator, I suspect we are destined to live with screens for the rest of our lives and the lives of our descendants. However, my conception of a review is that it is not a forum for suggesting to different government departments and agencies that they make bids for additional money. I suspect that the security and intelligence community, which would be the focus of such a review, thinks that it has enough in the various national security budgets passed since December 2001 to digest for the near future. Such a review needs to concentrate on the intelligence information gathering, assessment and dissemination of information functions, which are at the heart of the security and intelligence community, and not on the hard assets that exist to respond to that information. We need to ensure that we have constant knowledge of the real threats, the high risks and even the real dangers of low-probability risks that exist. This is a matter of whether we have that knowledge at the heart of government and, if we do not have it, we could make improvements.

It is a way of asking ourselves questions about the kind of institutional hodgepodge that has developed in the security and intelligence community, as a result of historical accretions since the Second World War and about who is responsible for what and where does institutional power lie. Of course, one of the key issues post-September 11 is the whole matter of coordination and how to ensure that the various elements of a government's

la loi ait détruit. Pour en revenir au point soulevé par le sénateur Andreychuk, nous devons demeurer conscients de la possibilité d'abus. Je n'en ai pas vu de nombreux signes jusqu'ici, sauf les exceptions que j'ai mentionnées, pas plus d'ailleurs que de facteurs qui pourraient mener à d'éventuels abus plus tard.

Le sénateur Smith : Vous avez parlé d'un examen à grande échelle de la fonction de lutte contre le terrorisme. Vous avez mentionné le rôle d'un conseiller en matière de sécurité nationale analogue à celui des États-Unis. Croyez-vous qu'il faut insister là-dessus? Je vous pose la question parce que j'ai fait partie du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense pendant plusieurs années. À toutes les réunions, on nous faisait valoir qu'il fallait dépenser des dizaines de millions de dollars à telle ou telle chose, pour des raisons qui nous semblaient toutes impérieuses à l'époque. Cependant, les deniers publics sont limités et il faut tenir compte de nombreuses autres priorités, comme la santé. Les choix à faire sont difficiles. On nous a parlé de l'énorme territoire du Canada dont les frontières sont poreuses et de la Garde côtière dont les ressources ont été tellement réduites qu'elle est l'objet de risée, selon certains. Même si on augmentait de cinq le nombre de navires de la Garde côtière exploités par les militaires, le territoire à couvrir est si grand que le montant d'argent consacré à stopper l'action d'un kamikaze est sans importance. Est-ce là une priorité sur le plan des dépenses? Vous avez parlé d'un examen à grande échelle de la fonction de lutte contre le terrorisme, et je comprends qu'il nous faut certaines garanties dans ce cas-là, bien que je songe avec nostalgie à l'époque où nous pouvions nous promener n'importe où sans avoir à nous inquiéter de contrôles de sécurité. La sécurité était tenue pour acquise. Pourriez-vous faire des observations à cet égard, je vous prie.

M. Wark : Sénateur, je soupçonne qu'il va falloir que nous et nos descendants nous habituions à vivre avec des contrôles. Cependant, selon ma conception d'un examen, il ne s'agit pas d'une tribune pour inciter les différents ministères et organismes gouvernementaux à demander des fonds supplémentaires. Je soupçonne que les services de sécurité et de renseignement, qui serait le principal objet d'un pareil examen, estiment avoir suffisamment de fonds, dans les divers budgets de sécurité nationale adoptés depuis décembre 2001, pour l'avenir immédiat. Il faut qu'un pareil examen se concentre sur la collecte, l'analyse et la diffusion des renseignements de sécurité qui sont au cœur même des services de sécurité et de renseignement, plutôt que sur les biens durables en place pour obtenir ces renseignements. Il faut avoir l'assurance que nous sommes constamment au courant des véritables menaces, des risques élevés et même des réels dangers représentés par des risques peu probables. Il s'agit donc de savoir si le gouvernement est au courant et, s'il ne l'est pas, quelles améliorations il faudrait faire.

L'examen représente une façon pour nous de nous interroger sur le genre de désordre institutionnel qui s'est développé dans le milieu de la sécurité et du renseignement par suite d'une croissance historique survenue depuis la Seconde Guerre mondiale et de savoir qui est responsable de quoi et où réside le pouvoir institutionnel. Naturellement, un des principaux enjeux depuis le 11 septembre est toute cette question de coordination, de

security and intelligence community are working effectively together. We need to know who coordinates the effort to ensure that the intelligence you hope to receive reaches the decision-makers at the bureaucratic and political levels. All of those issues have been the focus for studies in the U.K., Australia and the United States. They are passionate studies about failures related to September 11 and the Iraq war. Perhaps those things do not affect us directly, but we could benefit a great deal from them.

We need a smart government in terms of intelligence and security in Canada because we are a multicultural country living in a North American environment with global security interests. My fear is that we know less than we could know about terrorism but because there are no internal mechanisms or culture for change and improvement, the only way we can achieve this is through external pressure.

Senator Smith: That is fair. However, I cannot lose sight of the fact that we may have a global-sized land mass but we are not a global power and we do not have a global budget. We have to remember to keep our efforts in the affordable category.

Senator Kinsella: Professor Wark, I would like to briefly explore three areas: the current anti-terrorism intelligence infrastructure in Canada; FINTRAC; and the point raised by you in your presentation about security of information provisions.

In your opinion, what are the three most outstanding gaps in Canada's anti-terrorism intelligence infrastructure? What is operationally ineffective? What are your recommendations for dealing with them? In respect of mechanisms to be used in other areas of the public service for ongoing program evaluation, is there a unique model that would be applicable to assess Canada's anti-terrorism intelligence infrastructure?

Mr. Wark: Senator, you have given me a delightful opportunity to imagine a better intelligence community but I will stick to the top three recommendations. First, we have to understand that we are an anomaly in the global community because we do not have a true foreign intelligence service, although CSIS has moved in that direction, without an explicit mandate to do so, over the last several years. We need to address how good we are at collecting the kind of foreign intelligence that we need through overseas operations of various kinds.

Second, there remain serious issues about our ability to assess and make sense of the information collected by various Canadian agencies and departments and the information that comes to us from our allies. The recent Report of the Flood Inquiry into Australian Intelligence Agencies estimated that Australia is dependent to the degree of about 97 per cent for its intelligence

faire en sorte que les divers éléments des services de sécurité et de renseignement du gouvernement travaillent bien ensemble. Nous avons besoin de savoir qui coordonne l'effort pour faire en sorte que le renseignement que vous espérez recevoir atteigne les bureaucrates et les élus qui prennent les décisions. Toutes ces questions ont fait l'objet d'études au Royaume-Uni, en Australie et aux États-Unis. Il existe des études passionnées au sujet d'échecs liés au 11 septembre et à la guerre de l'Irak. Ces choses ne nous touchent peut-être pas directement, mais nous pourrions en tirer grandement profit.

Nous avons besoin d'un gouvernement branché sur le plan du renseignement de sécurité et de la sécurité au Canada, parce que nous formons une société multiculturelle dans un contexte nord-américain dont les intérêts, sur le plan de la sécurité, sont mondiaux. Ma crainte, c'est que nous en sachions moins que nous le pourrions au sujet du terrorisme, mais parce qu'il n'existe pas de mécanisme ou de culture interne du changement et de l'amélioration, la seule façon d'y arriver est d'exercer des pressions de l'extérieur.

Le sénateur Smith : Voilà qui me semble honnête. Cependant, il ne faut pas perdre de vue le fait que, malgré la grandeur de notre territoire, nous ne sommes pas une puissance mondiale et que nous n'avons pas un budget illimité. Nos efforts devront être à la hauteur de nos moyens.

Le sénateur Kinsella : Monsieur Wark, j'aimerais brièvement explorer avec vous trois questions : l'infrastructure actuelle de renseignement antiterroriste au Canada, le CANAFE et le point que vous avez soulevé dans votre déclaration au sujet des dispositions relatives à la protection de l'information.

Selon vous, quelles sont les trois lacunes les plus flagrantes de l'infrastructure du renseignement antiterroriste au Canada? Qu'est-ce qui, sur le plan opérationnel, est inefficace? Que recommandez-vous pour y mettre fin? Pour ce qui est des mécanismes utilisés dans d'autres secteurs de la fonction publique pour faire des évaluations constantes de programme, existe-t-il un modèle unique qui s'appliquerait à l'évaluation de l'infrastructure canadienne du renseignement en matière antiterroriste?

M. Wark : Sénateur, vous m'offrez là la possibilité réjouissante d'imaginer un meilleur monde du renseignement, mais je vais m'en tenir à mes trois grandes recommandations. Tout d'abord, nous devons comprendre que nous représentons une anomalie dans la communauté mondiale parce que nous n'avons pas de véritable service de collecte de renseignement à l'étranger, bien que le SCRS se soit permis quelques petits excès de ce côté-là sans mandat explicite au cours des quelques dernières années. Il faut s'interroger sur notre capacité d'obtenir le genre de renseignement dont nous avons besoin dans le cadre d'opérations de divers genres à l'étranger.

Ensuite, de graves problèmes continuent de miner notre capacité d'analyser et d'interpréter les renseignements réunis par divers organismes et ministères canadiens et ceux qui nous viennent de nos alliés. Dans le rapport récent de l'enquête Flood au sujet des organismes de renseignement australiens, on estime que l'Australie dépend à 97 p. 100 environ d'autres pays pour

on the global picture, and that is probably similar to the Canadian situation. When a government is that dependent on foreign sources for intelligence, it needs to have an extremely good assessment capability to ensure that it understands the picture in Canadian terms. We have increased the capability but we do not have an assessment system that is as strong as it could be, and there are various reasons for that. Partly, it is bureaucratically divided and fractionalized in that part of it exists in CSIS, part in the Privy Council Office and part in bits and pieces throughout the federal government. The whole question of how we understand, assess and report, particularly strategically on critical threats to Canada, remains to be studied and improved.

Third, measures have been taken since September 11 to try to improve the coordination of the Canadian security and intelligence community, but I am not sure they have been effective yet.

Some of them rest on the ability of the public safety department to function in this field, which remains unknown, to some degree. Some of them rest on the ability of the national security adviser to function effectively as a coordinator. Some of them give cause to wonder what the relationship between a national security adviser reporting to the Prime Minister and Public Safety and Emergency Preparedness Canada might be. However, coordination is critical to ensure that you do not engage in inefficiencies, and I take Senator Smith's point that in a necessarily small and budget-restricted effort, you do not suffer from unnecessary inefficiencies. We must also ensure that you can find and use the necessary information quickly. Foreign intelligence service, assessment capabilities and coordination are the top three gaps.

Senator Kinsella: The second matter that you mentioned was FINTRAC. You suggested that it might be better located under Public Safety and Emergency Preparedness. Would there be serious operational gaps with that? Witness testimony has indicated that there is a great deal of fundraising occurring via front groups. Indeed, last evening we heard the testimony of a witness who said that the Government of Canada is one of the contributors of grants to some of these front organizations. I was quite surprised when that witness indicated that there have been meetings of members of the ministry and some of these organizations. One such group referenced was the Tamil Tigers and its fundraising dinner that was attended by the former Minister of Finance, our current Prime Minister. We heard testimony that there have been transfers of money from the Hong Kong Shanghai Banking Corporation, HSBC, for the transfer of monies to purchase weapons from Canada. What is wrong at FINTRAC?

obtenir des renseignements de sécurité sur la situation mondiale. La situation canadienne est probablement analogue. Quand il dépend de sources étrangères pour obtenir des renseignements de sécurité, le gouvernement doit exceller dans l'analyse de ces renseignements s'il veut bien comprendre la situation par rapport aux intérêts canadiens. Nous avons accru cette capacité, mais notre système d'analyse n'est pas aussi solide qu'il pourrait l'être et ce, pour diverses raisons. Sa faiblesse peut s'expliquer, en partie, du fait que, sur le plan organisationnel, il est divisé et fragmenté. On en trouve une partie au SCRS, une autre au Bureau du Conseil privé et d'autres éparpillés un peu partout au sein du gouvernement fédéral. Il reste à examiner et à améliorer la façon dont nous obtenons des renseignements de sécurité concernant des menaces critiques pour le Canada, dont nous les évaluons et en faisons rapport, particulièrement sur le plan stratégique.

Troisième point, des mesures ont été prises depuis le 11 septembre pour essayer d'améliorer la coordination des services de sécurité et de renseignement canadiens, mais je ne suis pas sûr qu'elles sont efficaces.

Certaines d'entre elles s'appuient sur la capacité du ministère de la Sécurité publique de fonctionner dans ce domaine, une inconnue jusqu'à un certain point. D'autres comptent sur la capacité du conseiller en matière de sécurité nationale à faire un travail efficace de coordination. Certaines de ces mesures portent à s'interroger sur le rapport qui existe entre le conseiller en matière de sécurité nationale qui relève du premier ministre et Sécurité publique et Protection civile Canada. Cependant, la coordination est cruciale pour éviter l'inefficacité, et je prends bonne note à cet égard de la remarque faite par le sénateur Smith selon lequel il faut faire en sorte, pour toute mesure forcément de petite envergure et limitée par le budget, d'éviter les sources d'inefficacité inutiles. Il faut aussi faire en sorte qu'on peut trouver et utiliser l'information voulue rapidement. Les trois grandes faiblesses sont l'absence d'un service de collecte de renseignement à l'étranger et de capacités d'analyse et de coordination.

Le sénateur Kinsella : Le second point que vous avez mentionné était le CANAFE. Vous avez laissé entendre qu'il vaudrait peut-être mieux le faire relever de Sécurité publique et Protection civile Canada. Cette solution créerait-elle de grands vides opérationnels? D'après les témoignages entendus, les terroristes amassent beaucoup de fonds par l'intermédiaire de groupes de façade. De fait, hier soir, un témoin nous a affirmé que le gouvernement du Canada accorde des subventions à certains de ces organismes. J'ai été très étonné d'apprendre de ce témoin que des rencontres ont eu lieu entre des membres du ministère et certains de ces organismes. Il fut entre autres question d'un dîner-bénéfice organisé par des Tigres tamouls auquel était présent l'ex-ministre des Finances, notre premier ministre actuel. On nous a aussi parlé de transferts de fonds de la Hong Kong Shanghai Banking Corporation, de la HSBC, en vue d'acheter des armes du Canada. Qu'est-ce qui cloche au CANAFE?

Mr. Wark: I preface these remarks by saying that we know too little about the real capabilities of FINTRAC. We need to recognize that it is a relatively young organization that is doing a difficult job. It is understood that the business of tracking, impeding and intercepting terrorist fundraising is one of the most complex challenges in the field of anti-terrorism. Nevertheless, all of our partners, including the UN, take the challenge seriously. The United Nations has given its most strenuous efforts as an international organization to focus its energies and the global community's efforts on interdicting terrorist financing. It is an extraordinarily difficult thing to do.

That is why I worry about FINTRAC in terms of its creation by adding the terrorist financing job to an existing small organization whose expertise resided in tracking criminal money laundering. I do not think there is much similarity, to be honest, between the nature of and problems with investigating criminal money laundering and with investigating terrorist financing. FINTRAC is a two-headed beast that we cannot afford. To study criminal money laundering, we need to be effective at impeding terrorist financing. However, the two should not be combined in one small organization that is bureaucratically disconnected from the key centres of expertise in the Canadian government; principally, the Canadian Security Intelligence Service.

My view on this, without speaking to any authority and without knowledge of any secrets about FINTRAC, is that FINTRAC has been given a mandate that is too ambitious and wrongly placed institutionally, both of which are dangerous. FINTRAC needs to live in a department or agency that is principally engaged in counterterrorism work in order to benefit from all the intelligence and knowledge that the agency or department might have, whether it is Public Safety and Emergency Preparedness or CSIS. The bill suggests that in certain circumstances, FINTRAC information should be passed to CSIS when that information seems to be terrorist-related. That is the recommendation and advice that has been given to FINTRAC and any time I see such an advisory note in a piece of legislation, it scares me. I do not know how well that relationship works but the way in which we created FINTRAC was simply wrong; and we need to rethink it. I would urge that the obvious home for it is either under CSIS or under Public Safety, where it could live in a milieu of substantial expertise on terrorist groups and terrorist threats. You cannot have an institution tracking terrorist financing that does not live institutionally in that milieu. Therefore, I fear the effectiveness of FINTRAC.

Senator Kinsella: You drew our attention to the Security of Information Act and the nature of the old Official Secrets Act. When Bill C-36 was before Parliament, those sections were added. I made a note of your statement because you were categorical and

M. Wark : J'ai précédé ma déclaration de propos dans lesquels j'affirme que nous en savons très peu sur les capacités réelles du CANAFE. Il faut reconnaître qu'il s'agit d'un organisme relativement jeune qui fait un travail difficile. On comprend que le travail qui consiste à suivre, à bloquer et à intercepter les fonds levés par des terroristes est un des défis les plus complexes à relever dans le domaine de la lutte antiterrorisme. Néanmoins, tous nos partenaires, y compris les Nations Unies, prennent le défi au sérieux. Les Nations Unies sont celles qui se sont le plus efforcé, en tant qu'organisme international, de concentrer leurs énergies et les efforts déployés par la communauté internationale sur l'interdiction du financement terroriste. C'est là un défi extraordinairement difficile à relever.

C'est pourquoi je m'inquiète au sujet du CANAFE. On a confié à un petit organisme déjà en place qui se spécialisait dans la surveillance du blanchiment du produit de la criminalité la tâche de repérer le financement d'activités terroristes. Je ne crois pas qu'il y ait beaucoup d'analogie, pour être sincère avec vous, entre la nature et les problèmes d'une enquête sur le blanchiment du produit de la criminalité et d'une enquête sur le financement d'activités terroristes. Le CANAFE est un monstre bicéphal dont nous ne pouvons pas nous payer le luxe. Pour étudier le blanchiment du produit de la criminalité, il faut être capable de bloquer avec efficacité le financement d'activités terroristes. Cependant, les deux ne devraient pas être regroupés sous un même toit qui est coupé, sur le plan bureaucratique, des principaux centres d'expertise du gouvernement canadien, notamment le Service canadien du renseignement de sécurité.

Mon interprétation de la situation, sans en avoir parlé avec qui que ce soit en position d'autorité et sans connaître de secrets au sujet du CANAFE, est que le centre s'est vu confier un mandat trop ambitieux et mal situé, sur le plan institutionnel, deux problèmes dangereux. Il faut que le CANAFE se trouve au sein d'un ministère ou d'un organisme qui est principalement voué à l'antiterrorisme de manière à pouvoir profiter de toutes les connaissances et de tous les renseignements de sécurité qui s'y trouvent, qu'il s'agisse de Sécurité publique et Protection civile Canada ou du SCRS. Le projet de loi laisse entendre que, dans certaines circonstances, l'information du CANAFE devrait être transmise au SCRS quand elle semble avoir un lien avec le terrorisme. C'est la recommandation et le conseil qui sont donnés au CANAFE et chaque fois que je vois une pareille mise en garde dans une mesure législative, cela me fait peur. J'ignore à quel point ce genre de rapport est efficace, mais la façon dont nous avons créé le CANAFE est tout simplement mauvaise et il faut le repenser. L'endroit évident où placer le CANAFE est soit au SCRS ou au ministère de la Sécurité publique, où il pourrait vivre dans un milieu ayant une expertise considérable en matière de groupes et de menaces terroristes. Il est impossible d'avoir un organisme qui suit le financement d'activités terroristes, mais qui ne vit pas dans le milieu. Par conséquent, je crains pour l'efficacité du CANAFE.

Le sénateur Kinsella : Vous avez attiré notre attention sur la Loi sur la protection de l'information et sur la nature de l'ancienne Loi sur les secrets officiels. Ces articles ont été ajoutés quand le projet de loi C-36 était à l'étude au Parlement.

it is good to have categorical propositions laid on the table from time to time. You suggested eliminating the whole section and redrafting it *ex de novo*. Could you explicate that for the committee?

Mr. Wark: In explicating, the three key components of any official secrets act, however you name it, are wrongly devised in the Security of Information Act. I preface these remarks by saying that we need an effective official secrets act and, prior to the revision of the Official Secrets Act that provided for the Security of Information Act, we did not have an effective official secrets act that the government was confident to use in many circumstances; and so it was rarely used. We need such an act, if nothing more than as a form of deterrence.

Of the three key provisions, the first is how to define “secrets.” We have to struggle with this but the definition provided in the Security of Information Act is in fact dislocated from the real world of intelligence secrets. Intelligence secrets and secret knowledge in the government are defined according to a series of security classifications on documents. Most official secrets acts use that basis to determine genuine secrets from information that is not secret, even though there is a security over-classification problem in all democracies for various reasons.

The definition of “national security information” in the bill is simply far too broad. It gives the government too much power to say that a piece of information is secret on its say-so and not because the document is stamped “Top Secret” or “Classified.” Such a provision opens itself up to an obvious abuse, which is that a government tries to protect itself from embarrassment under the cover of the Security of Information Act rather than protect its genuine secrets.

The second key point is that it is important in any Official Secrets Act to have a genuine whistle-blower protection in the public interest. My study of the whistle-blower protection in the Security of Information Act suggests that it would be inoperable. I cannot imagine a real-world circumstance in which you could have any whistle-blowing under that Security of Information Act. That leads me to the slight suspicion that the intent of the bill was to prevent any whistle-blowing, which is a danger.

The third key point is that the Security of Information Act has set up a bureaucratic monster that requires the government to identify persons permanently pledged to secrecy, which, as the act is written, includes all veterans of what used to be called the “Communications Branch of the National Research Council,” which was formed in 1946. You have to identify and notify all of those people that they are persons permanently pledged to secrecy and to keep their files in a central location such that if they were to talk in public about any of it, they would be potentially prosecutable.

J’ai pris note de votre déclaration parce que vous étiez catégorique et qu’il est bon parfois d’entendre des affirmations catégoriques. Vous avez suggéré que soit retranchée toute cette partie et qu’on reparte de la case départ. Pourriez-vous préciser votre pensée?

M. Wark : Toutes les lois sur les secrets officiels, quelle que soit l’appellation choisie, ont trois grandes composantes. Or, elles sont mal conçues dans la Loi sur la protection de l’information. J’ai dit au départ qu’il nous faut une loi sur les secrets officiels efficace et qu’avant de modifier la Loi sur les secrets officiels pour en faire la Loi sur la protection de l’information, nous n’avions pas une loi efficace. Bien souvent, elle n’inspirait pas confiance au gouvernement de sorte qu’elle était rarement invoquée. Nous avons besoin d’une pareille loi, quand bien même ce ne serait qu’à des fins dissuasives.

Parmi les trois dispositions principales, la première est de savoir comment définir le mot « secret ». Une pareille définition n’est pas facile, mais celle qui est donnée dans la Loi sur la protection de l’information est en fait débranchée du monde réel du renseignement de sécurité. Les renseignements de sécurité secrets et l’information secrète au sein du gouvernement se définissent en fonction d’une série de catégories de sécurité établie pour classer les documents. La plupart des lois sur les secrets officiels s’appuient sur ce classement pour distinguer les véritables secrets de l’information qui n’est pas secrète, même si toutes les démocraties ont tendance à surclasser la sécurité d’un document, pour diverses raisons.

La définition du renseignement de sécurité nationale donnée dans le projet de loi est beaucoup trop générale. Elle donne trop au gouvernement le pouvoir de déclarer qu’un renseignement est secret du simple fait qu’il l’affirme, non pas parce que le document porte la mention « très secret » ou « classifié ». Une pareille disposition ouvre tout grand la porte à un abus évident, soit qu’un gouvernement invoque la Loi sur la protection de l’information pour s’éviter de l’embarras plutôt que pour protéger de véritables secrets.

Le deuxième point essentiel, c’est qu’il importe dans toutes lois sur les secrets officiels de prévoir une véritable protection de celui qui fait une dénonciation dans l’intérêt public. Ce que j’ai vu de la protection du dénonciateur dans la Loi sur la protection de l’information me porte à croire qu’elle serait sans effet. Je ne peux concevoir un monde réel où des dénonciations seraient faites sous le régime de l’actuelle Loi de la protection de l’information, ce qui me porte à soupçonner quelque peu que le projet de loi visait à empêcher les dénonciations, ce qui dangereux.

Le troisième point, c’est que la Loi sur la protection de l’information a créé un cauchemar bureaucratique, en ce sens que le gouvernement doit identifier les personnes astreintes au secret à perpétuité qui, selon le libellé actuel, incluent tous les anciens employés de ce qu’on avait l’habitude d’appeler la « Direction des télécommunications du Conseil national de recherches » créée en 1946. Il faut identifier toutes ces personnes et les aviser qu’elles sont astreintes au secret à perpétuité, en plus de conserver leurs dossiers dans un endroit central qui permettrait de les poursuivre, si elles dévoilaient publiquement quoi que ce soit ayant trait à leur travail.

Some of the information surrounding this exercise to identify persons permanently pledged to secrecy, which I gather is in the hands of the Treasury Board, suggests that the government knows it has created a nightmare that it simply cannot administer and that any amount of time wasted on this monumental list of persons permanently pledged to secrecy is a waste of scarce resources.

It is the question of the potential chill. You cannot have an educated public, which we need, unless knowledgeable experts and retired professionals have a capacity to speak out on occasion in public, perhaps under a system of control and accountability, so that there can be informed debate on the matter. As a concrete example of this, anyone who served in CSIS, any signals intelligence branch or in Foreign Affairs intelligence that decided to write a memoir of their service 20 or 30 years after active service ended would be prosecutable under the provisions of the current Security of Information Act. It is unlikely to ever happen but the possibility exists and I deem that pure nonsense because it is a threat to public knowledge.

Senator Fraser: Professor Wark, you cover so much ground but I will try to confine my questions to FINTRAC, as tantalizing as the other elements are. I would like you to react to the following comments: We heard more than one witness say that terrorist groups engage in some of the same activities as organized crime for the purpose of financing. The two do not have the same objectives but they engage in the same kinds of activities. That strikes me as one reason for keeping both investigative functions under one heading. It also strikes me that if we were to separate criminal financing from terrorist financing, would we not then have to set up not one but two screening agencies? If memory serves me well, FINTRAC currently checks millions of transactions each year. It is a big deal. Would we not have to duplicate that effort if we had two separate agencies?

Mr. Wark: I take the point, senator, and it is accurate. Over the years we have learned that the modus operandi of terrorist groups, certainly those in the era of al Qaeda, is such that from time to time they find it opportune to engage in activities that we would deem similar to criminal money laundering. We also know that at the heart of terrorist financing efforts, particularly organizations such as al Qaeda, their system of fundraising is quite different. There may be elements of overlap and similarity but there are also important elements of difference about how terrorist organizations move money around the world.

Money and information are the two key lubricants of global terrorism, both of which present enormous challenges to interdict. I suggest that we keep FINTRAC intact but move it to a better milieu. We should study this recommendation and then see what happens. If we set up two institutions, we would have two parallel recording requirements. The terrorist financing reporting requirement of banks and other organizations would be more

D'après une partie de l'information relative à cet exercice visant à identifier les personnes astreintes au secret à perpétuité qui, si j'ai bien compris, relève du Conseil du Trésor, le gouvernement est conscient qu'il est tout simplement incapable d'accomplir une tâche aussi herculéenne et que tout le temps qui est consacré à dresser cette liste monumentale est un gaspillage de ressources déjà peu abondantes.

On en revient à la question d'une éventuelle entrave au débat. Il est impossible de faire un débat éclairé en la matière si le public n'est pas bien informé, une exigence essentielle, à moins que des experts qui s'y connaissent et des professionnels à la retraite puissent prendre la parole publiquement à l'occasion, peut-être sous un régime de contrôle et de reddition de comptes. Comme exemple concret, supposons qu'un ancien employé du SCRS qui a travaillé dans un service du renseignement d'origine électromagnétique ou du renseignement aux Affaires étrangères décide de rédiger ses mémoires 20 ou 30 ans après avoir pris sa retraite. Il s'exposerait alors à des poursuites aux termes de l'actuelle Loi sur la protection de l'information. Un tel scénario ne se produira probablement jamais, mais la possibilité demeure, et j'estime que c'est un pur non-sens, car on compromet ainsi l'information du public.

Le sénateur Fraser : Monsieur Wark, vous ratissez très large et c'est fascinant, mais je vais essayer de limiter mes questions au CANAFE. J'aimerais connaître votre réaction à ce qui suit : nous avons entendu plus d'un témoin affirmer que les groupes terroristes, pour se financer, s'adonnent au même genre d'activité que le crime organisé. Les deux n'ont pas le même objectif, mais ils s'adonnent au même genre d'activité. Voilà qui me frappe comme une des raisons qui justifieraient de garder les deux fonctions d'enquête sous un même toit. Il me semble aussi évident que si nous séparons le financement à des fins criminelles du financement à des fins terroristes, il faudra créer non pas un, mais deux organismes de surveillance. Si ma mémoire est bonne, le CANAFE vérifie actuellement des millions de transactions chaque année. C'est beaucoup. N'y aurait-il pas des dédoublements d'efforts si nous avions deux organismes distincts?

M. Wark : Sénateur, vous avez raison, et j'en prends bonne note. Au fil des ans, nous avons appris que le modus operandi des groupes terroristes, certainement d'al-Qaïda, est tel que, parfois, ils jugent opportuns de s'adonner à des activités que nous tiendrions pour analogues au blanchiment du produit de la criminalité. Nous savons également qu'au cœur des efforts de financement des terroristes, particulièrement de nébuleuses comme al-Qaïda, la collecte de fonds ne se fait pas du tout de la même façon. Il existe peut-être certains recoupements et des ressemblances, mais on dénote aussi des différences notables dans la façon dont les organismes terroristes déplacent des fonds partout dans le monde.

L'argent et l'information sont les deux principaux lubrifiants du terrorisme mondial et il est très difficile d'interdire l'accès aux deux. Je propose que le CANAFE soit maintenu tel quel, mais qu'il soit logé dans un milieu plus propice. Il faudrait étudier cette recommandation, puis voir ce qui arrive. Si nous établissons deux centres, nous aurons deux systèmes parallèles de déclaration. L'obligation des banques de déclarer les transactions de

targeted than the criminal money laundering requirement. We would have those two streams. In this case, some degree of overlap would be beneficial because it might reveal something you would not otherwise find.

Canada has an obligation to itself and to its security. In light of the UN efforts to which we subscribe internationally, Canada has an obligation to try to prevent terrorist financing, although we have not created the best institutions and structures to do that. It is worthy of some institutional investment because it is a key element of any counterterrorism campaign. I am not necessarily saying we need to create two separate agencies but we do have to recognize that these are different problems needing different solutions. In pursuing different solutions, we might create some degree of overlap and bureaucratic extension, but I am prepared to pay that price because the payoff might be significant.

Senator Fraser: My senses of pure instinct are pushing back, but not based on fact. If we move FINTRAC under CSIS, would we not run up against the well-known human tendency to define everything we see in terms of our institutional imperative? We expect CSIS to identify spies and terrorists because that is what we pay them to do. We control that natural human tendency by setting limits to what they are allowed to do. If we simply hand over FINTRAC — this enormous tool of access to our entire financial and commercial system — would we not end up with the degree of surveillance expected under the big brother theory? Do you envision any danger in that?

Mr. Wark: The potential danger always exists, senator, but it has to be recognized that we have already set up these reporting requirements. We have this process of introspection into financial transactions because we decided it was necessary pre-September 11 to deal with money laundering problems and doubly necessary post-September 11 to deal with terrorism. The question is whether CSIS would be inclined institutionally, as opposed to the Department of Finance, to abuse this? If we are weighing the dangers of that potential abuse against the benefits of the expertise, which is what I would see were terrorist financing under CSIS, then the benefits of expertise outweigh what we know of the culture or practice of CSIS since it was created in 1984.

Senator Fraser: I am not suggesting we have a nascent KGB in Canada. I agree with you about that — structures have their own consequences.

Senator Lynch-Staunton: I thank you for your presentation. We have tended to stray away to areas attached to it, and I was glad to be brought back to the legislation that is before the committee. I agree with everything you have suggested, but I still do not understand your anxiety with the Security of Information Act.

terroristes et d'autres organismes serait plus ciblée que celle qui concerne le blanchiment du produit de la criminalité. Nous aurions donc deux sources de données. Dans ce cas-ci, un certain recoupement serait avantageux parce qu'il révélerait peut-être quelque chose qu'on n'aurait pas relevé autrement.

Le Canada a une obligation à l'égard de lui-même et de sa sécurité. À la lumière des efforts qui sont déployés par les Nations Unies et auxquels la communauté internationale souscrit, le Canada a l'obligation d'essayer d'empêcher les terroristes de se financer, bien que nous n'ayons pas créé les meilleurs organes et structures pour le faire. Pourtant, l'initiative mérite que les institutions y investissent parce qu'elle représente un élément clé de toute campagne de lutte contre le terrorisme. Je ne dis pas forcément qu'il faut créer deux entités distinctes, mais il faut reconnaître que les deux problèmes sont différents et exigent donc des solutions différentes. Dans la recherche de solutions différentes, nous pourrions causer certains dédoublements et alourdir la bureaucratie, mais je suis disposé à en payer le prix parce qu'ils pourraient rapporter gros.

Le sénateur Fraser : Ma réaction instinctive est de faire tout le contraire, mais elle n'a rien à voir avec les faits. Si nous faisons relever le CANAFE du SCRS, n'ouvrons-nous pas la porte à la tendance bien humaine à tout définir en termes de nos impératifs institutionnels? Nous attendons du SCRS qu'il identifie les espions et les terroristes parce que c'est pour cela qu'il est payé. Nous contrôlons cette tendance humaine naturelle en fixant des limites à ce qu'il peut faire. Si nous faisons simplement passer le CANAFE — cet énorme outil d'accès à tout notre système financier et commercial — au SCRS, ne nous retrouverons pas sous la surveillance de Big Brother? N'y voyez-vous pas du danger?

M. Wark : Le danger éventuel a toujours existé, sénateur, mais il faut reconnaître que nous exigeons déjà ces rapports. Le processus d'examen des transactions financières existe déjà parce que nous le jugeons nécessaire avant le 11 septembre pour contrer le blanchiment d'argent et doublement nécessaire après le 11 septembre pour lutter contre le terrorisme. La question est de savoir si le SCRS, par opposition au ministère des Finances, serait enclin à en abuser? Si nous pesons les dangers d'un éventuel abus par rapport aux avantages procurés par l'expertise ainsi créée, ce que je conçois comme un avantage si le financement d'activités terroristes relevait du SCRS, alors les avantages sont plus grands que les désavantages que nous savons être causés par la culture ou la pratique du SCRS depuis sa création en 1984.

Le sénateur Fraser : Je ne dis pas que nous avons un KGB en gestation au Canada. Je suis d'accord avec vous pour reconnaître que les structures ont leurs propres conséquences.

Le sénateur Lynch-Staunton : Je vous remercie de votre témoignage. Nous avons tendance à prendre des tangentes, et je suis donc content de constater que nous en revenons à la loi à l'étude. Je suis d'accord avec tout ce que vous avez suggéré, mais je ne comprends toujours pas ce qui vous inquiète dans la Loi sur la protection de l'information.

As I recall, following the incident involving Juliet O'Neill and the RCMP raid on her house, which hopefully will not be repeated elsewhere, amendments were added to the act that the government claimed would guarantee that such activities could never take place again. Do you agree with that assessment? Do you recall the substance of the amendments?

Mr. Wark: I do not remember the amendments and so I plead ignorance.

Senator Lynch-Staunton: I do not have the papers in front of me so I cannot continue. In any event, you fault all governments, with reason, for tagging documentation "Top Secret", in an attempt to protect the government from embarrassment than to protect information, and there is no way to stop that. It happens in all governments throughout the world. What is your solution to guaranteeing to the extent possible that authentic top secret intelligence is not released?

You were right to remind us that we did not spend much time on this particular provision. It is difficult to take an omnibus bill such as C-36, which touched on 10 existing acts, and in a short period of time try to complete a proper evaluation of its contents and intent. Now, we have this review period so it is never too late. How would you phrase a provision to exclude the excesses that you see, while at the same time guaranteeing to the extent possible that the release of authentic top secret information without approval would be subject to severe sanction?

Mr. Wark: That is a tough question for which I have no magic solution but I profoundly believe that the current legislation is wrong-headed. To pull it back into the realm of reality and greater effectiveness, I think that there would have to be a different legal definition of "state secrets" that might have to be graduated according to security classification of the information. That might have one beneficial effect. I fully accept your argument that over classification is a problem that will never disappear but if the Security of Information Act were more stringent in its definition of "essential national security information" and related that to the security of classification system, then perhaps you would have some control over that problem. It has to be understood that there are one or two categories of secrets that are extremely important to protect. Some are highly classified and protected for good reason because they are generated by particular sources and methods, whether from within Canada or from foreign allies, under particular and stringent caveats that we are at pains to obey. That kind of information has to be protected. However, the core information that you are trying to protect has to be identified in some way under any security of information act. Not only is that important in law but also important as a signal to those who are in the business of protecting that information. There has to be a process for sober thinking about this rather than a kind of blanket suggestion that national security confidentiality or special operation intelligence is simply what the government defines it as. There has to be a process whereby this can be identified as potentially adjudicated within the government. In other words,

Si j'ai bonne mémoire, après l'incident mettant en jeu Juliet O'Neill et le raid de sa maison par la GRC, incident qui avec un peu de chance ne se répétera pas, le gouvernement a modifié la loi et a affirmé que ces changements garantissaient que de pareils incidents ne se reproduiraient plus. Êtes-vous d'accord avec cette analyse de la situation? Vous souvenez-vous du fond de ces modifications?

M. Wark : Comme je n'ai pas souvenir de ces modifications, je vais plaider l'ignorance.

Le sénateur Lynch-Staunton : Je n'ai pas les documents devant moi, de sorte qu'il m'est difficile de vous fournir d'autres précisions. Quoi qu'il en soit, vous blâmez, à bon droit, tous les gouvernements de surutiliser la mention « très secret » sur les documents en vue de s'éviter de l'embarras plutôt que de protéger l'information, et il n'y a rien que nous puissions faire pour y mettre fin. Tous les gouvernements le font. Que proposez-vous comme solution pour garantir le plus possible que les véritables renseignements très secrets ne sont pas rendus publics?

Vous avez eu raison de nous rappeler que nous n'avons pas consacré beaucoup de temps à cette disposition particulière. Il est difficile de faire en peu de temps une évaluation convenable de la teneur et de l'esprit d'un projet de loi omnibus comme le projet de loi C-36, qui modifiait dix lois. Or, nous voici en pleine période d'examen, de sorte qu'il n'est jamais trop tard. Comment formulerez-vous une disposition visant à exclure les excès que vous constatez, tout en garantissant le plus possible que la communication interdite de véritables renseignements très secrets sera sévèrement punie?

M. Wark : Voilà une question difficile pour laquelle je n'ai pas de solution miracle, mais j'ai la conviction profonde que la loi actuelle fait fausse route. Pour la faire coïncider avec la réalité et lui donner une plus grande efficacité, il faudrait modifier la définition juridique de « secrets d'État ». Il faudrait peut-être prévoir une graduation en fonction de la classification de sécurité de l'information. Cela aurait peut-être un effet avantageux. J'admets volontiers que la surclassification est un problème qui ne disparaîtra jamais, mais si la Loi sur la protection de l'information était plus rigoureuse dans sa définition du renseignement essentiel dans l'intérêt de la sécurité nationale et si celle-ci était liée au système de classification de sécurité, on exercerait peut-être alors un certain contrôle. Il faut comprendre qu'il existe une ou deux catégories de secrets qu'il est extrêmement important de protéger. Certains sont très hautement classifiés et protégés pour une bonne raison. Ils ont été obtenus de sources et par des moyens particuliers, que ce soit au Canada ou chez des alliés étrangers, et assortis de réserves particulières et rigoureuses que nous sommes tenus de respecter. Il faut protéger ce genre d'information. Cependant, toute loi sur la protection de l'information se doit de définir l'information centrale qu'on essaie de protéger. Non seulement est-ce important en droit, mais également important en tant que signal donné à ceux qui travaillent à protéger cette information. Il faut que la définition fasse l'objet d'une réflexion profonde plutôt que de laisser entendre simplement que c'est au gouvernement de décider de la confidentialité en matière de sécurité nationale ou de ce qui constitue un renseignement opérationnel spécial. Il faut qu'il

who is responsible for deciding? That is not clear in the current act. There has to be a more stringent definition of “national security information” and who is responsible for adjudicating it. As well, there has to be a capacity for public interest whistleblowing. It would be a difficult task to rewrite the Official Secrets Act appropriately and that is one reason that all the rewrites over 10 or more years were stalled. No one devised a perfect solution. The omnibus Bill C-36 that resulted in legislation was, in some of its extended pockets, opportunistically abused by the government. The Security of Information Act was seen as an opportunistic time to finish the problem of an inoperable Official Secrets Act during a time when not much attention would be paid to it in the fall of 2001. I read it rather cynically in that sense. It could just fly onto the radar screen of public interest but it has given us a bad and inoperable system.

Senator Lynch-Staunton: How would you assess the information that Ms. O’Neill was given? Would you have considered that top secret or were the contents pretty innocuous?

Mr. Wark: I am not privy to the information she had and it is not clear from the case what information she had. However, it struck me at the outset that I could not understand what was unique about Juliet O’Neill in the context of much national media reporting on leaks surrounding the case of *Maher Arar*. I have read the decision to issue a search warrant against Juliet O’Neill approved by a justice of the peace, which is standard procedure but perhaps should not be for search warrants served under the Security of Information Act. I saw it as a matter of desperation by the RCMP, which was under a great deal of pressure to seal the leak. In trying to identify the source of the leaked information without much success, the RCMP looked for a different way. The incident raises the issue of whether there are privileged persons in Canadian society that are immune from the act; and the answer has to be, no.

Senator Fraser: I have a point of order.

The Chairman: Yes, senator.

Senator Fraser: As a former journalist, I have enormous sympathy for Ms. O’Neill. However, I believe the *Arar* case is still before the courts and so we need to be careful about our reference to the merits of either side. I am not trying to curtail the discussion, in principle, but on the specific merits of this case I am becoming a little nervous.

The Chairman: Your point is well taken, senator.

Senator Lynch-Staunton: It may be a point well taken but it is not a point of order. The exchange is using one case to identify documentation and whether that documentation should have been top secret. I am not faulting Ms. O’Neill for launching her case or faulting the RCMP for believing that it did the right thing. Rather, I am trying to understand the application of the act, and this is the only dramatic case in which it has been applied.

existe un processus grâce auquel on sait de qui relève la décision au sein du gouvernement. En d’autres mots, qui est responsable de décider? Ce n’est pas clair dans la loi actuelle. Il faut mieux définir le renseignement de sécurité nationale et qui est responsable d’en décider. De plus, il faut que l’on soit capable de faire des dénonciations dans l’intérêt public. Il serait difficile de refondre la Loi sur les secrets officiels en conséquence, et c’est pourquoi toutes les tentatives en ce sens des quelque dix dernières années ont échoué. Le gouvernement a profité avec opportunisme du projet de loi omnibus C-36 qui a été adopté pour faire certains changements en douce. La Loi sur la protection de l’information a été vue comme une opportunité d’en finir avec le problème d’une Loi sur les secrets officiels sans effet à un moment où on y accorderait peu d’attention, c’est-à-dire à l’automne 2001. C’est en ce sens que la lecture du texte a suscité chez moi pas mal de cynisme. La loi pouvait simplement passer inaperçue, sous le couvert de l’intérêt public, mais elle nous a donné un régime mauvais et sans effet.

Le sénateur Lynch-Staunton : Comment évalueriez-vous l’information qu’a reçue Mme O’Neill? L’auriez-vous considérée comme étant très secrète ou le contenu était-il plutôt inoffensif?

M. Wark : J’ignore quelle information elle détenait et l’affaire ne précise pas ce qu’elle détenait en fait. Toutefois, j’ai été frappé au départ par le fait que je ne pouvais pas savoir ce qu’il y avait d’unique au sujet de Juliet O’Neill à partir de tous les reportages faits dans les médias nationaux sur les fuites entourant l’affaire *Maher Arar*. J’ai lu le texte de la décision du juge de la paix qui a délivré le mandat de perquisition à l’endroit de Juliet O’Neill, une procédure standard, mais qui ne devrait peut-être pas s’appliquer aux mandats de perquisition exécutés en vertu de la Loi sur la protection de l’information. J’y ai vu une mesure de désespoir prise par la GRC en réaction aux énormes pressions qui s’exerçaient sur elle en vue de colmater la fuite. Dans sa tentative plus ou moins ratée en vue d’identifier la source, la GRC a cherché d’autres façons de le faire. On est porté à se demander s’il n’y aurait pas dans la société canadienne des personnes privilégiées auxquelles la loi ne s’applique pas. Or, il faut que la réponse soit négative.

Le sénateur Fraser : J’invoque le Règlement!

La présidente : Oui, sénateur.

Le sénateur Fraser : En tant qu’ex-journaliste, j’ai beaucoup de sympathie pour Mme O’Neill. Cependant, l’affaire *Arar* est toujours en instance. Il faut donc être très prudent dans notre jugement de chaque partie. Je ne tente pas ainsi de mettre fin au débat, en principe, mais je deviens un peu plus nerveuse quand on discute du pour et du contre de l’affaire.

La présidente : Je prends bonne note de votre point, sénateur.

Le sénateur Lynch-Staunton : C’est peut-être un point dont on a pris bonne note, mais ce n’est pas ce que j’appelle invoquer le Règlement. La discussion s’appuie sur un exemple en vue de savoir si l’information aurait dû être classée très secrète. Je ne blâme pas Mme O’Neill d’avoir entamé une poursuite ou la GRC de croire qu’elle a bien fait. Je tente plutôt de comprendre comment s’applique la loi, et il s’agit du seul cas dramatique dans lequel elle a été appliquée.

Mr. Wark: Yes.

Senator Lynch-Staunton: If the chairman thinks this line of discussion is out of order, so be it, but we will have an opportunity to discuss the means and methods with those directly involved in this particular aspect. I have another question. I am not aware of any whistle-blowing provision in the act. Could you explain what that is all about?

Mr. Wark: In the Security of Information Act, the steps required for legitimate public interest exposure of information are detailed, although I cannot recall the specifics of the intricate dance that the whistle-blower would have to do. Essentially, the act requires a series of notifications and approvals of heads of government agencies before such a whistle-blowing activity would be deemed valid.

Senator Lynch-Staunton: By the term “whistle-blowing,” you mean the release of information in a book or in an article, rather than the release of information to embarrass the government surreptitiously, which is what a whistle-blower usually does to remain anonymous. A whistle-blowing bill is before the House of Commons but whistle-blowers now feel uncomfortable because they can be sanctioned without recourse. Are you talking about the same thing in this act or does it apply more to the inclusion of information in a book or an article? Would this apply to an author writing a book 15 years after the fact not being able to reveal information for which he was sworn to secrecy 20 years earlier?

Mr. Wark: I am referring to both cases but the more pressing case would involve one who is in possession of information that could fall under the category of security intelligence and who thinks that the public needs to know it in order to prevent some form of abuse. It would include current information of some kind. The individual would have to do the wholly unrealistic dance in order to legitimately inform the public about the piece of knowledge that he or she may have. As well, it could apply to someone who wanted to write their memoirs 10 or 15 years after the fact, but that is not what we call whistle-blowing” in common parlance.

Senator Joyal: I want to stay on the topic of the Security of Information Act. Mr. Wark, you have made some interesting suggestions. Are you aware that your proposed approach has been implemented in other jurisdictions comparable to Canada? You referred to the U.K., Australia and the United States. Are you aware of a better system than the one established by Bill C-36 that we should look into?

Mr. Wark: Senator, I could not convey the details of comparative international legislation on this except to say that the Canadian Official Secrets Act was closely modeled on the British Official Secrets Act. In fact, our bill dates back to the turn of the 20th century — as does the British one — in its original form prior to its modification after September 11.

M. Wark : Effectivement.

Le sénateur Lynch-Staunton : Si la présidente estime que ce genre d'échanges est antiréglementaire, soit, mais nous aurons l'occasion de discuter des méthodes et des moyens avec les personnes directement en cause dans cette affaire particulière. J'ai une autre question. Je ne vois pas de disposition relative aux dénonciations dans la loi. Pourriez-vous m'expliquer où est le problème?

M. Wark : Dans la Loi sur la protection de l'information, les étapes à franchir pour communiquer de manière légitime de l'information dans l'intérêt public sont décrites en détail, bien que je sois incapable de me rappeler les détails exacts de toutes les exigences auxquelles doit satisfaire le dénonciateur. Essentiellement, la loi exige une série de notifications et d'approbations de chefs d'organismes gouvernementaux avant que soit réputée valable une pareille dénonciation.

Le sénateur Lynch-Staunton : Par l'expression « dénonciation », vous désignez la communication de renseignements dans un livre ou dans un article, plutôt que sa communication clandestine en vue de mettre le gouvernement dans l'embarras, ce que fait habituellement le dénonciateur afin de conserver l'anonymat. Un projet de loi relatif à la dénonciation est actuellement à l'étude devant la Chambre des communes, mais les dénonciateurs ne se sentent pas à l'aise avec les mesures qu'il prévoit parce qu'ils peuvent être punis sans autre forme d'appel. Parlez-vous de la même chose dans cette loi-ci ou s'agit-il davantage de l'inclusion de renseignements dans un livre ou un article? Le projet de loi s'appliquerait-il à un auteur qui publie un livre quinze ans après le fait? L'empêcherait-il de révéler de l'information pour laquelle il a été astreint au secret 20 ans plus tôt?

M. Wark : Je fais référence aux deux, mais le cas le plus pressant à régler serait celui de la personne qui possède des renseignements classés comme étant des renseignements de sécurité et qui estime que le grand public a besoin de les connaître pour prévenir une forme quelconque d'abus. Cela inclurait des renseignements courants. Il faudrait que le dénonciateur passe par toute une série irréaliste d'étapes pour avoir l'autorisation de la communiquer au grand public. Le projet de loi s'appliquerait également à celui qui souhaite rédiger ses mémoires dix ou quinze ans après le fait, mais ce n'est pas là ce qu'on qualifie de dénonciation en langage courant.

Le sénateur Joyal : J'aimerais m'en tenir à la question de la Loi sur la protection de l'information. Monsieur Wark, vous avez fait des suggestions intéressantes. Savez-vous si l'approche que vous proposez a été adoptée par d'autres juridictions comparables au Canada? Vous avez parlé du Royaume-Uni, de l'Australie et des États-Unis. Y a-t-il un meilleur système que celui qui est prévu dans le projet de loi C-36 que nous devrions examiner?

M. Wark : Sénateur, je ne pourrais pas vous fournir une analyse comparative fouillée des lois internationales à ce sujet, sauf pour dire que la Loi canadienne sur les secrets officiels s'est beaucoup inspirée de la loi correspondante de la Grande-Bretagne. En fait, notre loi initiale, avant sa modification après le 11 septembre, date du début du XX^e siècle — tout comme la loi britannique.

There were modifications and updates to the British and American legislation, which is similar, to try to tighten the focus of the definition of “secrets” and to provide an operational system under the act for some degree of public interest whistle-blowing. The British, Americans and Australians, who were probably the most similar to Canada, modified their legislation over time to improve those dimensions. Canada stood fast on an increasingly ineffective piece of legislation until the opportunity of September 11 came around to revise it holus bolus and introduce proposed legislation, which was a product of some study of similar official secrets legislation in other countries but with a distinct Canadian stamp.

Senator Joyal: I recall that when those provisions were discussed before the Special Senate Committee on Bill C-36 three years ago, officials of the department told the committee that if we did not adopt those provisions, Canada would not be able to ensure the secrecy of information passed to Canada by foreign governments, with whom they would sign an information exchange agreement. That was the main argument given to the committee. How would you address that preoccupation and argument in a review of the relevant sections of the act?

Mr. Wark: I will come back to the point I made that Canada needs an official secrets act to ensure the ongoing flow of information from foreign partners and allies by ensuring confidence in Canada’s ability to protect that information. Certainly, we need such provisions. My argument is that we have the wrong provisions to ensure that protection. I do not for a moment suggest that the requirement is invalid or weak, but we have developed the wrong set of precise definitions and procedures to ensure that. I would add that Canada has a reputation among its allies as being, in a way, the smallest of the intelligence partners. Paradoxically, or counterintuitively, it is the most secretive and security conscious. That is part of our history and culture. I do not think any of our close partners doubts for a moment our ability to protect our secrets. We have been good at it since we learned our lessons from *Igor Gouzenko* in 1945, which had a lasting imprint on Canadian security consciousness.

I think committee members were served a slight scare tactic embedded in the reality that Canada needs to protect secrets, both for its own and ongoing allied exchange purposes. In fact, we are very good at it. The problem is in the details of the Security Information Act.

Senator Joyal: I would like to read the fourth and fifth recommendations of the previous Special Senate Committee of 2001 in respect of the Secrecy of Information Act process suggested by you such that it is to be adjudicated what is a secret and what is not a secret. There should be a level of appeal and control. Three years ago, the committee recommended the following:

Les lois britannique et américaine, qui sont similaires, ont été modifiées et mises à jour en vue de resserrer la définition de « secret » et de prévoir un régime d’application de la loi permettant certaines dénonciations dans l’intérêt public. Les Britanniques, les Américains et les Australiens, qui avaient probablement les lois se rapprochant le plus de celle du Canada, ont modifié les leurs au fil des ans en vue d’améliorer ces aspects. Le Canada, par contre, n’a rien fait pour modifier une mesure législative de plus en plus inefficace jusqu’à ce que l’occasion se présente, le 11 septembre, de la modifier de fond en comble et de déposer un projet de loi qui était le produit d’une certaine étude de lois analogues sur les secrets officiels dans d’autres pays, mais avec des nuances typiquement canadiennes.

Le sénateur Joyal : Je me rappelle que, quand ces dispositions ont été discutées devant le Comité sénatorial spécial sur le projet de loi C-36 il y a trois ans, les hauts fonctionnaires du ministère avaient dit au comité qu’en l’absence de ces dispositions, le Canada serait incapable de garantir le secret d’informations qui lui seraient transmises par des gouvernements étrangers avec lesquels il aurait signé un accord d’échange de renseignements. C’est le principal argument qui avait été avancé. Comment réagiriez-vous à cette préoccupation dans le cadre d’un examen des articles pertinents de la loi?

M. Wark : Je reviens au point que j’ai fait valoir selon lequel le Canada a besoin d’une loi sur les secrets officiels de manière à pouvoir maintenir l’échange permanent d’information avec ses partenaires et alliés étrangers en leur donnant l’assurance que le Canada est capable de protéger l’information. Nous avons certes besoin de pareilles dispositions. Ce que je soutiens, c’est que les dispositions actuelles ne sont pas les bonnes pour garantir cette protection. Loin de moi l’idée de vouloir laisser croire que le besoin est invalide ou faible, mais nous avons élaboré la mauvaise série de définitions et de façons de faire. J’ajouterai que le Canada a la réputation parmi ses alliés d’être, d’une certaine façon, le plus petit partenaire en matière de renseignement. Paradoxalement, ou contrairement à ce que l’on pourrait croire, il est le plus cachottier et le plus conscient des questions de sécurité. Ces caractéristiques sont ancrées dans son histoire et sa culture. Je ne crois pas que les partenaires dont nous sommes les plus proches doutent pour un instant de notre capacité de protéger nos secrets. Nous y excellons depuis la leçon donnée par l’affaire *Igor Gouzenko* en 1945, qui a longtemps marqué la conscience canadienne en matière de sécurité.

À mon avis, on a essayé de faire un peu peur aux membres du comité en arguant que le Canada a besoin de protéger ses secrets, à ses propres fins et aux fins d’échanges avec ses alliés. En fait, nous excellons dans ce genre de choses. Le problème se trouve dans les détails de la Loi sur la protection de l’information.

Le sénateur Joyal : J’aimerais vous lire la quatrième et la cinquième recommandations du comité sénatorial spécial précédent, c’est-à-dire de 2001, en ce qui concerne le processus relatif à la Loi sur la protection de l’information qui est, selon vous, tel que la décision de ce qui est un secret et de ce qui ne l’est pas relève de l’arbitraire. Il faudrait prévoir une forme d’appel et de contrôle. Voici donc ce que recommandait le comité, il y a trois ans :

The Committee recommends that within 90 days of Royal Assent to Bill C-36, Parliament appoint an Officer of Parliament to monitor, as appropriate, the exercise of powers provided in the bill. This officer shall table a report annually, or more frequently, as appropriate, in both Houses.

Three years ago it was the view of the committee that an officer of Parliament should review and monitor the powers authorized by the Secrecy of Information Act and the security certificate provided to the minister so that there would be checks and balances within the system. All of us understand that certain information cannot be made public, but there must be a mechanism in place to review the “abuse” that could occur because a department or an agency preferred to keep an issue away from public scrutiny for a reason not related to official secrets. In your opinion, do you think that the recommendation of the committee is valid relevant to the Secrecy of Information Act in respect of the intent of Bill C-36?

Mr. Wark: Yes, I think it is a good provision. Probably on its own, if enacted, it would not be enough. In terms of an adjudication process, it would come a little in advance of this parliamentary scrutiny, which inevitably would be retrospective. I was talking about an internal bureaucratic adjudication process, whereby senior civil servants in positions of authority would be vested with a power to try to deliberate, adjudicate and separate out real questions of national security. They would be responsible to their ministers for differentiating true matters of national security and confidentiality from the bogus or less important matters. You would need both of those processes: a clear system operating inside the government to focus on a narrow range of secrets that have to be protected and a parliamentary process of accountability.

Senator Joyal: You mentioned earlier that some issues relevant to the objective of the bill are not covered directly by the bill, and we mentioned the security certificate related to the Immigration Act. Is it your opinion that racial profiling exists in Canada at this time?

Mr. Wark: My view on this is not common in academic circles. I think that what we call “racial profiling” does not exist. There is some inevitable degree of targeting of certain ethnic communities in Canada in a basic surveillance, intelligence-gathering and monitoring sense. How extensive that is I do not know because I am not privy to that information. If racial profiling does exist as a more widespread problem beyond an issue of civil liberties, it would also point to a genuine operational dysfunction because no intelligence community in its right mind would want to have such a wide net sieve as racial profiling suggests. It would be inundated with useless information. Intelligence depends on sensibly targeted investigative techniques and on enormous and systematic processes of selection.

Le comité recommande que le Parlement nomme, dans les 90 jours suivant la sanction royale du projet de loi C-36, un haut fonctionnaire du Parlement mandaté pour contrôler, au besoin, l'exercice ou la nécessité des pouvoirs conférés dans le projet de loi. Ce haut fonctionnaire déposerait un rapport devant les deux chambres du Parlement chaque année ou plus souvent, s'il y avait lieu.

Il y a trois ans, le comité estimait qu'un mandataire du Parlement devrait examiner et suivre l'exercice des pouvoirs conférés par la Loi sur la protection de l'information et les attestations de sécurité mises à la disposition du ministre pour que le régime comporte des freins et des contrepoids. Nous sommes tous conscients que certains renseignements ne peuvent pas être rendus publics, mais il faut qu'il y ait en place un mécanisme qui permet d'examiner les « abus » commis parce qu'un ministère ou un organisme préfère écarter une question du débat public pour une raison qui n'a rien à voir avec les secrets officiels. Selon vous, la recommandation du comité concernant la Loi sur la protection de l'information est-elle valable selon l'esprit du projet de loi C-36?

M. Wark : Oui, j'estime que c'est une bonne disposition. À elle seule probablement, si elle était adoptée, elle ne suffirait pas. Dans un processus décisionnel, elle devancerait légèrement l'examen parlementaire, qui inévitablement serait de nature rétrospective. Je faisais allusion à un processus décisionnel bureaucratique interne dans le cadre duquel de hauts fonctionnaires en position d'autorité auraient le pouvoir de délibérer en vue de décider des questions qui mettent véritablement en jeu notre sécurité nationale. Ils auraient à répondre à leurs ministres de cet exercice. On aurait besoin des deux processus, soit un régime clair en place au sein du gouvernement qui se concentrerait sur une gamme limitée de secrets à protéger et un processus parlementaire de reddition de comptes.

Le sénateur Joyal : Vous avez mentionné tout à l'heure que certaines questions relatives à l'objet du projet de loi ne sont pas visées directement dans le texte, et nous avons mentionné l'attestation de sécurité découlant de la Loi sur l'immigration. Selon vous, fait-on du profilage racial au Canada actuellement?

M. Wark : Mon opinion à ce sujet n'est pas courante dans les milieux universitaires. Je ne crois pas que ce que nous appelons le « profilage racial » existe. On cible inévitablement certaines communautés ethniques au Canada dans l'activité de surveillance de base, de collecte de renseignements et de suivi. J'ignore tout de l'ampleur de cette activité parce que je ne suis pas dans la confidence. S'il existe un problème plus répandu de profilage racial qui dépasse la question des libertés civiles, il ferait également ressortir un véritable dysfonctionnement de l'application de la loi parce qu'aucun milieu du renseignement ne serait assez fou pour vouloir ratisser aussi large que le laisse entendre le concept du profilage racial. Il serait inondé d'informations inutiles. Le renseignement de sécurité est fonction de techniques d'enquête logiquement ciblées et de processus de sélection tentaculaires et systématiques.

The problem is the widespread belief that racial profiling exists. The reality is otherwise but it is difficult to bridge the gap between the belief and the reality. Some degree of what we might call “racial profiling” undoubtedly occurs as an operational necessity. The notion that all ethnic communities are targeted for widespread racial profiling is a mistaken but understandable fear.

Somehow we have to bridge that gap, because it goes to the essential point that you cannot have an effective counterterrorism or national security strategy at large unless you have public approval for it. I fear that we are entering an era in which public approval will increasingly wane, perhaps in conjunction with a growing complacency about the reality of the threat in the sense that it is not a Canadian problem but an American or British or Israeli problem.

Some degree of racial profiling happens as a by-product of operational procedures. The danger is the widespread perception in certain communities in Canada that it is standard practice because the security and intelligence community is incapable of distinguishing between real terrorists and broad-based ethnic communities and, therefore, targets everyone and makes them all victims. I do not think that happens but if it does happen, then we have an even bigger problem than I ever imagined with our security and intelligence function.

Senator Joyal: Do you have a more specific suggestion to bridge that gap? A matter of perception can be the reality in that situation. Considering that that might hinder the efficiency of the objective of the act, would you suggest that we undertake to bridge that gap to ensure that those hindrances are redressed? Are there initiatives that could prevent that kind of situation from recurring?

Mr. Wark: Some practical measures could be taken, which I mentioned in my opening remarks. There is a need for some kind of annual report to Canadians, in as much detail as possible, on how the Government of Canada perceives the nature of the terrorist threat in Canada and globally in order to partially dispel some of these mythologies. A process of public review on an ongoing basis, not a one-off, of the security and intelligence community would aid not only in conceivably uncovering problems but also in laying to rest some more exaggerated fears.

It is also incumbent on the agencies that engage in intelligence investigations and that find themselves working in ethnic communities, such as CSIS, to adopt sensible policies in this respect. They first have to understand that they might be creating a backlash situation or a problem in terms of the existing perceptions in those communities, and they have to find a way to engage in direct dialogue with them to dispel some of that.

Much of this problem was understood and encapsulated in the recommendation, although I do not think it alone is sufficient. That was part of the national security strategy document released

C'est l'idée largement répandue que le profil racial existe qui pose problème. La réalité est tout autre, mais il est difficile de la concilier avec les perceptions. Il est certain qu'il se fait jusqu'à un certain point ce qu'on pourrait appeler du « profilage racial » en tant que nécessité opérationnelle. La notion voulant que toutes les communautés ethniques fassent l'objet d'un profilage racial généralisé est une crainte non fondée, mais compréhensible.

Il faut trouver un moyen de combler le fossé, parce qu'il a rapport à un point essentiel, soit qu'il est impossible d'avoir une stratégie de la sécurité nationale ou de la lutte contre le terrorisme efficace si elle n'a pas l'approbation du grand public. Je crains que nous ne soyons en train d'entamer une ère dans laquelle l'approbation publique diminuera de plus en plus, parallèlement peut-être à une montée de suffisance au sujet de la réalité de la menace, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'un problème canadien, mais bien d'un problème américain, britannique ou israélien.

De par la nature de la procédure opérationnelle, il se fait du profilage racial jusqu'à un certain point. Le danger est que certaines communautés canadiennes aient l'impression répandue qu'il s'agit d'une pratique courante parce que le milieu de la sécurité et du renseignement est incapable de faire la distinction entre de véritables terroristes et les membres de grandes communautés ethniques et, par conséquent, qu'il cible tout un chacun et en fait des victimes. Je ne crois pas que cela se produise, mais si c'était le cas, la fonction de sécurité et de renseignement serait encore plus problématique que je ne l'avais cru.

Le sénateur Joyal : Avez-vous une suggestion plus précise à nous faire en vue de combler le fossé? Une question de perception peut se transformer en réalité dans de pareilles situations. Étant donné que cela pourrait empêcher la loi d'atteindre avec efficacité son objectif, faudrait-il selon vous chercher à combler le fossé de manière à ce que ces obstacles soient éliminés? Existe-t-il des initiatives que nous pourrions prendre qui préviendraient ce genre de situation?

M. Wark : On pourrait prendre certaines mesures pratiques, que j'ai mentionnées dans ma déclaration liminaire. Ainsi, il faudrait présenter un rapport annuel aux Canadiens, un rapport le plus détaillé possible, sur la façon dont le gouvernement du Canada conçoit la nature de la menace terroriste au Canada et dans le monde de manière à dissiper en partie certains de ces mythes. Un processus permanent d'examen public, non pas un exercice ponctuel, du milieu de la sécurité et du renseignement pourrait aider non seulement à exposer les problèmes, mais également à apaiser certaines des craintes les plus exagérées.

Il incombe également aux organismes qui mènent des enquêtes en vue de recueillir des renseignements de sécurité et qui travaillent au sein des communautés ethniques, comme le SCRS, d'adopter des politiques censées à cet égard. Il faut d'abord qu'ils comprennent qu'ils pourraient provoquer une rétroaction ou un problème dans la perception qu'ont de ce milieu les communautés et qu'ils doivent trouver un moyen d'amorcer un dialogue direct avec elles afin de le régler.

Une grande partie du problème était connue et résumée dans la recommandation, bien que celle-ci ne suffise pas à elle seule. Il en est question dans le document relatif à la stratégie en matière de

in April 2004 that called for a cross-cultural round table of groups of concerned ethnic communities in Canada that might have an opportunity to engage in direct dialogue with the government about their concerns. That cross-cultural round table has begun its work and could make its own contribution, but on its own it will not be enough and so other measures will have to be taken. Some of them undoubtedly speak to the culture and practices of the security intelligence community, which probably needs to be adjusted to meet the kinds of sensitivities, fears and concerns that exist in the communities they are required to target.

Senator Andreychuk: It is my understanding that a change was made that affected Bill C-36 in respect of the kind of case representative of the *O'Neill* case, although I cannot recall it now. The Minister of Justice and Attorney General of Canada, Irwin Cotler, made changes to either the regulations or the act so that the *O'Neill* case would not be repeated. Am I correct?

Mr. Wark: Senator Lynch-Staunton asked me that question, and I had to plead ignorance because I am not aware of it. I may have missed it and for that I apologize. As you know, security of information prosecutions require the prior approval of the Attorney General. In this case, we might be talking about a change of policy and procedure that does not result in a change to the legislation in that respect to underline ministerial responsibility and accountability, although I do not know that for certain. I am not aware of a substantial amendment to the Security of Information Act in response to the *O'Neill* case.

Senator Andreychuk: There was an amendment on procedure.

Mr. Wark: I do not know so you would have to ask Minister Cotler about that.

Senator Andreychuk: I recall asking a question on the floor of the Senate about that situation and it was indicated that there had been some quiet changes, I believe by way of regulation. Could the committee submit a question to Professor Wark to take this up by way of a response, Madam Chair?

The Chairman: Yes.

Senator Andreychuk: Thank you.

Mr. Wark: I will be happy to respond to your questions.

Senator Andreychuk: When Bill C-36 initially came before Parliament, there was some discussion that the Canadian Security Intelligence Service should be expanded to work overseas. We have a capacity to work overseas with CSIS and gather information but we would not set up a full intelligence network overseas. That discussion has died down somewhat. Are we still vulnerable and would we continue to be vulnerable if we were to set up an international system to receive intelligence from other like-minded sources? We glean much of our information through

sécurité nationale rendu public en avril 2004 qui recommandait la création d'une table ronde transculturelle réunissant les groupes de communautés ethniques concernées au Canada qui pourraient ainsi avoir l'occasion d'amorcer un dialogue direct avec le gouvernement au sujet de leurs préoccupations. La table ronde transculturelle a commencé ses travaux et devrait faire sa propre contribution, mais, à elle seule, elle ne suffira pas, de sorte qu'il faudra prendre d'autres mesures. Certaines d'entre elles seront indubitablement liées à la culture et aux pratiques du milieu du renseignement de sécurité qui ont probablement besoin d'être ajustées de manière à tenir compte de ce genre de sensibilités, de craintes et de préoccupations des communautés qu'il est obligé de cibler.

Le sénateur Andreychuk : Je crois savoir qu'un changement qui touche le projet de loi C-36 a été apporté en ce qui concerne le genre de cas représentatif de l'affaire *O'Neill*, bien que je n'arrive pas à m'en souvenir. Le ministre de la Justice et procureur général du Canada, Irwin Cotler, a modifié soit le règlement, soit la loi pour éviter que l'affaire *O'Neill* ne puisse se reproduire. Ai-je raison?

M. Wark : Le sénateur Lynch-Staunton m'a posé la même question et j'ai plaidé l'ignorance parce que je ne suis pas au courant. Je ne l'ai peut-être pas vu, ce dont je m'excuse. Comme vous le savez, avant d'entamer des poursuites en vertu de la Loi sur la protection de l'information, il faut obtenir l'approbation du procureur général. Dans ce cas-ci, il pourrait être question d'un changement de politique et de procédure qui n'entraîne pas de modification à la loi à cet égard pour faire ressortir la responsabilité et l'obligation de rendre compte du ministre, bien que je n'en sois pas certain. Que je sache, aucune modification de fond n'a été apportée à la Loi sur la protection de l'information à la suite de l'affaire *O'Neill*.

Le sénateur Andreychuk : La procédure a été modifiée.

M. Wark : Je n'en sais rien. Il faudrait poser la question au ministre Cotler.

Le sénateur Andreychuk : Je me rappelle avoir posé une question sur le parquet du Sénat au sujet de cette situation et qu'on m'ait répondu que certains aménagements avaient été faits en douce, par voie de règlement je crois. Madame la présidente, le comité pourrait-il poser à M. Wark une question à laquelle il répondrait?

La présidente : Oui.

Le sénateur Andreychuk : Je vous remercie.

M. Wark : Je répondrai avec plaisir à vos questions.

Le sénateur Andreychuk : Quand le projet de loi C-36 a été déposé pour la première fois au Parlement, il fut question d'élargir le mandat du Service canadien du renseignement de sécurité de manière à ce qu'il puisse travailler à l'étranger. Ainsi, nous pourrions réunir du renseignement de sécurité par l'intermédiaire du SCRS à l'étranger, mais sans avoir à établir un réseau complet de collecte de renseignements à l'étranger. La discussion a perdu un peu de son acuité. Sommes-nous toujours vulnérables et continuerions-nous de l'être si nous mettions en place un réseau

the British, the Americans and other like-minded sources. By having more intelligence-gathering capacity overseas, would we do a better job than our allies are doing?

Mr. Wark: I suppose we would not know the answer to that until we tried.

Senator Andreychuk: It would be expensive.

Mr. Wark: I always make the point, which is historically reasonably well founded, that intelligence is cheap. When you compare the hard budget of an intelligence agency to the hard budget of many other things the government needs to do in the field of public safety at large, intelligence is cheap. You have to find a way to afford it. I am and have been since September 11 a proponent on record of creating a foreign intelligence service that would be targeted to collect information on Canadian interests abroad. We have many Canadian economic and political interests abroad as well as other interests in peacekeeping and military operations. We have only to think of Afghanistan, for example, which is a dangerous environment to operate in, although not as dangerous as Iraq. It could be even more dangerous once we get into provincial reconstruction teams and efforts in some of the regions outside Kabul. To engage in those efforts effectively and safely, a country needs a good intelligence capability that is its own; it cannot be borrowed from allies. We went into Afghanistan borrowing all our intelligence from our allies, which remains the case today, by and large. There is a new requirement for foreign intelligence capability on the human side, as they say in intelligence jargon, for Canada. I do not think it is unaffordable. We could do a good job at it because we are a multicultural, well-educated, technologically sophisticated society and we have natural resources to draw on.

The situation currently is such that CSIS, seeing this need, has increasingly begun to define itself as a dual service agency in that it is both a domestic security intelligence service, which was its original mandate and vision, and increasingly a foreign intelligence gathering service. We may decide that that is not a bad model, but we should not have arrived there by accident or without full review and introspection of the process. The very fact that CSIS has moved increasingly in this direction indicates recognition of the necessity. We need to know that this has not happened simply by accident and by the power of institutional aggrandizement but rather because it is the best model to proceed with. If we decide that, then we have to recognize that it is a rather unusual model because most of our counterpart agencies make an effort to separate domestic and foreign intelligence gathering and put them into different institutional agencies. The only system that does not do that is the former KGB. I am not saying that we have created a KGB analogue but there is something peculiar

international qui nous permettrait de recevoir des renseignements de sécurité d'autres sources qui pensent comme nous? Nous obtenons beaucoup de renseignements des Britanniques, des Américains et d'autres sources animées des mêmes intentions. En ayant une plus grande capacité de collecte de renseignements de sécurité à l'étranger, ferions-nous mieux que nos alliés?

M. Wark : Je suppose qu'il faudrait en faire l'essai pour le savoir.

Le sénateur Andreychuk : Cela pourrait coûter cher.

M. Wark : J'insiste toujours sur le point, raisonnablement bien fondé si l'on se reporte à l'histoire, que le renseignement de sécurité est bon marché. Quand on compare ce que coûte un organisme du renseignement et ce que coûtent de nombreuses autres choses que doit faire le gouvernement dans le domaine de la sécurité publique, le renseignement de sécurité n'est pas cher. Il faut trouver un moyen de pouvoir se le payer. Depuis le 11 septembre, je me déclare officiellement en faveur de créer un service du renseignement à l'étranger qui aurait pour raison d'être de réunir des renseignements sur les intérêts canadiens à l'étranger. Nous avons de nombreux intérêts économiques et politiques canadiens à l'étranger, de même que d'autres intérêts liés au maintien de la paix et aux opérations militaires. Qu'on prenne l'exemple de l'Afghanistan, un milieu dangereux, bien qu'il ne le soit pas autant que celui de l'Irak. Les opérations pourraient s'avérer encore plus dangereuses quand nous nous lancerons dans la reconstruction des provinces, dans certaines régions à l'extérieur de Kaboul. Pour le faire de manière efficace et sécuritaire, le pays a besoin d'un bon service de renseignement qui lui appartient en propre; il ne peut l'emprunter de ses alliés. Nous sommes allés en Afghanistan en obtenant, en règle générale, tous nos renseignements de sécurité de nos alliés, ce qui est encore le cas actuellement. Le Canada a désormais besoin d'un service du renseignement étranger de source humaine, comme on dit dans le jargon. Je ne crois pas qu'il soit inabordable. Nous pourrions faire du bon travail parce que nous sommes une société multiculturelle, bien instruite, et technologiquement avancée et qu'en plus, nous avons des ressources naturelles que nous pouvons mettre à profit.

La situation actuelle est telle que le SCRS, constatant le besoin, a commencé à se définir comme un organisme à double mandat, en ce sens qu'il est à la fois un service de sécurité intérieur, conformément au mandat et à la vision d'origine, et de plus en plus un service de collecte de renseignement à l'étranger. Il se peut que nous décidions que ce n'est pas un mauvais modèle, mais il ne faudrait pas que cela se fasse par accident ou sans examen complet du processus. Le fait même que le SCRS s'oriente de plus en plus vers cette solution en reconnaît le besoin. Il faut que nous sachions que cela ne s'est pas fait par accident et par étalement institutionnel, mais bien parce qu'il s'agit du meilleur modèle. Si nous en décidons ainsi, il faudra reconnaître que le modèle est plutôt inhabituel parce que la plupart des États s'efforcent de maintenir une distinction entre la collecte sur leur territoire et la collecte à l'étranger et font relever ces fonctions d'organismes institutionnels différents. Le seul organe qui ne fonctionne pas ainsi est l'ancien KGB. Je ne dis pas que nous avons créé un

about moving in this direction of giving foreign intelligence capabilities to an agency steeped in domestic security intelligence, procedures and routines.

Senator Andreychuk: If we went to a model directly and did not edge our way into it, it would be extremely expensive. The Americans cut back their intelligence services and it contributed high costs to their effectiveness. We would have to set up virtually all over the world with capacities in many languages and cultures. I believe there was a dialogue between you and Senator Joyal such that we need the capacity within Canada first before we stretch ourselves beyond. If we are to buy into this we need to keep in mind that we do not know where the terrorism threat will originate so we would have to be virtually everywhere in our capacity. We would have to match that with what the Americans, British and Russians have, and we know their pitfalls. Why would ours be better?

Mr. Wark: We could design a Canadian foreign intelligence service that would be much more targeted and specific to Canadian interests that would not have to be a globe-trotting free-for-all costing us a great deal of money. The intelligence budgets of our major allies spend the greatest portion of their budgets on technical collection platforms by satellites, signals intelligence systems and remote sensing systems. That eats up most of the budget. Humans, as a traditional form of intelligence gathering, are relatively cheap. It is dangerous, it is difficult to do well and can create diplomatic embarrassments for governments. Of course, all of that would have to be taken on board.

I have heard arguments made many times by people who cannot quite see Canada doing this. For Canada a set of national security priorities could be defined, to which a foreign intelligence service could help to operationalize. We are concerned about certain areas of the world and need to know more about them, such as those that are war-torn or facing civil strife, because Canada draws significant immigrant streams from many of those areas. We need to know what the connection between homeland conflicts overseas and their potential arrival in Canada might be.

In some ways for Canada it is too late to investigate that problem internally. However, to the extent that we continue to engage as a peacekeeping nation and improve our capabilities in that respect, we cannot continue with the old model. We cannot continue to rely on our allies to give us the intelligence that spells the security and safety of those missions. There are several reasons for that.

The old Canadian tradition of relying on foreign sources for the bulk of our knowledge in the intelligence field of global developments has been exposed as dangerous by the failures of September 11 and the failures of intelligence leading up to the

semblant de KGB, mais il est assez particulier que l'on s'oriente vers un service de renseignements à l'étranger qui relèverait d'un organisme ancré dans la procédure et la routine de collecte de renseignements de sécurité au pays même.

Le sénateur Andreychuk : Si nous adoptons carrément un modèle plutôt que de nous orienter vers lui, ce serait très cher. Les Américains ont réduit les budgets de leurs services de renseignements, ce qui leur a coûté très cher en efficacité. Il faudrait établir presque partout dans le monde des antennes polyglottes et multiculturelles. Il y a eu un échange entre vous et le sénateur Joyal, je crois, faisant valoir qu'il faut se concentrer d'abord sur le service de renseignement au Canada, avant d'aller au-delà de nos frontières. Si nous acceptons cette idée, il ne faut pas oublier que nous ignorons d'où viendra la menace terroriste, de sorte qu'il faudrait avoir des antennes un peu partout. Il faudrait faire autant que les Américains, les Britanniques et les Russes, et nous en connaissons les dangers. Pourquoi notre système serait-il meilleur?

M. Wark : Nous pourrions concevoir un service canadien de collecte de renseignements à l'étranger qui serait beaucoup plus ciblé et propre aux intérêts canadiens. Il ne serait donc pas nécessaire qu'il soit présent aux quatre coins de la planète et qu'il nous coûte les yeux de la tête. Les budgets alloués aux renseignements de sécurité par nos principaux alliés sont avant tout consacrés à des plateformes techniques de collecte par satellite, par écoute électromagnétique et par télédétection. Cela gruge la plus grande partie du budget. Les ressources humaines, comme forme classique de collecte de renseignements, coûtent relativement peu. Le travail est dangereux, il est difficile à bien faire et peut être la source d'incidents diplomatiques qui mettent dans l'embarras les gouvernements. Naturellement, il faudrait tenir compte de tout cela.

J'ai souvent entendu les arguments avancés par ceux qui n'arrivent pas à s'imaginer le Canada en train de le faire. Pour le Canada, on pourrait définir une série de priorités en matière de sécurité nationale qu'un service de collecte de renseignements à l'étranger pourrait aider à opérationnaliser. Certaines régions du monde nous préoccupent, et nous avons besoin d'en savoir plus à leur sujet, par exemple celles qui sont déchirées par des conflits ou qui font face à des guerres civiles, parce que le Canada attire un nombre important d'immigrants de bon nombre de ces régions. Il faut que nous sachions quel lien existe entre les conflits qui ont lieu à l'étranger, dans le pays d'origine, et leur éventuelle transposition au Canada.

D'une certaine façon, il est trop tard pour que le Canada enquête sur le problème interne. Cependant, dans la mesure où nous continuons à participer au maintien de la paix et à améliorer nos capacités à cet égard, nous ne pouvons pas conserver l'ancien modèle. Nous ne pouvons pas continuer de nous fier à nos alliés pour obtenir les renseignements qui garantissent la sécurité de ces missions et ce, pour plusieurs raisons.

Les échecs du 11 septembre et des services de renseignement avant la guerre d'Irak ont mis en valeur le danger pour le Canada de continuer à se fier à des sources étrangères pour obtenir le gros de ses renseignements concernant l'évolution de la situation

Iraq War. That is not to say that Canada could necessarily do any better in that respect but we have try because we have to be independent in this field. We are an intelligence-dependent power and, during the Cold War, we could afford to be that in many respects. However, in a post-September 11 world, we simply cannot afford that.

Senator Kinsella: I want to place on the record that the convention of *sub judice* does not apply to civil matters, although it might apply to criminal matters. Parliamentary privilege, the privileges of this honourable committee, even trumps the *sub judice* convention. The principle of parliamentary privilege extends to witnesses before this honourable committee, for the record.

Senator Joyal: Mr. Wark, in preparing your notes for your appearance today, did you have an opportunity to review chapter 2 of the last report of the Auditor General, entitled *The 2001 Anti-terrorism Initiative, Air Transportation Security, Marine Security and Emergency Preparedness for Chemical, Biological, Radiological and Nuclear Attacks?*

Mr. Wark: I believe that I did have the opportunity.

The Chairman: Professor Wark, on behalf of the committee, I thank you for taking the time to appear before the committee today. Your testimony has been extremely helpful in the deliberations of the committee.

The committee adjourned.

OTTAWA, Tuesday, March 15, 2005

The Special Senate Committee on the Anti-terrorism Act met this day at 1:15 p.m. to undertake a comprehensive review of the provisions and operations of the Anti-terrorism Act, (S.C. 2001, c.41).

Senator Joyce Fairbairn (*Chairman*) in the chair.

[*English*]

The Chairman: Honourable senators, I would like to call this meeting to order. This is the 11th meeting with witnesses of the Special Senate Committee on the Anti-terrorism Act.

For our viewers, I will explain the purpose of this committee. In October 2001, as a direct response to the terrorist attacks in New York City, Washington, D.C. and Pennsylvania, and at the request of the United Nations, the Canadian government introduced Bill C-36, the Anti-terrorism Act. Given the urgency of the situation then, Parliament was asked to expedite our study of the legislation and we agreed.

The deadline for the passage of that bill was mid-December of 2001. However, concerns were expressed that it was difficult to thoroughly assess the potential impact of this legislation in such a short period of time. For that reason, it was agreed that three

mondiale. Cela ne signifie pas que le Canada ferait forcément mieux, mais il faut qu'il tente l'expérience parce qu'il lui faut être indépendant dans ce domaine. Nous sommes une puissance qui dépend d'autres sources pour son renseignement de sécurité et, durant la guerre froide, nous pouvions nous en payer le luxe, à de nombreux égards. Toutefois, depuis le 11 septembre, ce n'est plus le cas.

Le sénateur Kinsella : Je tiens à déclarer officiellement que la convention relative aux affaires en instance ne s'applique pas aux questions civiles, bien qu'elle puisse s'appliquer aux questions criminelles. Je précise officiellement que le principe du privilège parlementaire s'étend aux témoins qu'entend notre comité.

Le sénateur Joyal : Monsieur Wark, pendant que vous préparez vos notes pour votre comparution d'aujourd'hui, avez-vous eu l'occasion d'examiner le chapitre 2 du dernier rapport de la vérificatrice générale, intitulé *La sécurité nationale au Canada — L'initiative de 2001 en matière d'antiterrorisme : sûreté du transport aérien, sécurité maritime et protection civile en cas de menace d'origine chimique, biologique, radiologique ou nucléaire?*

M. Wark : Je crois bien en avoir eu l'occasion.

La présidente : Monsieur Wark, au nom du comité, je vous remercie d'avoir pris le temps de venir témoigner aujourd'hui. Votre témoignage nous a été extrêmement utile.

La séance est levée.

OTTAWA, le mardi 15 mars 2005

Le Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste se réunit aujourd'hui, à 13 h 15, pour procéder à un examen approfondi des dispositions et de l'application de la Loi antiterroriste (L.C. 2001, ch.41).

Le sénateur Joyce Fairbairn (*présidente*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

La présidente : Honorables sénateurs, je déclare la séance ouverte. C'est la 11^e séance du Comité spécial sur la Loi antiterroriste au cours de laquelle nous entendrons des témoins.

À l'intention de nos téléspectateurs, je vais expliquer l'objet du comité. En octobre 2001, en réaction directe aux attaques terroristes survenues à New York, à Washington et en Pennsylvanie et à la demande des Nations Unies, le gouvernement canadien a présenté le projet de loi C-36, la Loi antiterroriste. Étant donné l'urgence de la situation de l'époque, le Parlement a demandé que l'on accélère notre étude du projet de loi, et nous avons accepté.

L'échéance pour l'adoption du projet de loi avait été fixée à la mi-décembre de 2001. Cependant, certains trouvaient qu'il était difficile d'effectuer une évaluation complète de l'incidence potentielle de cette mesure législative dans un laps de temps si

years later, Parliament would be asked to examine the provisions of the act and its impact on Canadians with the benefit of hindsight and in a less emotionally charged situation.

The work of this special committee represents the Senate's efforts to fulfill that obligation. When we have completed the study, we will make a report to the Senate that will outline any issue that we believe should be addressed, and the results of our work will be available to the government and to the people of Canada. The House of Commons is undergoing a similar process at this time.

To date, the committee has met with government ministers, the director of the Canadian Security and Intelligence Service (CSIS), as well as international and domestic experts on the threat environment within which the Anti-terrorism Act is expected to operate. We will spend the afternoon hearing from legal experts to get their perspective on the act.

We are joined this afternoon by Professor Patrick Monahan, Dean of Osgoode Hall Law School, and Professor Kent Roach from the University of Toronto's Faculty of Law.

Honourable senators will recall that both Dean Monahan and Professor Roach joined us in 2001 for the initial review of Bill C-36. As usual, honourable senators, I encourage you to be as concise as possible with your questions so that we will be able to have as thorough an exchange of views as possible.

Mr. Patrick J. Monahan, Professor and Dean, Osgoode Hall Law School: I have prepared a deck of slides, which I believe has been distributed to members of the committee, that will serve to outline my remarks before you this afternoon.

It is a great pleasure to appear before this committee. I see a number of members who were here in 2001, and it is encouraging to see the continuity of knowledge and expertise in this committee, which serves a very important function.

I wish to talk a little bit about a comparative approach to the response to terrorism in Canada, Great Britain and the United States, focusing on a number of key court decisions, with which I am sure you are familiar. It is important to review those decisions, and also to place Canada's response in a broader context, as members of this committee have already heard from experts from other countries.

The chair indicated that following September 11, governments across the world enacted legislation to respond to the threat posed by terrorism. The challenge for democratic states is to respond in an effective manner that does not sacrifice respect for the rule of law and individual liberty. On the whole, I think Canada has adopted that balanced approach, which will be the thrust of my remarks.

I will begin by focusing on executive or administrative detention. Executive detention is detention by the government without charge or without trial. Protection against administrative

court. Pour cette raison, il a été entendu que, trois ans plus tard, le Parlement examinerait les dispositions de la loi et ses répercussions sur les Canadiens, profitant ainsi du recul qu'il aurait pris et d'un climat beaucoup plus calme.

Les travaux du comité spécial traduisent les efforts déployés par le Sénat pour respecter cet engagement qui avait été pris. Lorsque nous aurons terminé notre étude, nous allons présenter un rapport au Sénat qui exposera les points sur lesquels il faudrait se pencher selon nous. De plus, les résultats de nos travaux seront mis à la disposition du gouvernement et de la population canadienne. La Chambre des communes procède elle aussi en ce moment à une étude similaire.

Jusqu'à maintenant, le comité a rencontré des ministres du gouvernement, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) ainsi que des experts canadiens et étrangers du contexte de la menace dans lequel la Loi antiterroriste devra être appliquée. Cet après-midi, nous allons entendre le point de vue sur la loi de spécialistes en droit.

Nous recevons le professeur Patrick Monahan, doyen de Osgoode Hall Law School, et le professeur Kent Roach, de la Faculté de droit de l'Université de Toronto.

Les honorables sénateurs se souviendront que MM. Monahan et Roach ont comparu devant nous en 2001 dans le cadre de la première étude du projet de loi C-36. Comme d'habitude, je vous encourage, honorables sénateurs, à être aussi concis que possible lorsque vous poserez vos questions de façon à ce que nous puissions avoir le meilleur dialogue qui soit.

M. Patrick J. Monahan, professeur et doyen, Osgoode Hall Law School : J'ai préparé des diapositives, qui, je crois, ont été distribuées aux membres du comité. Elles contiennent les grandes lignes de mon exposé d'aujourd'hui.

Je suis ravi de comparaître devant le comité. Je vois un certain nombre de membres qui étaient présents en 2001. Il est encourageant d'observer la continuité des connaissances au sein du comité, qui joue un rôle très important.

Je vais faire une comparaison entre l'approche adoptée à l'égard du terrorisme par le Canada, la Grande-Bretagne et les États-Unis en mettant l'accent sur un certain nombre de décisions clés rendues par les tribunaux, que vous connaissez bien, j'en suis sûr. Il est important d'étudier ces décisions et d'examiner la réaction du Canada dans un contexte plus large. D'ailleurs, les membres du comité ont déjà entendu des spécialistes provenant d'autres pays.

La présidente a déclaré qu'après le 11 septembre, des gouvernements de partout dans le monde ont adopté une loi en vue de faire face à la menace posée par le terrorisme. La difficulté à laquelle sont confrontés les États démocratiques est de réagir d'une manière qui soit efficace, mais qui ne va pas à l'encontre du principe de la primauté du droit ni de la liberté individuelle. Dans l'ensemble, je crois que le Canada a su adopter une telle approche équilibrée, et cela constituera l'idée maîtresse de mon exposé.

Je vais d'abord m'attarder à la détention administrative, qui est la détention d'individus par le gouvernement sans mise en accusation ou sans procès. La protection contre la détention

detention or executive detention lies at the very core of the principle of the rule of law. Indeed, the Magna Carta protected against being seized or imprisoned except by the law of the land, which was understood to mean conviction by a court.

In 1628, in the Petition of Right, the British Parliament prohibited imprisonment without charge. The common law, in concert with that, developed the writ of habeas corpus, which preserved those liberties by permitting any subject to challenge the legality of his or her imprisonment before a court.

The question is whether the special threat posed by international terrorism after September 11, 2001, justified the resort to executive detention or administrative detention. We will see that in the United States, that government has made extensive use of administrative detention, particularly at Guantanamo Bay.

Coupled with that is the question of whether, if you did permit administrative detention, the courts should have a role in reviewing decisions by the executive to detain without trial. Here, I note Cicero's dictum to the effect that the laws are silent in battle. What he meant by that was that the law and courts would have nothing to say about battle or about warfare. Courts could only intervene once the war was concluded and a period of peace had returned.

Cicero was right when he wrote that hundreds of years ago; and in fact, he continued to be right until very recently. For example, in Canada and the United States, the Japanese-Canadians' internment in 1947 was a case of administrative detention, and the courts essentially said that they would not review that. The courts have no role in reviewing decisions by the executive in conditions of warfare. However, recently courts in this country, as well as in the United States and Great Britain, have come to a different conclusion. Cicero is no longer right; the laws are no longer silent in battle. The resulting effect is to introduce an additional check on the executive and its use of arbitrary detention.

I wanted to review briefly the decision of the House of Lords in the case of *FC v. Secretary of State for the Home Department*, on December 16, 2004. It arose under a statute enacted by the British Parliament in 2001, at the same time as this Parliament enacted the Anti-terrorism Act. Under that British statute, the Home Secretary was permitted to issue a certificate against a non-U.K. national if the Home Secretary reasonably believed that person posed a national security risk and was suspected to be a terrorist. The issue there was it took only a matter of suspicion to justify the issue of a certificate, which could result in that individual being detained.

There was a procedure to review the reasonableness of the Home Secretary's belief and suspicion, but the question was a limited one: Did the Home Secretary have a reasonable belief or suspicion that this individual was a terrorist? It was not necessary

administrative est au cœur du principe de la primauté du droit. En effet, la Grande Charte interdisait l'emprisonnement sauf en vertu de la loi du pays, ce qui voulait dire à la suite d'une déclaration de culpabilité par un tribunal.

En 1628, dans la loi sur les pétitions de droit, le Parlement britannique interdisait l'emprisonnement sans mise en accusation. En outre, la common law a élaboré à cette époque le bref d'habeas corpus, destiné à préserver les libertés en permettant à tout détenu de contester devant un tribunal la légalité de son emprisonnement.

La question est de savoir si la menace posée par le terrorisme international au lendemain du 11 septembre 2001 justifiait le recours à la détention administrative. Le gouvernement américain a eu largement recours à la détention administrative, particulièrement à Guantanamo Bay.

La question est aussi de savoir si, dans le cas où la détention administrative est permise, les tribunaux devraient pouvoir revoir la décision prise par un gouvernement de détenir des personnes sans qu'il y ait procès. Je vous rappelle ici que Cicéron a déjà écrit qu'au milieu des armes, les lois sont silencieuses. Ce qu'il voulait dire, c'est que les tribunaux n'auraient rien à dire à propos de la guerre. Ils pourraient seulement intervenir une fois la guerre terminée et la paix retrouvée.

Cicéron avait raison lorsqu'il a écrit cela il y a des centaines d'années. En fait, il a continué d'avoir raison jusqu'à très récemment. Par exemple, au Canada et aux États-Unis, l'internement de Canadiens d'origine japonaise en 1947 correspondait à de la détention administrative, et les tribunaux ont essentiellement déclaré qu'ils n'examineraient pas cette situation. Les tribunaux n'ont aucunement le droit d'examiner des décisions prises par un gouvernement en temps de guerre. Cependant, les tribunaux canadiens ainsi que ceux des États-Unis et de la Grande-Bretagne en sont venus à une conclusion différente dernièrement. Cicéron n'a plus raison; au milieu des armes, les lois ne sont désormais plus silencieuses. Maintenant, on examine les décisions d'un gouvernement et son recours à la détention arbitraire.

Je veux brièvement passer en revue la décision rendue par la Chambre des lords dans l'affaire *FC c. Secretary of State for the Home Department*, le 16 décembre 2004. L'affaire concerne une loi adoptée par le Parlement britannique en 2001, au même moment où le Parlement canadien a adopté la Loi antiterroriste. En vertu de cette loi britannique, le secrétaire d'État du ministère de l'Intérieur peut délivrer un certificat contre un ressortissant non britannique s'il a des motifs raisonnables de croire que cette personne pose un risque à la sécurité nationale et qu'il la soupçonne d'être un terroriste. Le problème, c'est qu'il fallait seulement entretenir un soupçon pour justifier la délivrance d'un certificat, qui pouvait mener à la détention de l'individu.

Une procédure visant à étudier le caractère raisonnable du soupçon qu'entretient le secrétaire d'État a été entamée, mais la question qui a été posée était restreinte : le secrétaire d'État avait-il raison de croire ou de soupçonner que l'individu était un

to prove whether the person was a terrorist or whether there were reasonable and probable grounds to find he was a terrorist, merely that the Home Secretary was reasonable to suspect it.

In order to enact that legislation, the U.K. Parliament derogated from the right to liberty and security that was protected by Article 5 of the European Convention on Human Rights. That derogation was required because of the Human Rights Act of 1998 in Great Britain, which had introduced the protections of the European Convention into British law.

Under the European Convention, derogation from rights protected by the Convention is permitted only in times of war or other public emergency that threaten the life of the nation. Also, the statute requires that the derogation is only to the extent strictly required by the exigencies of the situation. It is a much more restrictive clause than our section 1 of the Charter of Rights and Freedoms; and, of course, we have a section 33 of the Charter that permits derogation without any requirements. Here, there are certain requirements to be satisfied before derogation can be permitted.

Using the powers under the statute, the Home Secretary detained nine foreign nationals and held them without charge for more than three years. They could not be deported because they faced the threat of torture in their home states, contrary to Article 3 of the European Convention. Those individuals chose not to leave Great Britain voluntarily, so they had been detained for three years. That detention was upheld by the Court of Appeal, and then went to the House of Lords.

It was quite an extraordinary case because the appeal was heard by a nine-member panel of the House of Lords, which normally sits a panel of five. By an eight-to-one margin, the House of Lords quashed the order derogating from the European Convention on Human Rights, and declared that the legislation permitting the Home Secretary to detain on mere suspicion was inconsistent with the Human Rights Act of 1998.

Lord Bingham, who was the senior Law Lord and wrote the leading opinion, accepted that the threat of terrorism was a public emergency, threatening the life of the nation. On that question, he said the courts should defer to the government because that was a pre-eminently political judgment. Lord Hoffman dissented, taking the view that terrorist groups were not a threat to the life of the nation. Eight Law Lords agreed with the government on that point.

However, the House of Lords quashed the derogation order on the basis of a proportionality analysis. They relied specifically and expressly on the *Oakes* case, our own Supreme Court of Canada's 1986 decision, which established a proportionality test under section 1 of the Charter.

terroriste? Il n'était pas nécessaire de prouver qu'il était un terroriste ou qu'il existait des motifs raisonnables et probables permettant de déterminer qu'il en était un, il suffisait seulement de prouver que le secrétaire d'État avait des motifs raisonnables de soupçonner que l'individu était un terroriste.

Pour adopter cette loi, le Parlement britannique a dérogé aux droits à la liberté et à la sécurité protégés par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette dérogation était nécessaire en raison de la loi sur les droits de la personne de 1998 adoptée en Grande-Bretagne, qui prévoyait l'inclusion des protections conférées par la convention dans le droit britannique.

En vertu de la convention, la dérogation aux droits protégés par la convention est autorisée seulement en temps de guerre ou dans d'autres situations d'urgence d'ordre public qui menacent la vie de la nation. La loi britannique précise que la dérogation doit être conforme aux exigences de la situation. Il s'agit d'une disposition beaucoup plus restrictive que l'article 1 de notre Charte des droits et libertés. Bien entendu, il y a aussi l'article 33 de la Charte qui permet la dérogation, mais sans exigence précise. La loi britannique, elle, précise certaines exigences qui doivent être respectées avant que la dérogation ne puisse être permise.

Grâce au pouvoir que lui confère cette loi, le secrétaire d'État a détenu neuf ressortissants étrangers sans mise en accusation pendant plus de trois ans. Ces individus ne pouvaient pas être déportés parce qu'ils risquaient d'être torturés dans leur pays d'origine, ce qui est conforme à l'article 3 de la convention. Ces ressortissants ont décidé de ne pas quitter volontairement la Grande-Bretagne, alors ils ont été détenus pendant trois ans. La décision de les détenir a été maintenue par la Cour d'appel, et la Chambre des lords a ensuite été saisie de l'affaire.

C'était une affaire assez extraordinaire, car l'appel a été entendu par un comité de la Chambre des lords formé de neuf membres, alors que normalement il n'y en a que cinq. Huit des neuf membres du comité se sont prononcés en faveur de l'annulation de l'ordonnance de dérogation à la Convention européenne des droits de l'homme et ont déclaré que la loi permettant au secrétaire d'État de détenir des personnes sur la base d'un simple soupçon allait à l'encontre de la loi sur les droits de la personne de 1998.

Lord Bingham, le lord juriste principal qui a rédigé l'opinion dominante, a convenu que la menace du terrorisme constituait une urgence d'ordre public qui mettait en danger la vie de la nation. Il a déclaré que les tribunaux devraient s'en remettre au gouvernement parce qu'il s'agissait essentiellement d'un jugement de nature politique. Lord Hoffman différait sur cette opinion; il était d'avis que les groupes terroristes ne constituaient pas une menace à la vie de la nation. Huit lords juristes étaient d'accord avec le gouvernement.

Cependant, la Chambre des lords a tout de même annulé l'ordonnance de dérogation en se fondant sur une analyse de la proportionnalité. Ils se sont fondés précisément sur la décision rendue par la Cour suprême du Canada en 1986 dans le cadre de l'affaire *Oakes*; la Cour suprême avait établi un critère de proportionnalité en vertu de l'article 1 de la Charte.

The House of Lords found that this derogation order went beyond what was strictly required. They pointed out that these powers of detention were not being sought against U.K. citizens, even if U.K. citizens were suspected of being terrorists. It was only non-U.K. nationals that could be detained under the powers in the statute. They found that the detention of foreign nationals was discriminatory because it distinguished between U.K. and foreign nationals without justification.

My own view is that the House of Lords made a bold and courageous judgment. It required the government to justify its measures, particularly those to single out foreign nationals for discriminatory treatment. It indicated that the House was prepared to challenge the government's determination of what was required in the face of a significant terrorist threat.

The British Parliament enacted a new statute last Friday, the Prevention of Terrorism Act 2005. The key feature is that it requires judicial supervision over the making of control orders, in particular, where an order would derogate from liberty guaranteed by Article 5 of the European Convention on Human Rights. A court must be satisfied on a balance of probabilities that the making of that order is necessary; that the person has been involved in terrorist-related activities; and that the imposition of a control order is necessary to protect members of the public from a risk of terrorism.

The other point about the legislation is that it does not distinguish between foreign and U.K. nationals. It applies to any individual, which was a key criticism the House of Lords made about the earlier statute. Parliament has responded, taking on board many of the criticisms that were made of the original statute.

A number of cases have arisen in the United States Supreme Court. In June 2004, there were two cases that were significant, involving the legality of detention without trial, and the extent to which individuals who had been detained at Guantanamo Bay or elsewhere could have a remedy in front of the courts.

The first case, *Razul v. Bush*, considered the detention of foreign nationals at Guantanamo Bay. The United States argued that the individuals being held at Guantanamo Bay were outside of the territory of the United States proper, and that they had no resort to U.S. courts. In the United Kingdom, although the test was weak, there was at least an opportunity to test the reasonableness of the Home Secretary's decision. In Guantanamo Bay, there was no opportunity whatsoever for non-U.S. citizens to challenge the legality of their detention.

The U.S. government has conceded that U.S. citizens at Guantanamo Bay did have a right of judicial review. Six of the nine members of the U.S. Supreme Court held that U.S. District Courts do have jurisdiction to review the legality of the detention of foreign nationals at Guantanamo Bay, even though the U.S. did not have ultimate sovereignty over the base. Three of the judges dissented on the basis of a 50-year old precedent, and because of the fear of injecting the court machinery into military

La Chambre des lords a jugé que l'ordonnance de dérogation allait au-delà de ce qui était strictement exigé. Ils ont fait remarquer que les pouvoirs de détention n'étaient pas utilisés à l'endroit des citoyens du Royaume-Uni, même s'ils étaient soupçonnés d'être des terroristes. Ce sont seulement des ressortissants non britanniques qui pouvaient être détenus en vertu des pouvoirs conférés par la loi. Ils ont jugé que la détention de ressortissants étrangers était discriminatoire parce qu'elle créait une distinction entre les ressortissants britanniques et étrangers sans justification.

Selon moi, la Chambre des lords a rendu un jugement audacieux et courageux, qui forçait le gouvernement à justifier ses mesures, en particulier celles qui s'avéraient discriminatoires à l'égard des ressortissants étrangers. La Chambre des lords a indiqué qu'elle était prête à contester les mesures que le gouvernement considérait nécessaires d'adopter pour faire face à une menace terroriste considérable.

Le Parlement britannique a adopté une nouvelle loi vendredi dernier, la loi sur la prévention du terrorisme de 2005. Essentiellement, cette mesure législative prévoit une supervision judiciaire des ordonnances, surtout des ordonnances de dérogation aux libertés garanties par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Un tribunal doit être convaincu selon la prépondérance des probabilités que l'ordonnance est nécessaire; que la personne a pris part à des activités terroristes; et qu'une ordonnance est nécessaire en vue de protéger le public contre un risque d'attaque terroriste.

Un autre point important concernant cette loi est qu'elle ne fait aucune distinction entre les ressortissants étrangers et britanniques. Elle s'applique à toute personne, ce qui n'était pas le cas de l'ancienne loi; la Chambre des lords avait d'ailleurs critiqué cela. Le Parlement a corrigé un grand nombre des lacunes de l'ancienne loi.

La Cour suprême des États-Unis a été saisie d'un certain nombre de cas. En juin 2004, elle a été saisie de deux affaires importantes concernant la légalité de la détention sans procès et la possibilité pour les personnes détenues à Guantanamo Bay ou ailleurs de disposer d'un droit de recours devant les tribunaux.

La première affaire, *Razul c. Bush*, portait sur la détention d'un ressortissant étranger à Guantanamo Bay. Les États-Unis ont prétendu que les individus détenus à Guantanamo Bay se trouvent à l'extérieur du territoire américain et qu'ils n'ont donc aucunement le droit de recourir aux tribunaux américains. Au Royaume-Uni, il y a au moins eu la possibilité de vérifier le caractère raisonnable de la décision rendue par le secrétaire d'État. À Guantanamo Bay, les ressortissants non américains n'ont pas pu contester la légalité de leur détention.

Le gouvernement américain a par contre admis que les citoyens américains détenus à Guantanamo Bay ont droit à un examen judiciaire. Six des neuf membres de la Cour suprême des États-Unis ont soutenu que les tribunaux de district du pays détiennent la compétence d'examiner la légalité de la détention des ressortissants étrangers à Guantanamo Bay, même si les États-Unis ne possèdent pas la souveraineté ultime dans cette base. Trois des juges ont exprimé une opinion dissidente

affairs. The six remaining judges made what would be an obvious decision to us, that individuals must have the opportunity to challenge the legality of their detention.

The second U.S. Supreme Court decision, also in June 2004, was *Hamdi v. Rumsfeld*. It involved a U.S. citizen who had been captured during military operations in Afghanistan and was detained without charges or trial for three years as an enemy combatant. He was then transferred to the United States, where he was being held in a jail in Virginia.

In this case, eight of the nine members of the court agreed that Mr. Hamdi could not be held without trial or some form of judicial review. Justice O'Connor, who wrote the plurality opinion for the court, maintained that Mr. Hamdi had to be given the right before a neutral decision-maker to contest the factual basis for his detention and, in this case, whether he was an enemy combatant.

Justices Scalia and Stevens would have gone further. They held that the detention of U.S. nationals could only be possible if they were charged with a crime or if Congress suspended habeas corpus under the U.S. Constitution. Congress has the power to suspend habeas corpus on limited grounds, but that had not occurred in this case.

In comparing House of Lords to the U.S. Supreme Court, we can say that the reasoning of the U.S. Supreme Court is much less robust than that of the House of Lords because the U.S. Supreme Court seems prepared to concede wide authority to the Executive Branch. Nevertheless, both courts confirm that arbitrary and non-reviewable detention and arrest are unacceptable as a means to combat terrorism, holding that, unlike Cicero, the laws are not silent in battle. They may be limited but they have some operative effect.

In respect to the Canadian response, the important point to remember at the outset is that Canada did not rely on administrative or executive detention in response to September 11. There are procedures for investigative hearings and for detaining suspected terrorists. However, in each case, there is also the opportunity and the requirement for judicial oversight. The government cannot hold individuals, as they are held in the United States at Guantanamo Bay, without some form of review, even though that review might be done in secret and the amount of information provided to the individual, or his or her counsel, might be limited. The court has access to the information in most cases, as well as the opportunity to determine the appropriateness of the detention.

en se fondant sur un précédent établi il y a 50 ans et par crainte de mêler le système judiciaire aux affaires militaires. Les six autres juges ont rendu une décision qui s'avère évidente pour nous, c'est-à-dire que les détenus doivent avoir la possibilité de contester la légalité de leur détention.

La deuxième décision rendue par la Cour suprême des États-Unis, aussi en juin 2004, concernait l'affaire *Hamdi c. Rumsfeld*. Elle portait sur un citoyen américain qui avait été capturé au cours d'opérations militaires en Afghanistan et qui a été détenu sans mise en accusation ni procès pendant trois ans, en tant que combattant ennemi. Il a ensuite été transféré aux États-Unis, où il a été incarcéré en Virginie.

Dans ce cas-là, huit des neuf membres de la Cour suprême ont convenu que M. Hamdi ne pouvait pas être détenu sans qu'un procès ou une forme quelconque d'examen judiciaire ait lieu. Le juge O'Connor, qui a rédigé l'opinion de la majorité, a soutenu que M. Hamdi devait obtenir le droit de contester devant un décideur neutre le fondement de sa détention et le fait qu'il était considéré comme un combattant ennemi.

Les juges Scalia et Stevens sont allés plus loin. Ils ont maintenu que la détention de ressortissants américains pouvait être possible seulement s'ils étaient accusés d'un crime ou si le Congrès faisait fi du bref d'habeas corpus en vertu de la Constitution américaine. Le Congrès détient le pouvoir de faire abstraction du bref d'habeas corpus selon des motifs limités, mais cela ne s'est pas produit dans cette affaire-là.

Si l'on effectue une comparaison entre la Chambre des lords et la Cour suprême des États-Unis, nous pouvons dire que le raisonnement de la Cour suprême est beaucoup moins solide que celui de la Chambre des lords parce que la Cour suprême des États-Unis semble prête à accorder beaucoup d'autorité au pouvoir exécutif. Néanmoins, les deux tribunaux confirment que la détention et l'arrestation arbitraires sans recours possible à un examen judiciaire sont inacceptables comme moyens de combattre le terrorisme, évoquant le fait que, contrairement à ce que Cicéron a écrit, au milieu des armes, les lois ne sont pas silencieuses. Leur voix n'est peut-être pas forte, mais elles ont une certaine efficacité.

En ce qui concerne la réaction du Canada, ce qu'il est important de se rappeler en premier lieu, c'est que le Canada n'a pas eu recours à la détention administrative pour réagir aux événements du 11 septembre. Il existe des procédures régissant les audiences d'investigation et la détention de terroristes présumés. Cependant, dans chaque cas, la possibilité et l'obligation d'obtenir un examen judiciaire existent également. Le gouvernement ne peut pas détenir des individus, comme le fait le gouvernement américain à Guantanamo Bay, sans qu'il n'y ait une certaine forme d'examen, même si cet examen peut être fait en secret et que la quantité d'information fournie à la personne, ou à son avocat, peut être limitée. Dans la plupart des cas, le tribunal a accès à l'information et il a aussi la possibilité de déterminer si la détention est appropriée.

We did not seek to derogate from the Charter of Rights and Freedoms. We did not invoke section 33 of the Charter. We allowed individuals to challenge potential infringements of their constitutionally protected rights in the court, which reflects a balanced response.

When I appeared before the committee in December 2001, I was generally of the view that Bill C-36 was an appropriate response, although I made some suggestions for modest changes, some of which were reflected in the final version of the statute. I continue to believe that the legislation in Bill C-36 was a balanced and largely appropriate response.

It is important to look at the way the courts have interpreted the legislation. In a June 2004 case before the Supreme Court of Canada, regarding section 83.28 of the Criminal Code — a provision inserted in the Criminal Code through Bill C-36, the court upheld the validity of the investigative hearings provisions of the Anti-terrorism Act. The Supreme Court of Canada held that these provisions did have appropriate safeguards and did not infringe unreasonably on the Charter of Rights and Freedoms.

Writing for the majority, justices Iacobucci and Arbour affirmed that although terrorism changes the context in which the rule of law must operate, “it does not call for the abdication of law.” That is to say, both the law and the courts have a role to play. The court extended immunity against subsequent use of compelled testimony to include immigration proceedings, which had not been referred to expressly in the original statute.

It is also important to note the *Suresh* decision of the Supreme Court of Canada in January 2002, which upheld as valid the Canadian definition of “terrorism,” and has a reference to a number of criteria, including the terrorism acts taken for political or ideological purposes. That definition is broadly similar to the definition you find in Britain, the United States and other jurisdictions. The Supreme Court of Canada has said that is constitutionally valid, and that it is not unduly vague,

They also found that section 7 of the Charter requires that the minister should generally decline to deport suspected terrorists where there is a substantial risk of torture. That is an appropriate response for a Canadian court and for this country. Mr. Suresh was prepared to adduce evidence at a new hearing on the basis of proper legal principles. The court found that while governments need legal tools to effectively meet the challenges of terrorism, there is a need to ensure that those tools:

Nous n'avons pas cherché à déroger à la Charte des droits et libertés. Nous n'avons pas non plus invoqué l'article 33 de la Charte. Nous avons permis aux individus de contester devant les tribunaux la violation potentielle de leurs droits protégés par la Constitution, ce qui témoigne de la réaction équilibrée du Canada.

Lorsque j'ai comparu devant le comité en décembre 2001, j'étais d'avis que le projet de loi C-36 constituait une mesure appropriée, bien que j'aie suggéré quelques légères modifications, dont certaines se sont retrouvées dans la version finale de la loi. Je continue de croire que le projet de loi C-36 constituait une mesure équilibrée et considérablement appropriée.

Il est important d'examiner la façon dont les tribunaux ont interprété la loi. Dans une affaire dont a été saisie la Cour suprême du Canada en juin 2004, concernant l'article 83.28 du Code criminel — une disposition qui a été ajoutée au Code par l'entremise du projet de loi C-36 — la Cour a maintenu la validité des dispositions sur les audiences d'investigation de la Loi antiterroriste. La Cour suprême du Canada a soutenu que ces dispositions prévoyaient des protections appropriées et n'allaient pas à l'encontre de façon déraisonnable de la Charte des droits et libertés.

Lorsqu'ils ont rédigé l'opinion de la majorité, les juges Iacobucci et Arbour ont déclaré que, même si le terrorisme modifie le contexte dans lequel doit s'appliquer le principe de la primauté du droit, il « ne commande pas la renonciation à ce principe. » C'est-à-dire que le droit et les tribunaux ont un rôle à jouer. L'immunité contre l'utilisation de la preuve, pour empêcher que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer soit utilisé contre lui dans une instance ultérieure, a été étendue par la Cour suprême aux audiences relatives à l'immigration, ce qui n'était pas stipulé explicitement dans l'ancienne loi.

Il est également important de noter la décision *Suresh* rendue par la Cour suprême du Canada en janvier 2002, qui confirmait la validité de la définition canadienne de « terrorisme », en référence à un certain nombre de critères, y compris les actes terroristes commis à des fins politiques ou idéologiques. Cette définition est semblable dans ses grandes lignes à celle utilisée en Grande-Bretagne, aux États-Unis et dans d'autres pays. La Cour suprême du Canada a conclu qu'elle était valide du point de vue constitutionnel et qu'elle n'était pas trop vague.

La Cour a aussi déterminé que l'article 7 de la Charte exige du ministre qu'il refuse dans la plupart des cas d'expulser les individus suspectés de terrorisme lorsqu'une telle mesure les exposerait à un risque considérable d'être torturés. C'est la décision qui s'impose pour un tribunal canadien et pour notre pays dans son ensemble. M. Suresh était disposé à produire des preuves lors d'une nouvelle audience conformément aux principes juridiques applicables. La Cour a constaté que les gouvernements ont besoin des outils juridiques propres à leur permettre de relever efficacement les défis que pose le terrorisme, mais qu'il faut également tenir compte de la nécessité de veiller à ce que ces outils juridiques :

... do not undermine values that are fundamental to our democratic society —liberty, rule of law, and the principles of fundamental justice ...

These three courts have affirmed that democratic societies must respond to terrorism while respecting the rule of law, and have upheld the principle of the separation of powers — the independent role of the judiciary from the executive. Proportionality is a key principle, I would suggest to you, in your review of this legislation. The principle of proportionality, as reflected in the *Oakes* case under section 1 of the Charter of Rights and Freedoms, states that measures taken should be proportional to the threat or the objective that you are seeking to pursue. They should actually achieve or advance that objective, and they should go no further than is necessary or reasonably necessary to achieve that objective.

That is the test applied by our courts under the Anti-terrorism Act. They have affirmed broadly the judgment of this Parliament in 2001 that it was appropriate to enact Bill C-36. The courts have confirmed that executive detention without charge or trial is now an exceptional circumstance, not only in Canada but also in Great Britain or in the United States, and must be subject to judicial review and oversight.

I do not propose to go through a detailed line-by-line analysis of the legislation. Rather, I want to suggest that those are the broad principles that ought to guide this committee and the Senate in its review of Bill C-36.

Mr. Kent Roach, Professor, Faculty of Law, University of Toronto: Thank you, senators, for allowing me to appear before the committee to contribute to your important deliberations.

My brief has been distributed to senators, and I apologize for the length of the academic paper. I will take a few moments to summarize some of its main recommendations.

I recognize that much has changed since Bill C-36 was introduced and enacted in 2001. We have a new national security policy and other new laws such as the Public Safety Act, under which the Supreme Court has upheld investigative hearings. However, I believe there is still a need for careful line-by-line examination of the law's provisions to determine whether there can be improvements.

These improvements can be guided, in part, by the judicial decisions that Mr. Monahan talked about: the House of Lords' landmark decision in December 2004 standing for the principles of both proportionality and non-discrimination; and the Supreme Court of Canada's decision in the *Suresh* case. This is an appropriate time to continue that dialogue about the best, most proportionate and fairest way to combat terrorism.

...ne sapent pas les valeurs jugées fondamentales pour notre société démocratique — liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale...

Ces trois tribunaux ont affirmé que les sociétés démocratiques doivent réagir au terrorisme tout en respectant la primauté du droit, et ont confirmé le principe de la séparation des pouvoirs — le rôle indépendant que doivent jouer les instances judiciaires et le pouvoir exécutif. La proportionnalité est l'un des principes clés qui devraient guider, si je puis me permettre cette suggestion, votre examen de cette loi. Le principe de proportionnalité, tel qu'établi dans l'arrêt *Oakes* en application de l'article 1 de la Charte des droits et libertés, prévoit que les mesures prises doivent être proportionnelles à la menace encourue ou à l'objectif visé. Elles doivent contribuer concrètement à l'atteinte de cet objectif et ne doivent pas aller plus loin que ce qui est nécessaire ou raisonnable à cette fin.

C'est le critère qui est appliqué par nos tribunaux pour l'application de la Loi antiterroriste. Ils ont d'une manière générale confirmé que ce Parlement était justifié d'adopter le projet de loi C-36 en 2001. Les tribunaux ont confirmé que la détention préventive sans accusation ni procès ne doit maintenant avoir lieu que dans des circonstances exceptionnelles, non seulement au Canada, mais aussi en Grande-Bretagne ou aux États-Unis, et doit être soumise à un contrôle et une supervision judiciaires.

Je ne propose pas une analyse détaillée de tous les articles de cette loi. Je vous suggère plutôt ces principes généraux pour guider l'examen du projet de loi C-36 par ce comité et par le Sénat.

M. Kent Roach, professeur, Faculté de droit, Université de Toronto : Je vous remercie de me donner l'occasion de comparaître devant votre comité pour contribuer à vos importantes délibérations.

Vous avez tous reçu copie de mon mémoire et je vous prie de m'excuser pour la longueur de ce document détaillé. Je vais prendre quelques instants pour vous résumer ses recommandations principales.

Je suis conscient que bien des choses ont changé depuis que le projet de loi C-36 a été déposé et adopté en 2001. Nous avons maintenant une nouvelle politique de sécurité nationale et d'autres nouvelles lois comme la Loi sur la sécurité publique, en vertu de laquelle la Cour suprême a confirmé la validité des audiences d'investigation. J'estime toutefois qu'il convient encore de procéder à un examen minutieux de toutes les dispositions de cette loi afin de déterminer si des améliorations peuvent y être apportées.

Ces améliorations peuvent être inspirées, du moins partiellement, par les décisions judiciaires auxquelles M. Monahan a fait référence : l'arrêt clé de la Chambre des lords de décembre 2004 confirmant les principes de proportionnalité et de non-discrimination; et la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh*. Le moment est bien choisi pour poursuivre le dialogue visant à déterminer les moyens les plus efficaces, les mieux adaptés et les plus équitables pour lutter contre le terrorisme.

To that end, I will make six recommendations where improvements to the Anti-terrorism Act could be made without compromising the important social interest in combating terrorism. These proposals are in the spirit of proportionality and non-discrimination.

The first is to go back and look at the definition of “terrorist activities,” which is a difficult and somewhat nitpicking process. There is a five-page definition in Bill C-36 of what constitutes a terrorist activity.

What the Supreme Court of Canada did in *Suresh*, which was a case under the Immigration Act where there was an undefined definition of terrorism, was to read in a different, more restrained definition of terrorism into the Immigration Act. At the same time, they said that Parliament was free to adopt a different definition of terrorism. I would suggest that attention should be paid to the definition that the Supreme Court of Canada read into the Immigration Act, and which still applies now under that act, because it is a much simpler and more restrained definition of terrorism.

Following the lead of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, the Supreme Court of Canada in *Suresh* said that terrorism, in section 19 of the Immigration Act, should include any:

... act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.

The Supreme Court of Canada adds:

This definition catches the essence of what the world understands by ‘terrorism’.

It seems to me that definition is a good starting point because it is simpler.

Tomorrow, we will have the verdict in the *Air India* case. I pity the poor judge who has to instruct a jury as to the definition of terrorism found in the Anti-terrorism Act, who must go through potentially five pages of legislative text to explain to a jury what an illegal terrorist activity is. The *Suresh* definition of terrorism is simpler, tighter and more focused.

My point here is about potential over-breadth and civil liberties, and also about where we as a society should focus our resources in combating the essence of what the world understands as terrorism, which is essentially the murder and maiming of innocent civilians. That is the definition of terrorism we now have in our Immigration Act, which seems to be a more proportionate alternative to the definition in section 83.01 of the Criminal Code.

À cette fin, je vais formuler six recommandations pouvant permettre d’améliorer la Loi antiterroriste sans mettre en péril les objectifs sociaux importants associés à la lutte contre le terrorisme. Toutes ces propositions s’inspirent des principes de proportionnalité et de non-discrimination.

Il faut d’abord revenir en arrière et examiner la définition d’« activité terroriste », ce qui peut être un processus difficile et quelque peu tatillon. La définition de ce qui constitue une activité terroriste s’étend sur cinq pages dans le projet de loi C-36.

Dans l’arrêt *Suresh*, une cause entendue en application de la Loi sur l’immigration ne comportant pas une définition précise du terrorisme, la Cour suprême du Canada a attaché une définition différente et plus limitative du terrorisme à la Loi sur l’immigration. Par la même occasion, la Cour a indiqué que le Parlement était libre d’adopter une définition différente du terrorisme. Je crois qu’il serait bon d’examiner la définition attachée par la Cour suprême du Canada à la Loi sur l’immigration, laquelle continue toujours de s’appliquer en vertu de cette loi, parce qu’il s’agit d’une définition beaucoup plus simple et beaucoup plus précise.

Dans la foulée de la Convention internationale sur la répression du financement du terrorisme, la Cour suprême du Canada a déclaré dans l’arrêt *Suresh* que le terme « terrorisme », utilisé à l’article 19 de la Loi sur l’immigration, inclut tout :

... 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.

La Cour suprême du Canada ajoute :

Cette définition traduit bien ce que l’on entend essentiellement par « terrorisme » à l’échelle internationale.

Cette définition m’apparaît être un bon point de départ parce qu’elle est plus simple.

Demain, nous connaissons le verdict dans l’affaire d’*Air India*. Je plains le pauvre juge qui doit fournir ses directives au jury concernant la définition fournie dans la Loi antiterroriste; il pourrait avoir à parcourir jusqu’à cinq pages de textes législatifs pour expliquer au jury ce qui constitue une activité terroriste illicite. La définition du terrorisme utilisée dans l’arrêt *Suresh* est plus simple, plus étroite et mieux ciblée.

Je m’intéresse ici au risque de portée excessive de la loi et d’atteinte aux libertés civiles, tout en m’interrogeant sur la façon dont notre société devrait cibler ses ressources pour lutter contre l’essence même de ce que le monde entend par terrorisme, à savoir le meurtre et la mutilation de civils innocents. C’est la définition du terrorisme que nous retrouvons maintenant dans notre Loi sur l’immigration et qui semble offrir une solution mieux adaptée que celle de l’article 83.01 du Code criminel.

If you are not prepared to go so far as to adopt the *Suresh* definition of terrorism, there are still some things that can be done with the definition of terrorist activities in Bill C-36 to amend the Criminal Code. The first would be that there is a requirement that the accused must act for political, religious or ideological purposes.

The idea that the Crown must prove the motive of a crime is a significant departure from basic criminal law principles. Basic criminal law principles are that a motive — a good motive, a political motive, any motive — does not excuse the commission of a crime, but that motive is not itself an essential element of a crime.

In response to concerns that many of us voiced, there was an addition to Bill C-36 that said political and religious speech by itself will not be an act of terrorism unless it falls under one of the other definitions. However, I believe that you could safely remove the requirement of proof of political, religious or ideological motive. This would respond to some of the concerns that Canadians have that if their politics or religion is similar to that of people who commit acts of terrorism, they might get lumped in with those individuals.

It would also make any trial much simpler. Right now, if someone is charged with a terrorist activity, the police must collect evidence about his or her politics and religion in order to do their job properly, and the prosecutor must introduce that evidence.

There are a number of offences in both the Anti-terrorism Act and the Security of Information Act that could do with some trimming. For example, section 83.03(b) of the Criminal Code makes it a crime to provide property, financial or related services to a terrorist group. It does not matter if there is any connection with terrorist activity. On its face, does that offence apply to a lawyer who is providing services to a terrorist group?

Similarly, section 83.19 of the code has onerous duties on all Canadians to report any dealings with terrorist activities. This is different than the proceeds of crime legislation, which quite appropriately puts duties on financial institutions. Again, the reporting duties in section 83.19, on their face, could apply to lawyers.

In addition, there are a number of provisions in the offences in the Anti-terrorism Act that are subclauses — often with the appropriate heading “prosecution” — that try to force the courts to adopt the broadest possible reading of what the offence in question is. Many of those subclauses could be lopped off, keeping the basic offence. The offence would then be subject to

Si vous n’êtes pas disposés à aller jusqu’à adopter la définition du terrorisme fournie dans l’arrêt *Suresh*, il y a tout de même des possibilités d’intervenir au niveau de la définition d’« activité terroriste » que donne le projet de loi C-36 pour modifier le Code criminel. La première concerne l’exigence voulant que l’accusé ait agi au nom d’un objectif ou d’une cause de nature politique, religieuse ou idéologique.

En exigeant de la Couronne qu’elle établisse le motif d’une activité criminelle, on s’éloigne considérablement des principes de base du droit criminel. Suivant ces principes, l’existence d’un mobile — qu’il s’agisse d’un motif valable, d’un motif politique ou de quelque motif que ce soit — ne justifie pas la perpétration d’un crime, mais le motif ne constitue pas en soi un élément essentiel d’une infraction criminelle.

À la suite de préoccupations exprimées par bon nombre d’entre nous, un amendement a été apporté au projet de loi C-36 pour préciser que l’expression d’une pensée, d’une croyance ou d’une opinion de nature politique ou religieuse ne constitue une activité terroriste que si elle répond aux autres critères de la définition. Toutefois, j’estime que vous pouvez supprimer sans crainte l’exigence voulant que l’on prouve l’existence d’un mobile politique, religieux ou idéologique. Vous rassureriez ainsi les Canadiens qui craignent d’être assimilés aux individus qui commettent des actes terroristes au nom de croyances politiques ou religieuses qu’ils partagent avec eux.

Cela permettrait en outre de simplifier grandement tous les procès. À l’heure actuelle, lorsqu’une personne est accusée de participer à une activité terroriste, les services de police doivent recueillir des preuves au sujet de ses allégeances politiques et religieuses et le procureur doit produire ces éléments de preuve.

Il y aurait un important travail d’élargage à faire pour ce qui est des infractions prévues dans la Loi antiterroriste et dans la Loi sur la protection de l’information. Par exemple, en vertu de l’alinéa 83.03b) du Code criminel, une personne se rend coupable d’un acte criminel si elle rend disponible à un groupe terroriste des biens ou des services financiers ou connexes. L’existence de liens directs avec une activité terroriste n’a pas d’importance. Si l’on prend cette disposition au pied de la lettre, y a-t-il infraction lorsqu’un avocat fournit ses services à un groupe terroriste?

De la même façon, l’article 83.19 impose à tous les Canadiens le lourd fardeau de déclarer tout lien avec des activités terroristes. Cette application est bien différente des dispositions sur les fruits de la criminalité qui impose, comme il se doit, ce fardeau aux institutions financières. Encore là, les exigences prévues à l’article 83.19 pourraient théoriquement s’appliquer aux avocats.

En outre, un certain nombre de paragraphes de la Loi antiterroriste — souvent sous la rubrique appropriée « poursuite » — décrivent des infractions en essayant de forcer les tribunaux à adopter l’interprétation la plus large possible de ce qui constitue l’infraction en question. On pourrait retrancher bon nombre de ces paragraphes en conservant l’infraction première.

judicial interpretation in accordance with fundamental principles of law and proportionality. Some of these subclauses are section 83.18(2) (3) (4), section 83.19(2), section 83.21(2) and 83.22(2).

Then we come to the Security of Information Act, the revamped Official Secrets Act. One part of that, which you should look at carefully, is the quite crucial definition of what is prejudicial to the safety or interests of Canada in section 3 of that act. That is an extremely long definition that, for example, includes:

... an offence against the laws of Canada or a province that is punishable by a maximum term of imprisonment of two years or more in order to advance a political, religious or ideological purpose, objective or cause ...

Again, I question whether it is necessary to include that in the ambit of our Official Secrets Act.

There are a number of offences that could be trimmed to respond to concerns about over-breadth; concerns that anti-terrorism laws — although they have not so far — might be applied to street protests by the anti-globalization movement, or strikes by nurses or blockades by Aboriginal people. The risk of that happening is both a threat to our civil liberties and a misallocation of resources. We should define these terms as tightly as possible in order to get at what the Supreme Court of Canada has recognized is the essence of what the world understands as terrorism — murder and maiming of innocent civilians.

My next point is a need for increased fairness in listing individuals and groups as terrorists. One of the features of the Anti-terrorism Act, and indeed a feature of anti-terrorism regimes throughout the world now, is that we are increasingly allowing the executive to list groups and individuals as terrorists. This started at the UN and now is coming down to the domestic level.

If we are to go down that route, we need to think about a means to have an *ex ante* adversarial challenge before someone is put on the list. The act does, quite appropriately, have quite some *ex post* judicial safeguards. However, if you are wrongly put on that list — and this has happened to at least one person in Canada — it will not be fun. You may eventually get your name removed, but once you are on that list, you are a virtual pariah. No one will deal with you for the legitimate fear of being charged with various criminal offences. Therefore, we need some way to have an *ex ante* adversarial challenge.

It may not always be feasible to give the person or group being listed a heads-up. However, I recommend that we should look at the British system of having special advocates putting the

L'infraction pourrait alors être soumise à l'interprétation des tribunaux conformément aux principes fondamentaux du droit et de la proportionnalité. Je pense notamment aux paragraphes 83.18(2) (3) et (4), 83.19(2), 83.21(2) et 83.22(2).

Nous en arrivons maintenant à la Loi sur la protection de l'information, la version révisée de la Loi sur les secrets officiels. J'attire notamment votre attention sur la définition très importante de ce qu'on entend par « porter atteinte à la sécurité et aux intérêts de l'État » à l'article 3 de cette loi. Il s'agit d'une définition extrêmement longue qui inclut notamment :

... en vue de contribuer à la réalisation d'un objectif politique, religieux ou idéologique... une infraction à une loi fédérale ou provinciale punissable d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus...

Encore là, je me demande s'il est nécessaire d'inclure de telles dispositions dans le cadre de notre Loi sur les secrets officiels.

Il y a un certain nombre d'infractions qui pourraient ainsi être retranchées afin de répondre aux préoccupations quant à la portée excessive de la Loi antiterroriste et aux inquiétudes voulant qu'elle puisse — bien que le cas ne se soit pas encore présenté — s'appliquer aux manifestants du mouvement antimondialiste, aux infirmières en grève ou aux Autochtones érigeant une barricade. Les risques encourus en ce sens sont à la fois une menace d'atteinte à nos libertés civiles et une mauvaise utilisation de nos ressources. Nous devrions définir ces termes aussi étroitement que possible pour en arriver à ce que la Cour suprême du Canada a reconnu comme étant l'essence même de ce que le monde entend par terrorisme — à savoir le meurtre et la mutilation de civils innocents.

Ma recommandation suivante porte sur la nécessité d'une inscription plus équitable des individus et des groupes terroristes. L'une des caractéristique de la Loi antiterroriste, qu'elle partage d'ailleurs maintenant avec les régimes antiterroristes de toute la planète, est le fait que l'on permet de plus en plus au pouvoir exécutif d'inscrire des individus et des groupes sur des listes de terroristes. Ce processus enclenché aux Nations Unies se poursuit maintenant dans les différents pays.

Si nous souhaitons procéder de cette façon, il faut envisager la mise en place d'un mécanisme d'opposition contradictoire *ex ante* auquel une personne aurait accès avant de voir son nom apparaître sur la liste. La loi prévoit, comme il se doit, différentes possibilités d'examen judiciaire *a posteriori*. Cependant, si votre nom se retrouve par erreur sur cette liste — et c'est déjà arrivé à au moins une personne au Canada —, c'est loin d'être agréable. Il se peut que vous puissiez faire rayer votre nom, mais une fois que vous y êtes apparu, vous devenez un paria potentiel. Personne ne voudra faire des affaires avec vous en raison de la crainte, tout à fait légitime, d'être accusé de différentes infractions criminelles. Par conséquent, il est nécessaire d'établir un mécanisme quelconque d'opposition contradictoire *ex ante*.

Il n'est pas toujours possible d'aviser à l'avance une personne ou un groupe dont le nom sera inscrit sur la liste. Je recommande toutefois que l'on jette un coup d'œil sur le système britannique

government to its test. My concern here is both with fairness and accuracy, in the event that an individual might be wrongly listed as a terrorist.

One thing that my current research is delving into is the risk of miscarriages of justice in terrorism cases. If there is such a miscarriage, as there was in the United Kingdom in the Irish cases in the 1970s stemming from horrific bombings by the IRA, not only does that impose a huge unfairness on the individual wrongfully convicted or tarnished as a terrorist, it also means that we do not get the actual terrorist. By permitting adversarial challenge to the government's position and testing the government's case, we can ensure people are treated fairly and that we have as much accuracy as possible in making these decisions.

My next recommendation, which I initially made before you in November 2001, is that there is a need for a commitment to anti-discrimination principles in the Anti-terrorism Act. Dean Monahan has talked to you about the *Oakes* case. One of the important and praiseworthy dimensions of that landmark case was that it applied not only principles of proportionality, but principles of non-discrimination. It found that using immigration law as anti-terrorism law constituted an unjustified form of discrimination.

I believe we should have some form of tangible commitment to anti-discrimination in the Anti-terrorism Act. I give the government credit for setting up the cross-cultural round table on security issues as one response to concerns in a number of communities in Canada. However, there would be nothing wrong with amending the Criminal Code to prohibit racial, ethnic and religious profiling.

We have proposed some draft legislative language to address the issue. It seems that many organizations come before you and say, "We do not employ racial or religious profiling. That would be bad policing; that would be bad security work." If that is the case, putting that into the law in a tangible way, with reporting and remedial requirements, would be an important statement that, yes, Canada is concerned about terrorism, Canada will combat terrorism, but Canada will not do that in a discriminatory way.

Indeed, an anti-profiling amendment to the Criminal Code would serve a purpose beyond the security context. The Ontario Court of Appeal has recently recognized that racial profiling does exist in criminal justice, and this would be an added remedy in response to racial profiling by any law enforcement official for any reason.

A further recommendation is to look at the security certificate system under the Immigration and Refugee Protection Act. I realize it is a matter of some controversy whether this is even within the

où les cas sont confiés à des défenseurs spéciaux qui peuvent scruter et contester les raisons du gouvernement. Mes préoccupations à ce titre relèvent à la fois d'un souci d'équité et d'exactitude pour éviter que des personnes soient indûment inscrites sur une liste de terroristes.

Mes recherches actuelles portent notamment sur les risques d'erreur judiciaire dans les causes de terrorisme. Si une telle erreur se produit, comme ce fut le cas au Royaume-Uni dans les causes irlandaises des années 1970 à la suite des bombardements horribles de l'IRA, non seulement y a-t-il injustice flagrante à l'égard de la personne accusée à tort d'être terroriste, mais cela signifie également que les vrais terroristes s'en tirent. En permettant une opposition contradictoire à la décision du gouvernement et une contestation des raisons qu'il invoque, nous pouvons assurer que ces gens sont traités équitablement et que les décisions rendues sont aussi justes que possible.

Ma recommandation suivante, que je vous ai déjà soumise en novembre 2001, traite de la nécessité d'un engagement en faveur des principes antidiscriminatoires dans la Loi antiterroriste. Le doyen Monahan nous a parlé de l'arrêt *Oakes*. L'un des aspects les plus importants et les plus louables de cet arrêt-clé réside dans l'application non seulement des principes de proportionnalité, mais aussi des principes de non-discrimination. On y a déterminé que le recours à la Loi sur l'immigration comme loi antiterroriste constituait une forme injustifiée de discrimination.

Je crois qu'il devrait exister une forme quelconque d'engagement tangible à l'égard de l'antidiscrimination dans la Loi antiterroriste. Je félicite le gouvernement d'avoir mis sur pied la Table ronde transculturelle sur la sécurité pour répondre aux préoccupations soulevées dans de nombreuses communautés canadiennes. Cependant, il conviendrait tout à fait de modifier le Code criminel de manière à interdire le profilage racial, ethnique et religieux.

Nous avons proposé un libellé pour les modifications législatives à cet effet. Il semble que de nombreuses organisations viennent vous dire qu'elles n'ont pas recours au profilage racial ou religieux car ce serait une erreur stratégique de leur part et un travail inefficace du point de vue de la sécurité. Si tel est le cas, en intégrant à la loi de façon concrète ces dispositions, assorties des exigences applicables en matière de déclaration et de recours, on affirmerait, chose importante, que le Canada est effectivement préoccupé par le terrorisme, qu'il compte bien le combattre, mais qu'il ne le fera pas de manière discriminatoire.

En fait, un amendement antidiscriminatoire au Code criminel servirait des fins qui dépassent les simples limites de la sécurité. La Cour d'appel de l'Ontario a récemment reconnu que le profilage racial existait bel et bien au sein de la justice criminelle et un tel amendement offrirait un recours additionnel aux victimes d'un tel profilage effectué par une entité responsable de l'application de la loi pour quelque raison que ce soit.

Je recommande également un examen du système des certificats de sécurité en application de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés. Je suis conscient que certains peuvent se

mandate of your committee as it examines the Anti-terrorism Act. However, there are a number of reasons why it would be justifiable for this committee to look at that part of the Immigration Act.

Dean Monahan has already mentioned that the Supreme Court of Canada, in the investigative hearing case, extended the immunity provisions to apply to immigration proceedings. The Supreme Court of Canada has already recognized that, in many terrorism cases, there is an immigration nexus. That is one reason why this committee can legitimately look at security certificates.

Another reason is that this committee has been asked to look at not only the provisions, but the operation of the Anti-terrorism Act. The fact is there has been only one criminal charge under the Anti-terrorism Act against a person who was a Canadian citizen. In all other cases where we have identified people who are suspected of terrorism, security certificates under the Immigration Act have been used. In an operational sense, that is where most of the action has been.

Further, there are some functional similarities between the provisions in section 78 of the Immigration and Refugee Protection Act and provisions in section 38 of the Canada Evidence Act, which is part of the Anti-terrorism Act; sections 6 and 7 of the Charities Registration Act, which is also part of the Anti-terrorism Act; and sections 83.05 and 83.06 of the Criminal Code, which is also part of the Anti-terrorism Act. All of these provisions share the same architecture. They allow the government to present evidence in closed court to a judge, which is then never disclosed to the person who is affected. In the immigration and the security certificate case, the effect on the person is quite dramatic, because that person may be subject to long-term detention.

In all of these areas, we are getting into compromising the judicial function. Dean Monahan is right that the judge is an important safeguard, but the judge is there in a room with only government lawyers. Frankly, that is not the way our legal system is designed to work. We live in an adversarial system, not an inquisitorial one. If we were having this conversation in France or Germany, the concerns might be somewhat different.

For all of these reasons, you have a closed hearing with only one side being present. Why? There is a legitimate concern about the leakage of national security information, which may have been provided by our allies.

The question then is: How do you deal with this in the most proportionate manner? Obviously, protecting the confidentiality of this information is a legitimate objective; but is excluding the person affected from the room the best, most proportionate means to pursue this objective?

demander si cette question s'inscrit effectivement dans le mandat de votre comité dans le cadre de son examen de la Loi antiterroriste. Cependant, différentes raisons justifient l'étude par votre comité de ces dispositions de la Loi sur l'immigration.

Le doyen Monahan a déjà mentionné que la Cour suprême du Canada, dans sa décision sur les audiences d'investigation, a étendu l'application des dispositions prévoyant l'immunité aux audiences d'immigration. La Cour suprême du Canada a déjà reconnu que, dans de nombreux cas de terrorisme, il y a un lien avec l'immigration. C'est l'une des raisons qui justifierait un examen du système de certificats de sécurité par ce comité.

Une autre raison réside dans le fait que votre comité a reçu pour mandat d'examiner non seulement les dispositions de la Loi antiterroriste, mais aussi son fonctionnement. Il faut noter qu'il y a eu seulement une accusation criminelle à l'égard d'un citoyen canadien en application de la Loi antiterroriste. Dans tous les autres cas où des personnes étaient suspectées de terrorisme, des certificats de sécurité ont été utilisés en application de la Loi sur l'immigration. Du point de vue opérationnel, c'est donc surtout de ce côté-là qu'on a été actif.

De plus, il existe certaines similarités fonctionnelles entre les dispositions de l'article 78 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et celles de l'article 38 de la Loi sur la preuve au Canada, qui fait partie de la Loi antiterroriste; des articles 6 et 7 de la Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance, qui fait également partie de la Loi antiterroriste; et des articles 83.05 et 83.06 du Code criminel, qui fait aussi partie de la Loi antiterroriste. Toutes ces dispositions partagent la même infrastructure. Elles permettent au gouvernement de présenter des éléments de preuve directement au juge sans que la personne concernée n'en soit informée. Dans le cas de l'immigration et des certificats de sécurité, une telle mesure peut avoir des effets assez dramatiques sur la personne parce qu'elle risque une détention à long terme.

Dans toutes ces applications, nous mettons en péril le bon fonctionnement de l'appareil judiciaire. Le doyen Monahan a raison de dire que le juge constitue en lui-même une importante mesure de protection, mais il se retrouve uniquement en présence des avocats du gouvernement. En toute franchise, ce n'est pas la façon dont notre système judiciaire est censé fonctionner. Nous avons opté pour un système contradictoire, et non pour un régime inquisitoire. Si nous avions la même conservation en France ou en Allemagne, les préoccupations pourraient sans doute être un peu différentes.

Pour toutes ces raisons, on tient une audience à huis clos en présence d'une seule partie. Pourquoi? On craint, en toute légitimité, une fuite de renseignements touchant la sécurité nationale, qui peuvent avoir été fournis par nos alliés.

La question qui se pose est la suivante : comment composer avec ce problème en respectant le principe de proportionnalité? Protéger la confidentialité de ces renseignements est certes un objectif légitime, mais doit-on pour ce faire exclure de la salle la personne concernée?

This leads me to my last recommendation, and that is what the British have done. That is an interesting story because, in part, they learned from our Security Intelligence Review Committee (SIRC), which looked at security certificates. The British system allows security cleared special advocates — a Q.C. with a security certificate — to go into that room whenever the person affected has to leave the room for legitimate national security reasons. The special advocate can then play the role of the adversary and challenge the government's case.

That is an area where Parliament can really show some leadership. There are applications going before the courts to ask for special advocates — *amicus curiae* — with security clearances to be appointed. To my knowledge, a special advocate has been appointed in only one case.

I believe that the courts are looking to Parliament for leadership here. A security-cleared Queen's Counsel is someone who can test the government's case. Again, I believe that is important to ensure that we treat the affected individual as fairly as possible, and that we have the most accurate decisions possible about who is or is not a terrorist.

Senator Kinsella: Professor Monahan seems to be allowing for some derogation of human rights provided there is appropriate oversight or judicial review mechanisms in place. Are there some areas in which there ought not to be any derogation of rights?

Mr. Monahan: It would be helpful if you had given a specific example. I think that there needs to be a balance between the interests of individual liberty on the one hand and national security or the threat of terrorism on the other. The question then is how to strike that balance in a way that is proportional. In my judgment, at least broadly speaking, Bill C-36 has done that. However, if you have some specific concerns, I would be happy to offer any comments I might have.

Senator Kinsella: I would like to get your views on the relationship between security and other rights in terms of the unity of human rights. You mentioned the Law Lords' decision and how they were testing it against the provisions of the European Convention on Human Rights, to which Canada is not a party.

Canada is a party to the International Covenant on Civil and Political Rights. It has been in force for Canada under international human rights' law since August 1976. Article 4 uses much the same language as that section of the European Convention, namely:

In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties ... may take measures derogating from their obligations ... to the extent strictly required by the exigencies of the situation ...

That is the same language as in the European Convention. It goes on, and this is the obligation to which we as a country are subject:

Ceci m'amène à ma dernière recommandation, une mesure adoptée par les Britanniques. Chose intéressante, les Britanniques ont tiré des leçons de notre Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS), qui s'est penché sur les certificats de sécurité. Le système britannique permet à des conseillers spéciaux détenant une habilitation de sécurité — des conseillers de la Reine ayant une cote de sécurité — d'entrer dans cette salle lorsque la personne concernée doit se retirer pour des motifs de sécurité nationale. Le conseiller spécial peut alors servir d'opposition et contester la preuve du gouvernement.

Voilà un domaine où le Parlement peut vraiment prendre les devants. Les tribunaux reçoivent des demandes pour la nomination de conseillers spéciaux — *amicus curiae* — détenant une habilitation de sécurité. À ma connaissance, un conseiller spécial n'a été nommé qu'une seule fois.

Je crois que les tribunaux demanderont au législateur de faire preuve de leadership dans ce dossier. Un conseiller de la Reine ayant une habilitation de sécurité peut contester la preuve du gouvernement. Encore une fois, cette fonction est importante, à mon avis, pour garantir que nous traitons la personne concernée en toute équité et que c'est avec le plus grand discernement que nous décidons qui est un terroriste et qui ne l'est pas.

Le sénateur Kinsella : Le professeur Monahan semble admettre une certaine dérogation aux droits de la personne si des mécanismes de surveillance ou de contrôle judiciaire sont en place. Y a-t-il des domaines où pareille dérogation ne peut s'appliquer?

M. Monahan : Ce serait plus facile si vous donniez un exemple précis. Je crois qu'il faut trouver un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts de la liberté individuelle et, d'autre part, la sécurité nationale ou la menace terroriste. La question est alors de savoir comment trouver cet équilibre en suivant le principe de proportionnalité. De façon générale, je crois que le projet de loi C-36 y est arrivé. Toutefois, si vous avez des exemples précis, je serais ravi de les commenter.

Le sénateur Kinsella : J'aimerais savoir ce que vous pensez des liens entre la sécurité et les autres droits, sur le plan de l'unité des droits de la personne. Vous avez mentionné la décision des Lords juristes et comment ils avaient confronté cette décision aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, dont le Canada n'est pas signataire.

Le Canada est partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ce pacte s'applique au Canada depuis août 1976 en vertu du droit international en matière de droits de la personne. L'article 4 ressemble beaucoup à ce que dit la Convention européenne :

Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties ... peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte ...

Ce sont les mêmes propos que l'on trouve dans la Convention européenne. Continuons la lecture et voyons ce que sont nos obligations en tant que pays :

... provided that such measures ... do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

It further states that there is no derogation from Article 6, which deals with the right to life; or Article 7, which says:

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

There is no derogation from Article 8, which prohibits people from being held in slavery; Article 11, which prohibits imprisonment merely on the ground of an inability to fulfill a contractual obligation; Article 15, being held guilty of a criminal offence on account of an act or omission that did not constitute a criminal offence at the time when it was committed; Article 16, a right to recognition everywhere as a person before the law; Article 18, the right to freedom of thought, conscience and religion. There is no derogation in any of these instances.

It speaks to Professor Roach's concern about racial profiling. There are some rights that are not subject to derogation, according to this instrument. Do you have any concerns that the Anti-terrorism Act needs to be analyzed to see whether we are derogating in ways that we ought not to derogate?

We did have some evidence here from some security people, because I asked them about their techniques of interrogation. I was not overly comfortable when they testified that there were a lot of grey areas.

Mr. Monahan: My comment would be that all of those rights that you indicate are protected by our Charter of Rights and Freedoms. We do not need to look to the international covenant. All of those rights against torture, slavery and right to life are protected under the Charter. The government has not derogated from the rights under section 33, which would potentially have been available in relation to section 7 of the Charter, and sections 7 to 14, which detail those types of protections — protections against cruel and unusual treatment, for example.

The full panoply of Charter rights are available and can be invoked in the event that it is held or argued that the provisions of Bill C-36 involve derogation from any of those rights. What the court has said in the section 83.28 case is that the procedure for investigative hearings satisfies the Charter of Rights. Therefore, no derogation exists in that sense from the rights that are protected because, in the court's view, the balance that is struck is a broadly acceptable one.

Mr. Roach: On the issue of derogation, there is one disturbing possibility that arises from the Supreme Court of Canada's decision in *Suresh*, which is that the court said while it was generally in violation of the Charter to deport someone to face torture, it was not saying never.

... sous réserve que ces mesures ... n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale.

On poursuit en précisant qu'aucune dérogation n'est autorisée à l'article 6, qui traite du droit à la vie, et à l'article 7, qui se lit comme suit :

Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.

Il n'y a aucune dérogation possible à l'article 8, qui interdit l'esclavage; à l'article 11, qui interdit d'emprisonner une personne pour la seule raison qu'elle n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle; à l'article 15, qui interdit de condamner quelqu'un pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux au moment où elles ont été commises; à l'article 16, qui prévoit que chacun a droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique; à l'article 18, qui porte sur le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. On ne peut déroger à aucune de ces dispositions.

On revient ici aux préoccupations du professeur Roach concernant le profilage racial. Selon ce pacte, certains droits ne peuvent pas faire l'objet d'une dérogation. Croyez-vous qu'il faudrait analyser la Loi antiterroriste pour voir si nous dérogeons à des obligations auxquelles nous ne devrions pas déroger?

Certains responsables des questions de sécurité sont venus témoigner devant nous et je leur ai posé des questions sur leurs techniques d'interrogatoire. Je n'étais pas très à l'aise lorsqu'ils ont affirmé qu'il y avait beaucoup de zones grises dans ce domaine.

M. Monahan : Je dirais que tous les droits que vous avez mentionnés sont protégés par la Charte canadienne des droits et libertés. Nul besoin d'invoquer le pacte international. Tous ces droits contre la torture et l'esclavage et le droit à la vie sont protégés en vertu de la Charte. Le gouvernement n'a pas porté atteinte aux droits prévus à l'article 33, qui auraient pu être visés par l'article 7 de la Charte, et n'est pas allé à l'encontre des articles 7 à 14, qui précisent ces types de protection — la protection contre le traitement cruel et inhabituel, par exemple.

Tous les droits prévus dans la Charte peuvent être invoqués s'il est établi ou soutenu que les dispositions du projet de loi C-36 portent atteinte à l'un ou l'autre de ces droits. Ce que la Cour a dit relativement à l'article 83.28, c'est que la procédure d'investigation est conforme à la Charte des droits. Par conséquent, les droits qui sont protégés n'ont pas été violés puisque, de l'avis de la Cour, on est arrivé à un équilibre généralement acceptable.

M. Roach : Concernant la dérogation, la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh* ouvre la porte à une possibilité un peu troublante, puisque la Cour a affirmé qu'il est généralement contraire à la Charte d'expulser une personne pour qu'elle soit soumise à la torture, sans préciser toutefois que c'était toujours le cas.

It would be my view that should a Canadian court hold that is indeed the case, we would be in derogation of both the international covenant and the Convention Against Torture.

Back in the 1970s, when the Supreme Court was fairly deferential in its interpretation of the Canadian Bill of Rights, this Parliament sometimes went beyond the court when it came to protecting rights. This Parliament said we will not have capital punishment even though the Supreme Court said it was consistent with the Canadian Bill of Rights to do so.

I think that the *Suresh* exception is, quite frankly, an embarrassment for Canada internationally. In September, I was speaking at an international law conference in Austin, Texas. Trying to explain to a foreign audience that the Supreme Court of Canada, a leader in incorporating international law, actually will contemplate that it may one day be constitutional to deport someone to face torture was not an easy sell.

In my paper, I suggest that Parliament should think about closing the *Suresh* loophole, because it is my understanding that although that has not taken place yet in Canada, there are arguments being made that there are some exceptional cases in which we will send someone to a country where there is a serious risk that they will be subject to torture.

I take your point seriously. We have to be concerned not only about compliance with the Charter, which is important, but also compliance with our international law obligation.

Senator Kinsella: We all witnessed the situation in Afghanistan. When members of the Canadian Armed Forces apprehended some prisoners and turned them over to the American forces, some of them ended up in Guantanamo Bay. Given what you told us about due process in Guantanamo Bay, do you think that the Canadian Forces ought to have secured from the Americans, before they turned over these prisoners, the kinds of assurances that the Attorney General can seek from jurisdictions that impose the death penalty? That is, that we would not turn over a person accused if that jurisdiction was going to seek a death penalty.

Mr. Roach: Absolutely, senator, especially because when those handovers took place, this was years before the *Razul v. Bush* decision. My preference in that situation would have been to follow the decision British forces made in Afghanistan, which was not to turn over any prisoners to the United States because of a fear that they would drop into a legal black hole at Guantanamo.

Mr. Monahan: I do not think the government should be handing anyone over to face torture, nor do I think the government is suggesting it would want to do so.

We should be cautious about making after-the-fact judgments about what particular soldiers may have had to do with particular circumstances of the case. I would not want to comment on that.

It is appropriate for a government and the military not to hand over individuals without seeking the kinds of assurances that I think you would be looking for. As well, our own Supreme Court

Si un tribunal canadien rendait une décision dans ce sens, je crois que nous serions en violation du pacte international et de la Convention contre la torture.

Dans les années 70, lorsque la Cour suprême appliquait pratiquement à la lettre la Déclaration canadienne des droits, le Parlement canadien décidait parfois de passer outre aux décisions de la Cour en matière de protection des droits. Le Parlement a décidé d'abolir la peine de mort même si la Cour suprême disait qu'elle était conforme à la Déclaration canadienne des droits.

Pour dire franchement, la décision exceptionnelle rendue dans l'affaire *Suresh* met le Canada dans l'embarras sur la scène internationale. En septembre, j'ai été invité à prendre la parole lors d'une conférence sur le droit international qui avait lieu à Austin, au Texas. Il n'était pas facile d'expliquer à un auditoire étranger que la Cour suprême du Canada, un chef de file dans l'application du droit international, puisse envisager de déclarer constitutionnelle l'expulsion d'une personne qui sera soumise à la torture.

Dans mon document, je propose que le Parlement ferme la porte de sortie créée par l'arrêt *Suresh*, parce que même si la situation ne s'est pas encore présentée au Canada, certains soutiennent qu'il y aura des cas exceptionnels où nous enverrons une personne dans un pays où elle risque sérieusement d'être soumise à la torture.

Votre argument est fort valable. Nous devons nous préoccuper non seulement du respect de la Charte, ce qui est important, mais aussi du respect de nos obligations en matière de droit international.

Le sénateur Kinsella : Nous avons tous été témoins de ce qui s'est produit en Afghanistan. Lorsque des membres des Forces armées canadiennes ont fait des prisonniers et les ont livrés aux forces américaines, certains de ces prisonniers se sont retrouvés à Guantanamo Bay. Compte tenu de ce que vous nous avez dit concernant l'application régulière de la loi à Guantanamo Bay, croyez-vous que les Forces canadiennes auraient dû obtenir des Américains, avant de leur remettre ces prisonniers, les garanties que le procureur général peut demander à des pays qui imposent la peine de mort? Cela signifie que nous pourrions refuser de livrer un accusé à un pays qui cherche à lui infliger la peine de mort.

M. Roach : Absolument, monsieur le sénateur, d'autant plus que ces transferts ont eu lieu plusieurs années avant la décision rendue dans *Razul c. Bush*. J'aurais préféré que l'on prenne la même décision que les forces britanniques en Afghanistan, c'est-à-dire de ne pas livrer des prisonniers aux États-Unis par crainte qu'ils n'aboutissent dans un vide juridique à Guantanamo.

M. Monahan : Je ne crois pas que le gouvernement devrait livrer une personne qui sera soumise à la torture, et je ne crois pas que le gouvernement ait l'intention de le faire.

On doit se garder de porter des jugements après coup sur ce que des soldats auraient pu faire dans des circonstances particulières. Je ne voudrais pas faire de commentaire à ce sujet.

Le gouvernement et les forces militaires sont en droit de ne pas livrer des personnes sans obtenir les garanties auxquelles vous vous attendez. De plus, la Cour suprême du Canada a dit

of Canada, in *Suresh*, largely said that the government should not hand over prisoners to face torture. It is true there is this reference to exceptional circumstances, but I do not regard that as being the main focus of the court's judgment in that particular case.

Senator Smith: Dean Monahan, I think your approach from the outset was you felt that there had been a positive balance struck between the realities of the terrorist threat and civil liberties, but that there were a few areas that could be fine-tuned. Professor Roach has set out several of his ideas. Perhaps you could send a follow-up letter in which you would set out some of the fine tuning that you are promoting. In the meantime, are there any that you would particularly like to emphasize?

Mr. Monahan: I had suggested some modifications to the definition of terrorist activity earlier; perhaps there could be some minor modifications there. The definition is complicated, probably necessarily, because of all of the concerns that have been raised in the testimony before the Senate and House of Commons in 2001. The definition became longer and more complicated in order to narrow down the definition of terrorism.

For example, the requirement that there be an ideological or political purpose to the activity in question for it to satisfy the definition of terrorist activity is an additional requirement that the Crown must prove to satisfy the offence. It is not a broader definition. It is not a definition that is easier for the government to satisfy; it places a more onerous or restrictive burden on the government. Partly, what you saw in the process of amendments in 2001 was that the definition got longer and more complicated to rule out the possibility, for example, that a lawful strike or demonstration might be used as the circumstances that would prompt the government to arrest someone for a terrorist activity.

I do find attractive the suggestion that Professor Roach has made for special advocates in the context of investigative hearings. I agree that judges have a very difficult situation at present in trying to deal with the evidence that is brought before them. It would be appropriate, and in fact an improvement, to provide for some opportunity for special advocates or friends of the court to put the opposing case.

Generally speaking, however, the broad outlines of the balance that has been struck are appropriate, in my view.

Senator Smith: I must confess that when we were talking about the political, religious or ideological purpose, I was musing, would an anarchist qualify? Probably, but you could have almost absurd ideological debates, which I think makes your point.

Professor Roach, I was very intrigued on your point about failure to report. I have to confess that I have not overly focused on that, but would some element of *mens rea* exist there? If you were totally unaware or ignorant of it, is that a defence?

Mr. Roach: Section 83.1 (1) says:

clairement, dans l'arrêt *Suresh*, que le gouvernement ne doit pas livrer des prisonniers pour qu'ils soient soumis à la torture. Il est vrai qu'il est fait mention de circonstances exceptionnelles, mais ce n'est pas, à mon avis, l'essentiel de la décision rendue par la Cour dans cette affaire précise.

Le sénateur Smith : Monsieur Monahan, vous avez fait valoir depuis le début qu'un équilibre a été établi entre la menace terroriste et les libertés civiles, mais qu'il y avait place à amélioration. Le professeur Roach nous a fait part de plusieurs idées. Vous pourriez peut-être nous envoyer une lettre dans laquelle vous pourriez exposer certaines améliorations que vous préconisez. Entre-temps, y a-t-il certains aspects dont vous aimeriez parler davantage?

M. Monahan : J'ai parlé un peu plus tôt de modifier la définition de l'activité terroriste; quelques modifications mineures pourraient être apportées. La définition est compliquée, probablement par nécessité, en raison de toutes les inquiétudes qui ont été soulevées devant le Sénat et la Chambre des communes en 2001. La définition est devenue plus longue et plus compliquée pour mieux cerner la notion de terrorisme.

Par exemple, pour être considérée comme une activité terroriste, cette dernière doit viser un objectif idéologique ou politique, ce qui s'ajoute aux preuves que la Couronne doit établir. Ce n'est pas une définition élargie. Il n'est pas facile pour le gouvernement de satisfaire aux exigences de cette définition; elle lui impose un fardeau plus lourd ou plus restrictif. Les modifications apportées en 2001 ont fait en sorte que la définition est devenue plus longue et plus compliquée pour éviter, par exemple, que le gouvernement ne profite d'une manifestation ou d'une grève légale pour arrêter quelqu'un pour une activité terroriste.

La proposition faite par le professeur Roach concernant la nomination de conseillers spéciaux pour les investigations me plaît. Je conviens que les juges se trouvent dans une situation très difficile à l'heure actuelle lorsqu'ils doivent traiter de la preuve qui leur est présentée. Il conviendrait, et ce serait en fait une amélioration, de permettre à des conseillers spéciaux ou à des intervenants désintéressés de servir d'opposition.

En général, toutefois, je crois qu'il est juste de dire qu'un équilibre a été atteint.

Le sénateur Smith : Je dois admettre que lorsque nous parlions des objectifs politiques, religieux ou idéologiques, je me suis demandé si un anarchiste entrerait dans la définition. Probablement, mais nous pourrions alors avoir des débats idéologiques presque absurdes, ce qui confirme ce que vous avez dit, je crois.

Monsieur Roach, j'ai été très intrigué lorsque vous avez parlé du fait de ne pas déclarer. Je dois admettre que je n'y ai pas réfléchi beaucoup, mais est-ce que l'intention coupable ne doit pas être démontrée? Si vous ignoriez tout à fait une chose, pouvez-vous l'invoquer comme moyen de défense?

M. Roach : Le paragraphe 83.1(1) dit ceci :

Every person in Canada and every Canadian outside Canada shall disclose forthwith to the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police and to the Director of the Canadian Security Intelligence Service (a) the existence of property in their possession or control that they know is owned or controlled by or on behalf of a terrorist group ...

There is a requirement of knowledge that it is owned by a terrorist group. As a lawyer, if you are asked to do something with respect to property, I suppose you would have a defence if you say you did not know it was owned by a terrorist group. However, if you did know, you have an obligation to report. The failure to report is a very serious criminal offence.

Senator Smith: My last point, and I would invite you both to comment, is almost a philosophical thing. How do you approach the question of racial profiling in a practical way that is realistic and not just trying to be politically correct?

I have a personal observation to illustrate my point. My in-law is a very successful businessman in India, who travels all around the world. I asked him if his ability to travel had changed much since 9/11. He looked at me as if I were crazy; why would I even ask such a question? Of course it had, even though his religion was not listed on his passport. It went without saying.

Racial profiling can be totally subconscious. I want to be sensitive to this, and keep us from falling into that trap. How do you approach this issue in an effective, but not naive way?

Mr. Monahan: I believe it is important that this committee and Parliament affirm that racial profiling is not acceptable as a practice in this country. That affirmation must be there, and there should be appropriate safeguards in place to ensure that racial profiling is not occurring.

There is some dispute about what the facts are on the ground; but as a society committed to non-discrimination and equal rights, it is essential that we stand firmly for the principle that you are not judged by your race, religion or ethnic origin. The government has to make it clear in the directions it takes and the directives it issues that it will not be tolerated.

Mr. Roach: I agree completely. There was serious discussion of a non-discrimination clause being added to Bill C-36. I believe it was part of the special committee's first recommendation and that Minister Cotler, who was then a backbencher, also made that proposal. We need to have a national debate about the appropriate form to do this.

I have proposed something in my paper; and there also have been other proposals of following the model of the Emergencies Act. I do not believe that act is as robust as it should be since it is

Toute personne au Canada et tout Canadien à l'étranger est tenu de communiquer sans délai au directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et au commissaire de la Gendarmerie royale du Canada : a) l'existence des biens qui sont en sa possession ou à sa disposition et qui, à sa connaissance, appartiennent à un groupe terroriste, ou qui sont à sa disposition...

La personne doit savoir que le bien appartient à un groupe terroriste. En tant qu'avocat, si on vous demande de faire quelque chose relativement à un bien, je suppose que vous auriez un moyen de défense en disant que vous ignoriez que le bien appartenait à un groupe terroriste. Toutefois, si vous le savez, vous êtes tenu de le déclarer. Le fait de ne pas déclarer est une infraction criminelle très grave.

Le sénateur Smith : Ma dernière question, que je vous invite tous deux à commenter, est de nature presque philosophique. Comment doit-on traiter du profilage racial d'une manière pratique et réaliste et non seulement dans un souci de rectitude politique?

J'ai un exemple personnel à vous donner. Mon beau-père est un homme d'affaires très prospère en Inde, qui voyage partout dans le monde. Je lui ai demandé si sa capacité de voyager avait beaucoup changé depuis le 11 septembre. Il m'a regardé comme si j'étais devenu fou; pourquoi poser la question? Bien sûr qu'elle avait changé, même si sa religion n'était pas inscrite sur son passeport. C'était évident.

Le profilage racial peut être totalement inconscient. Il faut le reconnaître et éviter de tomber dans ce piège. Comment traiter de cette question de façon efficace et sans être naïf?

M. Monahan : À mon avis, il importe que votre comité et le Parlement affirment que le profilage racial n'est pas une pratique acceptable au Canada. Cette affirmation doit être faite et des mesures appropriées doivent être mises en place pour empêcher le profilage racial.

On peut argumenter sur ce qui se passe dans les faits, mais en tant que société qui préconise la non-discrimination et l'égalité des droits, il est essentiel de soutenir sans réserve le principe voulant que vous ne pouvez être jugé en fonction de votre race, votre religion ou votre origine ethnique. Le gouvernement doit montrer clairement, dans les orientations qu'il prend et dans les directives qu'il émet, que le profilage racial ne sera pas toléré.

M. Roach : Je suis tout à fait d'accord avec vous. L'ajout d'une clause de non-discrimination dans le projet de loi C-36 a fait l'objet de sérieuses discussions. Je crois que c'était dans le cadre de la première recommandation du comité spécial et que le ministre Cotler, qui était alors un simple député, avait fait cette proposition. Nous devons tenir un débat national sur la façon de s'y prendre.

J'ai fait une proposition dans mon document, et il y a eu d'autres propositions inspirées de la Loi sur les mesures d'urgence. Je ne crois pas que cette loi soit assez musclée

tioned to the issue of detention. It only applies to Canadians and permanent residents of Canada, where the House of Lords' non-discrimination principle applies to all non-citizens.

There must be consultation and discussion among many more people to figure out what is the most appropriate statutory and administrative vehicle to deal with this problem. This is a problem not only in the security area; this is also a problem in many Canadian cities.

I spoke about the Ontario Court of Appeal. The Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba made a finding in the *J.J. Harper* case. They found that he was stopped by police, with tragic consequences, in large part because he was an Aboriginal man walking late at night in Winnipeg.

There are many dimensions to this issue, and we need all the help we can get in order to deal with it constructively. We also need to deal with the fear that may underlie some elements of racial profiling. One of the lessons of equality law is that people can engage in discriminatory behaviour even though they are not bad people or necessarily intended to do wrong.

Senator Andreychuk: Professor Monahan, you seem to indicate that the law has withstood the test and needs only a few minor changes. One approach we could take is to determine whether what we did three years ago has passed certain tests — one judicial and one, perhaps, public.

Professor Roach, your approach is that now that we have had three years, what can we do better on proportionality and on our approach to terrorism that is more acceptable in terms of rights and freedoms and our understanding of the laws? It will not surprise you that I fall into the second camp.

It seems that is where the House of Lords was going, and I would like your comments on that. While they have made changes, the signal I heard was that it is not only the law that is important in this whole issue of terrorism; the process is important as well. People need to understand the process and the choices that are made, and they should be the least intrusive ones possible.

This is the point where we reassess proportionality, having three years' experience. Perhaps one would draw a proportionality line differently after 9/11 than we do now, or at least we should think about that. I would like you to comment broadly on that.

Professor Monahan said that the proportionality test is fine because we have judicial involvement in these investigative hearings, as they have in Britain. The court is there to balance the prosecution, et cetera. That does not seem to withstand the test that you had put out at the start — that surely Canadian

puisqu'elle est liée à la question de détention. Elle ne s'applique qu'aux Canadiens et aux résidents permanents au Canada, tandis que le principe de non-discrimination préconisé par la Chambre des lords s'applique à tous les non-citoyens.

Beaucoup plus d'intervenants doivent prendre part aux consultations et aux discussions pour déterminer quel serait l'instrument législatif et administratif le plus approprié à cet égard. Ce n'est pas seulement un problème du domaine de la sécurité; c'est un problème qui touchent de nombreuses villes canadiennes.

J'ai parlé de la Cour d'appel de l'Ontario. L'Enquête publique sur l'administration de la justice et les peuples autochtones au Manitoba a permis de tirer une conclusion dans l'affaire *J. J. Harper*. On a constaté que ce dernier avait été arrêté par la police, avec les conséquences tragiques que l'on connaît, en grande partie parce que c'était un Autochtone qui marchait dans une rue de Winnipeg en pleine nuit.

Cet enjeu comporte de nombreuses dimensions, et nous avons besoin de toute l'aide possible pour l'aborder de façon constructive. Il faut également composer avec la peur que sous-tendent certains aspects du profilage racial. Le droit en matière d'égalité nous a appris, entre autres, que les gens peuvent avoir un comportement discriminatoire même s'ils ne sont pas de mauvaises personnes et qu'ils n'ont pas nécessairement l'intention de faire du tort.

Le sénateur Andreychuk : Professeur Monahan, vous semblez indiquer que la loi a passé le test et qu'elle ne requiert que quelques changements mineurs. Nous pourrions déterminer si ce que nous avons fait il y a trois ans a passé certains tests, dont un judiciaire et un public.

Monsieur Roach, vous nous proposez de nous demander ce que nous pouvons faire pour améliorer la proportionnalité après ces trois années et pour rendre notre façon de lutter contre le terrorisme plus acceptable du point de vue des droits et libertés et de notre interprétation des lois. Vous ne serez pas surpris de constater que je suis dans l'autre camp.

Il semble que c'est la direction que la Chambre des lords a prise, et j'aimerais savoir ce que vous en pensez. Ils ont certes apporté des modifications, mais ce que j'entends me porte à croire qu'il n'y a pas que la loi qui soit importante dans la lutte contre le terrorisme : la façon de faire est tout aussi importante. Les gens doivent comprendre la façon de faire et les choix qui sont faits, lesquels devraient être les moins intrusifs possibles.

Nous en sommes à l'étape de réévaluer la proportionnalité après trois ans d'expérience. Peut-être établirions-nous une règle de proportionnalité différente aujourd'hui qu'après le 11 septembre, du moins devrions-nous y réfléchir. J'aimerais connaître vos observations générales à ce sujet.

M. Monahan a dit que le test de la proportionnalité convenait tout à fait, parce que ces audiences d'enquête ont des ramifications judiciaires, tout comme en Grande-Bretagne. Les tribunaux sont là pour peser le pour et le contre dans les poursuites. Cela ne semble pas répondre aux critères que vous

society would want any person who finds themselves in an investigative hearing to have some ability to contest the factual basis upon which the detention is ordered.

The test of an impartial judiciary is good; but we have found that there are a host of things that go into a prosecution's case that the judge is not the best equipped to look at. Certainly, in the *Arar* case, the judge had a different idea than the prosecution and the government on what should be disclosed to the public.

Professor Roach said that perhaps having a security advocate would be a way to alleviate some of the concerns I have. Are you concerned, Professor Monahan, about having some way to ensure that the process is known and understood within all of the rights that we have tried to gain, and the balances we have tried to strike?

Mr. Monahan: It would seem that I have been put in a position to defend this legislation. I do not know why I have that role but I will step forward and carry on.

I am trying to look at it from a broad perspective rather than at all the details of the legislation. When someone is arrested, they must be brought before a judge within a period of either 24 hours or 48 hours. The judge then has to determine the circumstances that have given rise to that person's detention, and whether the detention should continue.

The judge is able to assess the evidence that has given rise to the detention. In contrast, under the previous legislation in the United Kingdom, the only test was the existence of reasonable suspicion on the part of the Home Secretary.

Would it be better if the individual had access to the evidence, and if the judge assessed to what extent the government should be required to disclose that evidence in certain cases? It is not practical, given the nature of the activity this individual is alleged to have taken part in, to say we should provide that evidence to this individual because that could have the effect of compromising the ability of the security services to effectively monitor and provide protection against some of these activities. I recognize that it is undesirable to have to strike that balance, but it seems to be a necessary evil.

Senator Andreychuk: Would not the committee and Canadians be better off if we were to say that we have heard competing arguments? One of those is that the accused has no idea what he is facing. How do you make a case? How do you say that you are not a particular person when you do not know whether they have a confusion of names or whether they have substantive information? You do not know the case made against you. That is not something we have grown up to respect.

We also know that many things put under national security are not matters of national security when they are exposed to the light of day. It is simply easier to do it that way. Rather than to take three paragraphs to say that those items should not be disclosed, it is easier to take the whole page.

vous êtes donnés au début, parce que la société canadienne veut être certaine que toute personne faisant l'objet de poursuites a le pouvoir de contester les faits qui justifient sa détention.

Le test d'impartialité du système judiciaire est valable, mais le juge ne semble pas être la personne la mieux outillée pour examiner une foule d'éléments dans une poursuite. Dans l'affaire *Arar*, il est clair que le juge avait une idée différente du poursuivant et du gouvernement sur les informations qui devaient être rendues publiques.

M. Roach a dit que l'un des moyens d'apaiser certaines de mes inquiétudes serait de désigner un conseiller spécial. Est-il important pour vous, monsieur Monahan, que notre façon de faire soit élaborée et interprétée à la lumière de tous les droits que nous avons essayé de gagner et de l'équilibre que nous essayons d'atteindre?

M. Monahan : Il semble que j'aie été mis en position de défendre cette loi. Je ne sais pas pourquoi ce rôle me revient, mais je vais m'en acquitter.

J'essaie d'analyser cette loi dans une perspective générale plutôt que dans ses menus détails. Lorsqu'une personne est arrêtée, elle doit comparaître devant un juge dans une période de 24 ou 48 heures. Le juge doit ensuite déterminer les circonstances qui ont mené à la détention de cette personne et décider si la détention va se poursuivre.

Le juge est en mesure d'évaluer les preuves qui ont mené à la détention. À l'opposé, en vertu de l'ancienne loi au Royaume-Uni, le seul critère était celui de l'existence d'un doute raisonnable aux yeux du secrétaire de l'Intérieur.

Serait-il préférable que la personne ait accès à la preuve et que le juge évalue dans quelle mesure le gouvernement devrait être tenu de la divulguer, dans certains cas? Ce n'est pas pratique, compte tenu de la nature des activités auxquelles la personne est accusée de s'être livrée, de dire que nous devrions montrer le dossier de la preuve à cette personne, parce que cela pourrait compromettre la capacité des services de sécurité d'effectuer une surveillance efficace et de protéger la population contre certaines activités. Je reconnais qu'il est souhaitable de viser l'équilibre, mais cela me semble être un mal nécessaire.

Le sénateur Andreychuk : Ne serait-il pas préférable pour le comité et les Canadiens que nous puissions affirmer avoir entendu des contre-arguments? Il y a notamment celui que l'accusé n'a aucune idée que ce dont il est accusé. Comment peut-il se défendre? Comment peut-on expliquer qu'on n'est pas telle personne si l'on ne sait pas s'il y a eu confusion dans les noms ou si le poursuivant a des renseignements substantiels? La personne ne connaît pas les accusations qui pèsent contre elle. Ce n'est pas le type de situation qu'on nous a appris à accepter.

Nous savons aussi que beaucoup de présumés risques à la sécurité nationale ne compromettent finalement pas la sécurité nationale lorsqu'ils sont mis en lumière. Il est plus simple de procéder ainsi. Plutôt que de dire que trois paragraphes ne devraient pas être divulgués publiquement, il est plus simple de prendre toute la page.

We have seen conflicting issues around that. Should we not try to find a compromise, such as a security advocate, that would give some assurance that these things are being discussed behind close doors and that some balance is being struck?

Mr. Monahan: I have already indicated that some provision for an amicus curiae or a special advocate would be a beneficial improvement. I agree with you, senator, on that point.

Mr. Roach: The special advocate would be of most use in the immigration security certificate process, and in the listing process under the Criminal Code and the Charities Registration Act. My understanding of the investigative hearing is that an explicit provision gives that person the right to retain and instruct counsel.

We have to be careful about the suggestion of a special advocate; although it is a more proportional response, it is second best. It applies only in those cases where, for legitimate reasons, we cannot disclose the evidence to the person affected. Therefore, the next best thing is to disclose that to a security-cleared individual who can represent the interests of that person.

In the British system, the special advocate can talk to the person affected before he or she sees the security information. Once the special advocate sees the security information, he or she can no longer talk to that person. I do not want to suggest that it is a panacea. Special advocates could find themselves in difficult positions because they would be in receipt of information on someone identifying an individual as being in a certain location in a certain country. That could well be information that the government could not give to the individual because it was received from a foreign intelligence agency. Or, if the government were to divulge the information, it could have the effect of revealing a foreign intelligence operation.

If government cannot give the information to the person affected, it is given to the special advocate, who can at least pursue it and test the government's case. However, the special advocate cannot go back to the person affected and ask, "Do you know Mr. X, because Mr. X says you are part of al Qaeda?" It may well be that the detainee says that Mr. X has a vendetta against him that goes back to high school.

The special advocate is in the spirit of proportionality; and the spirit of proportionality is such that there are few absolute rights, although torture is one. Under the spirit of proportionately, you try to protect the right as much as possible, consistent with the societal objective for limiting the right.

Senator Joyal: I would like to come back to the Immigration and Refugee Protection Act because both of our witnesses referred to it. Over the past three years, the government has resorted more often to the Immigration Act than to the Anti-terrorist Act.

Il y a des questions en litige. Ne devrions-nous pas essayer de trouver un compromis, comme la désignation d'un conseiller en sécurité, pour que ces questions soient toujours discutées derrière des portes closes et qu'on vise toujours l'équilibre?

M. Monahan : J'ai déjà mentionné qu'il serait avantageux de prescrire la participation d'un intervenant désintéressé ou d'un conseiller spécial. Je suis d'accord avec vous sur ce point, madame le sénateur.

M. Roach : Les services de ce conseiller spécial seraient très utiles dans l'analyse des certificats de sécurité d'immigration et dans l'établissement des listes prévues au Code criminel et à la Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance. D'après ce que je comprends sur les audiences d'enquête, la loi dicte explicitement que la personne a le droit de retenir les services d'un avocat.

Nous devons être prudents avant de recommander la nomination d'un conseiller spécial; bien que cette mesure assure une meilleure proportionnalité, elle n'est qu'un deuxième choix. Elle ne s'appliquerait que lorsque pour diverses raisons légitimes, nous ne pouvons divulguer la preuve à la personne visée. Par conséquent, la deuxième meilleure chose à faire serait de communiquer l'information à une personne ayant reçu une autorisation de sécurité et pouvant représenter les intérêts de l'accusé.

Selon le régime britannique, le conseiller spécial peut parler à la personne accusée avant de prendre connaissance de l'information sur la sécurité. Une fois que le conseiller spécial en a pris connaissance, il ne peut plus parler à l'accusé. Je ne dirais pas que c'est une panacée. Le conseiller spécial pourrait se trouver en position difficile, parce qu'il serait mis au courant de témoignages attestant qu'une personne s'est trouvée à tel endroit, dans tel pays. Le gouvernement pourrait très bien être dans l'impossibilité de communiquer ces renseignements à la personne visée s'il les a reçus d'un service du renseignement étranger. Par ailleurs, si le gouvernement divulguait ces renseignements, il pourrait du même coup révéler de l'information sur les activités d'un service du renseignement étranger.

Si le gouvernement ne peut pas transmettre l'information à la personne accusée, elle est communiquée au conseiller spécial, qui peut au moins contester la thèse du gouvernement. Cependant, le conseiller spécial ne peut pas demander à la personne accusée : « Connaissez-vous M. X, parce qu'il dit que vous faites partie d'al-Qaïda? » Le détenu pourrait très bien dire que M. X veut se venger de lui depuis ses années d'école.

Le conseiller spécial a pour but d'assurer une meilleure proportionnalité, et la proportionnalité signifie qu'il doit y avoir peu de droits absolus, bien que la torture en soit un. Dans un esprit de proportionnalité, on essaie de protéger les droits le mieux possible, tout en gardant en tête l'objectif social de limiter certains droits.

Le sénateur Joyal : J'aimerais revenir à la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, dont nos deux témoins ont parlé. Depuis trois ans, le gouvernement a eu recours plus souvent à la Loi sur l'immigration qu'à la Loi antiterroriste.

You are aware that a person who is the object of a security certificate under the Immigration Act can be detained indefinitely without being brought before a judge. I am surprised that you did not refer to it in your presentation, considering the principles that Lord Bingham stated in his decision, the concurrence of other judges and the fact that we have to maintain the principle of natural justice in our system. When a person is deprived of his or her liberty, he or she has the right to appear before a court to rebut the accusation.

Similarly, when a person faces valid detention under a security certificate, he or she cannot be detained ad infinitum on the basis that the individual might face torture if deported. The individual should be brought back before the court to seek preventive measures that would limit the risk that the person represents.

In a recent court case decision — I will not mention any names because the proceedings are ongoing — the conditions imposed on the person included not using the Internet or cell phones, wearing of a special bracelet, surrendering his or her passport, et cetera. In other words, before detaining the person in prison, there should be an opportunity to look into what I call proportional measures. These would ensure that the security is satisfied before we detain that person for five, six or seven years without that person being offered “the principle of our penal system,” which is rehabilitation.

Anyone who is sentenced in our system has to go through two different kinds of initiatives to serve his penalty — imprisonment or whatever fine or other punishment is imposed and, of course, a rehabilitation process. Security certificates hurt those principles without the person being offered anything. Even though it is difficult to fight ideological convictions — you cannot measure the minds of people and the level of the strength of their conviction — nevertheless, the opportunity for rehabilitation should be given to that person.

There is something wrong in the system. We all are aware that security is important, but the word “threat” is overused. Propaganda during times of fear is another issue; but to limit our discussion to the legal aspect of it, we should be very conscious that at each step we try to maintain the principle and spirit of our system as much as we can. If we find out, after 15 years, that there is something lacking in our Immigration Act — because it has become, to a point, the most effective tool for the security service — we should look at it.

Would you care to comment?

Mr. Roach: I have just returned from New Zealand, where the New Zealand Supreme Court read a right to bail into their version of the security certificate. This is mentioned at footnote 60 of my paper.

I agree that the Immigration Act did not receive the sort of attention, and perhaps criticism, that the Anti-terrorism Act received in 2001. As a result, the Anti-terrorism Act has been used with restraint but the Immigration Act has become a much more state-friendly instrument.

Vous savez qu’une personne faisant l’objet d’un certificat de sécurité en vertu de la Loi sur l’immigration peut être détenue indéfiniment sans que son cas ne soit soumis à un juge. Je suis surpris que vous n’en ayez pas parlé dans votre présentation, compte tenu des principes que lord Bingham a énoncés dans sa décision, soit l’approbation d’autres juges et le fait que nous devons préserver le principe de justice naturelle dans notre système. Lorsqu’une personne est privée de sa liberté, elle a le droit de comparaître devant un tribunal pour contester l’accusation portée contre elle.

De même, lorsque la détention d’une personne se fonde sur un certificat de sécurité valide, cette personne ne peut être détenue indéfiniment sous prétexte qu’elle risque la torture si on la déporte. Elle doit comparaître de nouveau devant un tribunal afin que des mesures préventives soient prises pour limiter le risque qu’elle représente.

Dans une décision récente — je ne citerai pas de noms, parce que la poursuite n’est pas terminée — on a interdit à la personne d’utiliser Internet ou un téléphone cellulaire, on l’a obligée à porter un bracelet spécial, on a confisqué son passeport, et cetera. Autrement dit, il devrait être possible d’envisager ce que j’appellerais des mesures proportionnelles pour d’assurer la sécurité plutôt que de détenir une personne pendant cinq, six ou sept ans sans lui offrir le « principe de notre système pénal », c’est-à-dire la réhabilitation.

Toute peine imposée dans notre système comporte deux volets : la personne est emprisonnée, doit payer une amende ou satisfaire toute autre sanction qui lui est imposée, puis, bien sûr, il y a un processus de réhabilitation. Les certificats de sécurité contreviennent à ces principes, parce qu’aucune chance n’est donnée à la personne. Bien qu’il soit difficile de combattre des convictions idéologiques, parce qu’on ne peut pas lire dans l’esprit des gens ni mesurer la force de leurs convictions, il faut tout de même leur offrir la chance de se réhabiliter.

Il y a quelque chose qui cloche dans le système. Nous savons tous très bien que la sécurité est importante, mais le mot « menace » est surutilisé. La propagande en temps de peur est une autre question, mais pour restreindre notre discussion aux aspects juridiques, nous devons être bien conscients qu’à chaque étape, nous devons essayer de maintenir le principe et l’esprit de notre système autant que possible. Si nous nous rendons compte au bout de 15 ans qu’il manque quelque chose dans notre Loi sur l’immigration — parce qu’elle a fini par devenir l’outil le plus efficace pour assurer la sécurité — nous devrions la revoir.

J’aimerais connaître votre point de vue.

M. Roach : J’arrive de la Nouvelle-Zélande, où la Cour suprême a statué qu’il existait un droit de mise en liberté sous caution dans la version néo-zélandaise du certificat de sécurité. Je le mentionne à la note en bas de page 60 de mon article.

Je conviens que la Loi sur l’immigration n’a pas reçu autant d’attention, et peut-être autant de critiques, que la Loi antiterroriste en 2001. Par conséquent, la Loi antiterroriste a été utilisée avec réserve, tandis que la Loi sur l’immigration est devenue un outil beaucoup plus convivial pour l’État.

You mentioned the issue of grounds of release. Just recently, the Federal Court of Appeal, although it upheld the security certificates, said that the grounds for detaining someone under a security certificate are so broad — danger to public safety or security, danger to the security of Canada or national security, detriment to national interest, danger to the safety of any person, et cetera — that anyone can see or discover whatever they wish in them.

I think that the courts are indicating that we need to go back over the Immigration Act and make clear that we detain people as a last resort; that, according to the principles of proportionality, we release people when that will not present a danger to the safety of the public. However, I would point out that as people are starting to come out of Guantanamo Bay, often not to be prosecuted in their home countries, we are starting to realize that perhaps the danger of some of these people can be subject to conditions.

Does that mean we need an equivalent to the British control orders that Professor Monahan mentioned? My position would be that section 83.3 of the Anti-terrorism Act does provide a possibility for reconnaissance for someone who a judge reasonably suspects could be involved with terrorism. I would think twice about importing the British control orders because we have our own version of that in section 83.3, and it is subject to special reporting requirements. It is also subject to the sunset in five years.

My final point is that we would have to go back and look at the Immigration Act, which does not require proof beyond a reasonable doubt. The Immigration Act says something exists if there are reasonable grounds to believe that it has occurred, is occurring or may occur. A person can be detained under a security certificate for being a member of a terrorist organization. A deliberate decision was made not to make that a crime in the Anti-terrorism Act.

We need to go back and look at these two acts and ask, “Are we treating these different groups of people in the same way?” The House of Lords has reminded us that there is a risk of discrimination against non-citizens, and that the immigration law shortcut to anti-terrorism law is not necessarily a solution to the problem of international terrorism.

It is true that the immigration law can and has detained people for years — you have to ask whether that is necessary — but the end product is to remove them from Canada. If they really are terrorists, why would we not want to prosecute them and punish them as terrorists in a criminal court of law, with all of the traditional safeguards that we have fought to retain in the Anti-terrorism Act?

Mr. Monahan: I did not comment on the immigration provisions because it was my understanding that was not before your committee. However, based on the principles I have set forth

Vous avez parlé des motifs de remise en liberté. Tout récemment, la Cour d’appel fédérale, bien qu’elle ait maintenu la validité des certificats de sécurité, a statué que les motifs de détention en vertu d’un certificat de sécurité étaient si vastes que quiconque pouvait y voir ce qu’il voulait. On compte parmi ces motifs les risques pour la sécurité ou la sûreté publiques, les risques pour la sécurité du Canada ou la sécurité nationale, les préjudices à l’intérêt national, les risques pour la sécurité d’une personne, et ainsi de suite.

Je pense que les tribunaux nous indiquent que nous devons revoir la Loi sur l’immigration et préciser que la détention de personnes vient en dernier recours, c’est-à-dire que selon les principes de proportionnalité, nous mettons en liberté les gens qui ne représentent pas un danger pour la sécurité du public. Cependant, je soulignerais que depuis que des prisonniers sont libérés à Guantanamo Bay, bien souvent pour ne pas être poursuivis dans leur pays d’origine, nous commençons à nous rendre compte que le danger que certaines de ces personnes représentent peut s’assortir de certaines conditions.

Cela signifie-t-il qu’il nous faut un équivalent des ordonnances de réglementation britanniques dont M. Monahan a parlé? À mon avis, l’article 83.3 de la Loi antiterroriste nous offre la possibilité qu’un juge reconnaisse qu’une personne peut raisonnablement être soupçonnée de se livrer à des activités terroristes. J’y songerais à deux fois avant d’imiter l’ordonnance de réglementation des Britanniques, parce que nous en avons notre propre version dans l’article 83.3 et qu’elle contient des obligations de rapport spécial. De plus, cette disposition doit être réexaminée au bout de cinq ans.

Bref, nous allons devoir revoir la Loi sur l’immigration, qui n’exige pas de preuve hors de tout doute raisonnable. Selon la Loi sur l’immigration, une chose existe s’il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle a eu lieu, qu’elle a lieu ou qu’elle risque d’avoir lieu. Une personne peut être détenue si elle fait l’objet d’un certificat de sécurité indiquant qu’elle fait partie d’une organisation terroriste. On a délibérément décidé de ne pas en faire de crime aux termes de la Loi antiterroriste.

Nous devons prendre du recul, examiner ces deux lois et nous demander si nous traitons ces différents groupes de personnes de la même façon. La Chambre des lords nous rappelle qu’il y avait un risque de discrimination contre les non-citoyens et que l’option de recourir à la Loi sur l’immigration plutôt qu’à la Loi antiterroriste n’est pas nécessairement une solution au problème du terrorisme international.

Il est vrai que depuis des années, des personnes sont détenues en vertu de la Loi sur l’immigration — vous venez justement de demander si c’était nécessaire —, mais l’objectif final consiste à les renvoyer du Canada. Si ce sont vraiment des terroristes, pourquoi ne voudrions-nous pas les poursuivre et les punir comme des terroristes devant un tribunal pénal, avec toutes les mesures de sécurité habituelles que nous nous sommes battus pour conserver dans la Loi antiterroriste?

M. Monahan : Je n’ai pas commenté les dispositions sur l’immigration, parce que j’avais l’impression qu’elles n’étaient pas soumises à l’examen de votre comité. Cependant, suivant les

in my brief, I think that there would be serious questions that would arise in relation to the Immigration Act provisions for security certificates.

As Professor Roach has mentioned, the Federal Court of Appeal in December upheld the validity of those provisions, but I expect that case will be before the Supreme Court of Canada. I do not know if the Supreme Court has granted leave yet; but, in any event, it will have the opportunity to review very carefully, and in the context of a detailed argument from counsel, whether the measures set forth in the act in that case are appropriate.

I do not think it is necessary for the committee to delve into that at this point. There will be a full argument before the Supreme Court of Canada, and an opportunity for the court to review that in light of the House of Lords' decision, which I believe came just one week after the Federal Court decision here.

Senator Joyal: Nevertheless, the Immigration Act should be streamlined with the anti-terrorist legislation. You have two measures aimed at the same purpose, which is to remove someone who represents a threat to security. In one case, there is one procedure to be followed and some kind of consequences, and in the other there is another procedure. On the basis of the decision of the Law Lords, it seems to me there is something there that needs to be streamlined.

Of course, the Supreme Court may rule on the issue; but I do not if the court has accepted to hear the case or when we might get a decision on it. According to our term of reference from the Senate, we have a one-year mandate to report on this matter. If the Supreme Court comes forward with some comments within that year, we could include the recommendations or whatever comments it made on that case.

When Justice Minister Cotler appeared before the committee recently, we raised this issue with him, especially concerning deportation to countries where there might be torture. He suggested that we reflect on it. In the months ahead, if you can bear to look into that and come back to us with a brief, that would certainly be helpful to us in our deliberations.

Even though our term of reference is strictly the anti-terrorism legislation, as Senator Andreychuk has expressed, we must have a holistic approach to this. Otherwise, we are not paying respect to the reality that the government is using more legislation to achieve its security ends in Canada.

That being said, I would like to come back to your recommendation about the anti-discrimination clause. You salute the government's initiative to establish a round table. However, as you know, sometimes a statutory advisory body is given statutory recognition in an act. Would it not be better to have it recognized as an obligation for the government to act, considering that it took three years for it to come forward with the suggestion on the eve of the review?

principes que j'ai énoncés dans mon mémoire, je pense qu'il y a lieu de se poser de sérieuses questions sur les dispositions de la Loi sur l'immigration concernant les certificats de sécurité.

Comme M. Roach l'a mentionné, la Cour d'appel fédérale a confirmé la validité de ces dispositions en décembre, mais je ne serais pas surpris que cette affaire soit portée devant la Cour suprême du Canada. Je ne sais pas si la Cour suprême a déjà autorisé l'appel, mais quoi qu'il en soit, elle aura l'occasion de revoir ce jugement en détail et dans le contexte du plaidoyer exhaustif d'un avocat, afin de déterminer si les mesures proposées dans la loi sont appropriées dans ce cas.

Il ne me semble pas nécessaire que le comité étudie la question en profondeur pour l'instant. La Cour suprême du Canada en fera une analyse exhaustive et pourra examiner la question à la lumière de la décision de la Chambre des lords, qui a été rendue une semaine seulement après la décision de la Cour fédérale ici.

Le sénateur Joyal : Quoi qu'il en soit, la Loi sur l'immigration devrait être harmonisée à la loi antiterroriste. Il y a deux mesures pour le même objectif, celui d'expulser toute personne qui représente une menace pour la sécurité. Dans un cas, il y a une procédure et certaines conséquences et dans l'autre, une autre procédure. D'après la décision rendue par les lords juristes, il me semble qu'il y aurait lieu de simplifier la chose.

Bien sûr, la Cour suprême pourra se prononcer sur la question, mais je ne sais pas si le tribunal a déjà accepté d'entendre cette affaire ni quand il est susceptible de le faire. Selon le mandat que le Sénat nous a confié, nous avons un an pour faire rapport de cette question. Si la Cour suprême fait des observations au cours de cette même année, nous pourrions inclure à notre rapport les recommandations ou les observations qu'elle a faites sur la question.

Lorsque le ministre de la Justice, M. Cotler, a comparu devant le comité récemment, nous lui avons posé la question, particulièrement en ce qui concerne la déportation vers des pays où il y a des risques de torture. Il nous a proposé de réfléchir à la question. Dans les prochains mois, si vous pouviez vous pencher sur la question et nous envoyer un autre mémoire, vous nous aideriez certainement dans nos délibérations.

Même si l'ordre de renvoi que nous avons reçu porte exclusivement sur la Loi antiterroriste, comme le sénateur Andreychuk l'a souligné, nous devons avoir une vision globale. Autrement, nous ne tiendrions pas compte du fait que le gouvernement utilise plus de lois pour arriver à ses fins en matière de sécurité au Canada.

Cela étant dit, j'aimerais revenir sur vos recommandations au sujet de la clause antidiscrimination. Vous félicitez le gouvernement d'avoir mis sur pied une initiative de table ronde. Cependant, comme vous le savez, il arrive qu'un organisme consultatif prévu par la loi fasse l'objet d'une consécration législative. Ne serait-il pas mieux de reconnaître que le gouvernement a l'obligation d'agir, étant donné qu'il a fallu trois ans pour présenter la suggestion à la veille de la révision?

Mr. Roach: The cross-cultural round table has had only one meeting; we need to see how it works out. However, its formation signals the government's recognition that it has a problem with at least perceptions among some communities. It may be a first step.

Another valuable step would be to have an anti-profiling provision in the Anti-terrorism Act through the Criminal Code, and also to look at the issue of security certificates. There is a danger that if it is just a round table, and if it is just a generic non-discrimination clause without any teeth, it will be seen as symbolism. That will not respond to the concerns in a number of communities, which I think the government recognizes have some legitimacy in terms of perception or they would not have established the cross-cultural round table.

Mr. Monahan: It is important to recognize there is an anti-discrimination clause in section 15 of the Charter of Rights and Freedoms. It applies not just to laws; the Supreme Court has held that it also applies to administrative practices pursuant to laws. Therefore, if racial profiling takes place, it would be subject to challenge under the Charter.

The danger with adding a clause is that the devil is in the details. The provision of such a clause could give rise to unintended consequences, such as actions being brought based on such a clause that would not have any basis in fact. My concern is that it would be difficult, and perhaps counterproductive, to attempt to draft such a clause into the legislation.

I have no argument against it in principle; I agree that the power should not be used in a discriminatory fashion. Neither should any other powers in any other law be used in a discriminatory fashion, but we generally rely on the anti-discrimination provision in the Charter as the protection against that.

Senator Andreychuk: One of the benefits of being in the Senate is that we are here long enough to have some corporate memory. I sat on the committee reviewing the new immigration bill, I think it was Bill C-11 at that time, and the talk was not about terrorism. It was about how we could efficiently and quickly handle immigration cases. There was concern about harbouring terrorists and war criminals, and not dealing efficiently with them; but it was only after that that we started looking at global terrorism, which I think is a little different.

On the point about what happens if we deport these people, not only do we send them where they may be tortured, but we may send them where nothing happens to them except that they begin their activities again. Three years ago, the minister came and answered our questions about the definition of terrorism — I think it was Minister McLellan at the time. She said that since it was not defined within the act or regulations, there was some understanding or undertaking that they would try to marry the definitions. That has not happened.

M. Roach : La table ronde interculturelle n'a tenu qu'une seule séance; nous devons attendre pour voir comment elle fonctionne. Cependant, la mise sur pied de cette table ronde indique que le gouvernement reconnaît qu'il y a un problème avec les perceptions dans certaines collectivités. C'est peut-être un premier pas.

Il serait aussi important d'avoir une clause anti-profiling dans la loi antiterroriste, par le truchement du Code criminel, et aussi d'examiner la question des certificats de sécurité. Si l'on s'en tient uniquement à la table ronde et si l'on crée une clause antidiscrimination générale qui n'est pas vigoureuse, cette dernière pourrait être perçus comme une clause symbolique. Cela ne répondra pas aux préoccupations d'un certain nombre de collectivités, et le gouvernement reconnaît le bien fondé de ces préoccupations par rapport à la perception, sinon, il n'aurait pas mis sur pied une table ronde interculturelle.

M. Monahan : Il est important de reconnaître qu'il y a une clause antidiscrimination dans l'article 15 de la Charte canadienne des droits et libertés. Cette clause ne s'applique pas uniquement aux lois; la Cour suprême a statué qu'elle s'applique également aux pratiques administratives découlant des lois. Par conséquent, s'il advient des cas de profilage racial, ces cas pourraient être contestés en vertu de la Charte.

Le risque d'ajouter une clause, c'est que bien souvent, les choses se gâtent quand on entre dans le détail. L'établissement d'une telle clause pourrait avoir des conséquences imprévues, par exemple des poursuites intentées en vertu de cette clause qui seraient sans fondement. J'ai peur qu'il ne soit difficile et peut-être non productif de rédiger une telle clause pour la loi.

Je ne m'oppose pas à cela en principe; je conviens qu'il ne faut pas utiliser le pouvoir pour des fins discriminatoires. Aucun pouvoir ni aucune loi devrait être utilisé de cette manière, mais nous avons en général recours à la clause antidiscrimination de la Charte pour nous protéger contre cela.

Le sénateur Andreychuk : L'un des avantages d'être au Sénat, c'est que nous sommes ici depuis assez longtemps pour avoir une certaine mémoire institutionnelle. J'ai siégé au comité qui a examiné le nouveau projet de loi sur l'immigration, je crois que c'était le projet de loi C-11, et on ne parlait pas de terrorisme. On cherchait plutôt à savoir comment régler les cas d'immigration de manière efficace et rapide. On voulait éviter d'héberger des terroristes et des criminels de guerre et les traiter de manière efficace; c'était avant que l'on s'occupe de terrorisme mondial, ce qui, je crois, est un peu différent.

Quant à savoir ce qui se passe si nous déportons ces personnes, il y a non seulement le risque de les envoyer dans un pays où ils peuvent être torturés mais aussi dans un pays où ils ne seront pas punis et où ils peuvent reprendre leurs activités. Il y a trois ans, le ministre est venu et a répondu à nos questions au sujets de la définition du terrorisme — je crois que c'était la ministre McLellan à l'époque. Elle disait que puisque ce terme n'était pas défini dans la loi ni dans les règlements, on allait essayer de jumeler les définitions. Cela ne s'est pas produit.

Perhaps there is a need to have the minister back at some time to talk about how these two pieces of legislation fit together. There was an expectation that in light of global terrorism, the government would look at that. Some of these are the unintended consequences.

The government says it does not do racial profiling; however, the minister indicated that there is something called “risk management.” If we put in a non-discrimination clause, and if we are not racially profiling but doing something called risk management, are we going to be better off on the issue? Or is it better to try to deal with it under the Charter, trying to get the community to understand why racial profiling is wrong and building a culture in the security system and in the government that is non-discriminatory?

Mr. Roach: It is a continuum. Training and outreach are important. It would be quite valuable if we could agree statutorily on what racial profiling is. Any debate that I have attended about racial profiling tends to get bogged down on definitions.

Our proposed definition of racial profiling is relying on the prohibited grounds in selecting a person for investigation or heightened scrutiny. It may be that risk management, if it is based upon race, religion or national origin, might fall within that definition. We would have a clearer debate if we attempted statutorily, or even just in the report, to say what we meant by racial profiling. That is where I disagree that section 15 of the Charter necessarily provides an adequate remedy. Once you are into section 15 of the Charter, you are into this 15-point test for what constitutes substantive discrimination.

What I think this committee could contribute is coming to an agreement. You might want to hear from other human rights’ commissions — the Ontario Human Rights Commission recently completed a report on racial profiling — in order to understand those definitions and try to come to a specific definition. We all seem to agree that it is wrong and that we are not doing it, but we do not know exactly what it is. It would be nice to nail that one down in some form.

Senator Kinsella: We obviously must grapple with different kinds of rights. We have been talking about section 15 rights. The Minister of Justice articulates the right to security and sees that as a right to permeate things. In your mind, what constitutes the unity of human rights?

Mr. Monahan: That is a short question but the answer could take us days. I have some sympathy with the minister’s view that security is itself a right. As the most fundamental basis of a free society, we expect to be able to move about freely in that society without the threat of danger to our physical person and property.

I do not know that there is a simple unity in which these things can all be brought together in some calculus where everything is achieved. There are necessary trade-offs that have to be made in

Il est peut-être nécessaire de faire revenir un ministre éventuellement pour discuter de la manière dont ces deux mesures législatives pourraient s’imbriquer. On s’attendait à ce que le gouvernement examine cela en raison du terrorisme mondial. Il y a certaines conséquences non souhaitées.

Le gouvernement affirme qu’il ne fait pas de profilage racial; cependant, le ministre a dit qu’il y a une « gestion des risques ». Si nous insérons une clause antidiscrimination et que nous ne faisons pas de profilage racial mais plutôt quelque chose qui s’appelle de la gestion des risques, est-ce que ce sera mieux? N’est-il pas mieux d’aborder cette question en s’appuyant sur la Charte, de faire comprendre à la population que le profilage racial cause préjudice et de bâtir une culture non discriminatoire au sein du système de sécurité et du gouvernement?

M. Roach : C’est un continuum. Il est important de faire de la formation et de la sensibilisation. Il serait bien d’établir par la loi une définition du profilage racial. Toutes les discussions auxquelles j’ai assistées au sujet du profilage racial achoppaient sur les définitions.

La définition que nous proposons se fonde sur les motifs interdits pour la sélection d’une personne dans le cadre d’une enquête ou d’un examen approfondi. La gestion du risque, si elle est basée sur une race, une religion ou une origine nationale, peut correspondre à cette définition. Il faudrait savoir si nous voulons établir par la loi, ou même seulement souligner dans le rapport, ce que nous voulons dire par profilage racial. C’est pourquoi je ne suis pas d’accord avec l’argument voulant que l’article 15 de la Charte est suffisant pour régler la question. Lorsque l’on fait référence à l’article 15 de la Charte, il faut appliquer le test en 15 points pour déterminer ce qui constitue une discrimination.

Je crois que le comité pourrait apporter sa contribution s’il en arrivait à un accord. Vous voudrez peut-être entendre d’autres commissions des droits de la personne — la Commission ontarienne des droits de la personne a récemment publié un rapport sur le profilage racial — afin de comprendre ces définitions et d’en venir à une définition précise. Il semble que nous soyons tous d’accord pour dire que cette pratique est incorrecte et que nous ne devrions pas y avoir recours, mais nous ne savons pas exactement ce que c’est. Il serait bien d’établir cela une fois pour toute.

Le sénateur Kinsella : Il est clair que nous devons nous débrouiller avec différent type de droits. Nous avons parlé de l’article 15. Le ministre de la Justice parle du droit à la sécurité et le considère comme un droit de régir les choses. Selon vous, qu’est-ce qui constitue l’unité des droits de la personne.

M. Monahan : C’est une question courte, mais il nous faudrait des jours pour y répondre. Je suis dans une certaine mesure d’accord avec les ministres, la sécurité en tant que telle est un droit. C’est la base la plus importante de notre société libre : nous nous attendons à pouvoir nous déplacer en toute liberté dans une société où il n’y a pas de menace dangereuse contre notre personne physique et notre propriété.

Je ne sais pas s’il y a une manière simple de tenir compte de tous ces éléments. Il faut faire des concessions afin de parer aux menaces existantes; il semble y avoir une preuve accablante qu’il

order to deal with existing threats; and there seems to be overwhelming evidence that there is significant risk that needs to be dealt with. Therefore, I do not think I can give you the magic bullet that you are seeking.

The Chairman: Nonetheless, you have tried. Thank you both for coming here today. It has been a terrific session, which surprises none of us. We wish you all well, and we will call you back if we need you.

Honourable senators, we will now hear from Professor Wayne MacKay of Dalhousie Law School, who is not a stranger to this committee, as well as from Professor Jamie Cameron of Osgoode Hall Law School.

Some of us around this table were here at the time Professor MacKay appeared before us during the initial review of Bill C-36. We have only one hour for each witness, and a very lively bunch of questioners here, so I will ask all honourable senators to be as quick as possible so that we will be able to get the most we can out of Professor MacKay.

Mr. Wayne MacKay, Professor, Faculty of Law, Dalhousie University: Thank you very much. It is nice to be back. I have been before various committees of the Senate and this one, in particular, a number of times. I always enjoy the experience as the level of analysis is very high and the questioning is very good. It puts me through my paces, which is a good thing.

I realize that time is relatively short, so I will highlight a few points. Being an academic, I usually try to put a title on something, so I struggled over what I would entitle this presentation.

What I came up with in the end — “Human Rights and Counterterrorism; A Fine Balance” — was not very creative. The only mildly clever part of it is the reference to a fine balance. I do not know how many of you are familiar with Rohinton Mistry, the Canadian author of an impressive book with that title. He has stopped going to the United States on book tours because he usually gets stopped and racially profiled. I thought using “a fine balance” might be ironic in this context.

I would like to make some preliminary points before I highlight a few sections. First, I believe all the members of the committee have a copy of “Canadian Democracy at a Crossroads” from Rights & Democracy; although I will not be referring to it in detail, it contains some useful information. I cite it for several reasons, partly because I am currently the acting chair of the Rights & Democracy board, but mostly because it is a good piece of work, looking at the Canadian scene in the larger international context.

You also have a short handout with the relevant sections from the Anti-terrorism Act, and some suggested elements to a definition of terrorism from another international study — the

existe un risque important dont il faut tenir compte. Cependant, je ne crois pas pouvoir vous donner la solution magique que vous recherchez.

Le président : Au moins, vous avez essayé. Merci à vous deux d’être venus ici aujourd’hui. La séance s’est très bien déroulée, ce qui ne surprend personne. Nous vous remercions, et nous vous rappellerons si besoin est.

Honorables sénateurs, nous entendrons maintenant M. Wayne MacKay, de la Dalhousie Law School, qui est déjà venu ici, ainsi que Jamie Cameron, de la Osgoode Hall Law School.

Certains des sénateurs ici présents étaient-là lorsque que M. MacKay a comparu devant nous lors de l’examen initial du projet de loi C-36. Nous ne disposons que d’une heure par témoin et nous avons une période de questions très vivante, alors je vais demander aux honorables sénateurs d’être aussi brefs que possible afin que nous puissions entendre tout ce que M. MacKay peut nous dire.

M. Wayne MacKay, professeur, Faculté de droit, Université Dalhousie : Merci beaucoup. Je suis heureux de revenir témoigner devant votre comité. J’ai témoigné devant un certain nombre de comités du Sénat et ici même un certain nombre de fois. J’ai toujours aimé l’expérience, car le niveau d’analyse est très élevé et les questions sont très bonnes. Cela me met au défi, ce qui est bon.

Je réalise que nous avons assez peu de temps, alors je vais souligner quelques points. Étant un professeur d’université, j’essaie habituellement de mettre un titre aux choses, c’est pourquoi j’ai essayé de trouver un titre à cette présentation.

J’ai finalement trouvé le titre suivant : Les droits de la personne et la lutte contre le terrorisme; le juste équilibre, ce qui n’était pas très créatif. Le seul point intéressant de ce titre est qu’il fait référence au juste milieu. Je ne sais pas combien de personnes ici connaissent Rohinton Mistry, l’auteur canadien d’un livre impressionnant qui porte ce titre. Il a arrêté d’aller aux États-Unis faire la promotion de son livre parce qu’il est toujours arrêté, il fait l’objet du profilage racial. J’ai pensé que dans ce contexte, l’expression « juste équilibre » était bien choisie.

J’aimerais parler de quelques questions avant de présenter certaines sections de mon mémoire. Tout d’abord, je crois que tous les membres du comité ont un exemplaire du document intitulé « La démocratie canadienne à la croisée des chemins, » de l’organisme Droits et Démocratie; bien que je ne vais pas faire référence à ce document en détail, je tiens à dire qu’il renferme des renseignements utiles. Je vais le citer pour plusieurs raisons, notamment parce que je suis le président intérimaire du conseil de cette organisation, et surtout parce qu’il s’agit d’un bon document qui jette un regard sur la scène canadienne dans le contexte international.

Vous avez également un petit document qui contient des sections de la Loi antiterroriste et dans lequel je présente certains éléments qui pourraient faire partie de la définition du terrorisme, des

UN high-level panel looking at a host of issues on security and shared responsibility. We will come to that.

I would like to make four preliminary points. The first one is that drawing upon the study from Rights & Democracy, in order to promote coherence and accountability in our counterterrorism policy and practice, we need to examine not just the Anti-terrorism Act, but also related statutes. Having read some of the transcripts, I know that has been an issue, but it does not seem realistic to study the Anti-terrorism Act in isolation. There are a number of other statutes, particularly the Public Safety Act, national security certificates under the Immigration and Refugee Protection Act and so on.

I would encourage the committee to look at it in the broader context of anti-terrorism. That is particularly true since not a lot of use has actually been made of the Anti-terrorism Act. It is the other statutes, in fact, that have been more involved. Indeed, one of the arguments I made in my earlier testimony was that other legislation is already in place.

The second point concerns the burden on the government, in the free and democratic society that is Canada, to demonstrably justify these unusual limits on freedoms. I read through the testimony of ministers McLellan and Cotler in preparation for this. I believe that the burden should be on the government, as it was initially, to say why we need this legislation. This is perhaps even more so the case when, after three years, it has not had much use.

The third point is that Canada's approach to counterterrorism is closely linked to our relations with the United States. In that, I am perhaps stating the obvious and also straying from law into politics, although they are hard to separate. That clearly is a context point. As we hear about the John Manley report and common borders and so on, the linkage between security, economic rights and the American position is increasingly important.

On the point of coherence, it is important that our coherence be defined in a Canadian context, not exclusively in a North American or international one, although we obviously have to look at that.

It also is very important for this committee to make some recommendations on accountability. A three-year review should not be a one-shot item, but rather an ongoing process of review. A Senate committee or the Senate itself might be an appropriate body for sober second thought on issues of counterterrorism.

My final preliminary point concerns human rights and security. Are they really allies, as the Minister Cotler suggested in his testimony before you, or are they enemies or somewhere in-between? Obviously, I will suggest the last. I do not think security

définitions qui proviennent d'une autre étude internationale — un comité de haut niveau des Nations Unies qui examine un bon nombre de questions sur la sécurité et sur la responsabilité partagée. Nous y reviendrons.

J'aimerais parler tout d'abord de quatre éléments. Le premier s'inspire d'une étude de Droits et Démocratie qui vise à promouvoir l'uniformité et l'imputabilité dans notre politique et notre pratique antiterroriste, c'est-à-dire que nous devons examiner non seulement la Loi antiterroriste mais aussi toutes les questions connexes. J'ai lu certains comptes rendus, alors je sais que c'est un problème, mais il ne semble pas réaliste d'étudier seulement la Loi antiterroriste. Il y a un certain nombre d'autres textes de lois, particulièrement la Loi sur la sécurité publique, le certificat de sécurité national aux termes de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, etc.

J'encourage le comité à examiner cela dans le contexte élargi de la lutte contre le terrorisme. C'est particulièrement fondé, étant donné que l'on n'a pas souvent eu recours à la Loi antiterroriste. Ce sont les autres textes de loi, en fait, qui ont été invoqués le plus souvent. En fait, un des arguments que j'ai évoqués dans mes derniers témoignages, c'est qu'il y avait déjà d'autres lois en place.

Le deuxième élément porte sur le fait qu'il revient au gouvernement, dans la société libre et démocratique du Canada, de justifier avec des preuves ces mesures inhabituelles qui restreignent la liberté. J'ai lu le témoignage de la ministre McLellan et du ministre Cotler afin de me préparer à cette séance. Je crois que c'est le gouvernement qui devrait avoir le fardeau de prouver, comme c'était le cas au début, que nous avons besoin de cette loi. Et c'est encore peut-être plus vrai maintenant, car la loi n'a pas été très utile depuis trois ans.

Le troisième élément que je veux souligner, c'est le fait que l'approche du Canada à la lutte contre le terrorisme est étroitement liée avec nos relations avec les États-Unis. Cela semble peut-être évident, et je passe peut-être du droit à la politique, mais ces deux choses sont difficiles à séparer. C'est une question de contexte. Alors que nous prenons connaissance du rapport de John Manley et que nous entendons parler de frontière commune, etc., le lien entre la sécurité, les droits économiques et la position des Américains est de plus en plus important.

En ce qui a trait à l'uniformité, il est important de définir notre cohérence en fonction du contexte canadien et non uniquement en fonction du contexte nord-américain ou international, même si nous devons tenir compte de ces contextes.

Il est également très important que le comité fasse des recommandations sur l'imputabilité. Il ne faudrait pas qu'il y ait seulement un examen ponctuel à tous les trois ans, mais plutôt un procédé continu d'examen. Un comité sénatorial, ou le Sénat lui-même, pourrait être l'organisme approprié pour faire l'examen réfléchi des questions relatives à la lutte contre le terrorisme.

Pour terminer ma déclaration liminaire, je veux parler des droits de la personne et de la sécurité. Ces deux concepts vont-ils vraiment ensemble, comme le ministre Cotler l'a suggéré dans son témoignage, ou s'agit-il d'ennemis, ou encore de quelque chose

and human rights are natural enemies, nor do I think they are natural allies. Going back to my title, I believe what you need is a fine balance between the two.

I want to make a few comments on the act itself. There was a great deal of discussion originally about the definition of terrorism. As you well know, many changes for the better were made in respect to the definition, but it is still very broad.

I was interested to read a 2002 article in the *National Journal of Constitutional Law* by Irwin Cotler, before he became an MP or Minister of Justice, where he was still fairly critical of the over-breadth of the definition of terrorism. He stated that it was broader than the definition in both the United States and the United Kingdom and suggested two particular things that might be modified, with which I agree.

The first is the removal of the motivational elements in the definition of “terrorist activity” in section 83.01, an act that is committed:

... in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause ...

Mr. Cotler and others have argued that those kinds of motivational factors are unusual in a criminal context. His suggestion then was that they need not be there; they are covered elsewhere and those are broad things that may not be helpful.

Perhaps more controversial, his second recommendation was the removal of 83.01(ii)(e), an act or omission, in or outside Canada, that intentionally:

causes serious interference or serious disruption of an essential service, facility or system ...

His concern around that was of drawing a line between terrorism and legitimate political dissent. His view was it should be narrowed, or possibly eliminated, as grounds. I am not as sure that elimination is an easy thing to do with subsection (e) under 83.01, but it could be debated that the motivational factors could be taken out.

The second part of the definition you have has the elements from this high-level UN panel. That sets out four factors they feel have to be present in any proper definition of terrorism. The panel was dealing with a very significant report released in 2004, talking about security as a shared responsibility. Most of those elements are in Canada’s definition, other than the first one, which is the recognition in the preamble that: “The state use of force against civilians is regulated by the Geneva Convention and other instruments, and if of sufficient scale constitute a war crime by persons concerned, or a crime against humanity.”

qui se situe entre ces deux extrêmes? Bien évidemment, je penche pour la dernière possibilité. Je ne pense pas que la sécurité et que les droits de la personne soient des ennemis naturels, mais je ne pense pas non plus qu’ils sont des alliés naturels. Pour reprendre mon titre, je crois qu’il faut tendre un juste équilibre entre les deux.

J’aimerais maintenant faire quelques commentaires sur la loi elle-même. On a beaucoup discuté au début de la définition du terrorisme. Comme vous le savez, on a fait beaucoup de changements pour le mieux dans la définition, mais elle demeure très large.

J’ai lu un article paru en 2002 dans le *National Journal of Constitutional Law*, qui était rédigé par Irwin Cotler avant qu’il ne devienne député ou ministre de la Justice, et il était alors assez critique par rapport à la définition du terrorisme et de son aspect vague. Il disait que notre définition était plus large que celle des États-Unis et du Royaume-Uni, et il a suggéré de modifier deux éléments, et je suis d’accord avec cette suggestion.

Il s’agit tout d’abord d’enlever les éléments de motivation dans la définition de « l’activité terroriste » de l’article 83.01, qui stipule qu’il s’agit d’un acte commis :

... au nom — exclusivement ou non — d’un but, d’un objectif ou d’une cause de nature politique, religieuse ou idéologique

M. Cotler et d’autres personnes ont dit que ce genre de facteurs de motivation est habituellement présent dans le contexte criminel. Il dit que ces facteurs ne devraient pas être inscrits dans le texte de loi; ils sont déjà couverts par une autre loi, sont de portée générale et ne sont pas utiles.

Sa deuxième recommandation, qui est peut-être plus controversée, est d’enlever l’alinéa 80.01(ii)(e), qui stipule qu’un acte terroriste est un acte — action ou omission, commise au Canada ou à l’étranger, qui intentionnellement :

Perturbe gravement ou paralyse des services, des installations ou systèmes essentiels, ...

Il s’inquiétait de la distinction entre le terrorisme et les actions d’un dissident politique légitime. Il disait qu’il fallait être plus pointu ou encore même éliminer cette partie. Je ne sais pas s’il est facile d’éliminer cette partie, mais on peut discuter de la possibilité d’enlever les facteurs de motivation.

La deuxième partie de la définition que vous avez reçue s’inspire de ce comité de haut niveau des Nations Unies. Il a établi les quatre facteurs-clés qui devraient faire partie de toute définition du terrorisme. Le comité s’est penché sur un rapport très important publié en 2004 et qui portait sur la sécurité en tant que responsabilité partagée. La majorité de ces facteurs-clés sont inclus dans la définition du Canada, sauf le premier, qui reconnaît que l’utilisation par un état de la force contre des civils est réglementée par la Convention de Genève et d’autres instruments et que si cette force est d’une ampleur suffisante, elle constitue un crime de guerre ou un crime contre l’humanité.

That is a big issue about state terrorism and what you do with prisoners in a terrorist context, certainly within Canada. Perhaps even more important, to what extent is Canada violating the Geneva Convention, if we send prisoners to the United States and they are then treated in ways that are not in accord with it? That is a rather interesting international reminder of whether or not we should have some reference in the Anti-terrorism Act to that.

The second item is the list of entities and terrorist entities under the Anti-terrorism Act, which includes significant power for the Governor-in-Council to establish a list. In addition, there are international lists which supplement that. I know there has been debate about the Tamil Tigers not being on the entities list, but being on the other list, and so on.

Another interesting question arises from the various provisions in 83.08 on freezing assets and property, which instruct banks and other financial institutions to freeze assets of entities either listed under the entities list or this UN list. There is a rather interesting footnote saying that if there is any doubt in the spelling, that you probably should freeze the assets.

Out of curiosity, I looked at spellings in the Halifax telephone book and found a listing for an Osama bin Laden. I wondered what a bank holding that person's assets would do. To be fair, that is not so much under the act itself, but rather under a kind of footnote to the international list of entities. However, it does raise an interesting question.

Registration of charities is another big civil society issue that is talked about in that Rights & Democracy book. I will not go into the details other than to say that it is a significant issue because it touches on the question of who is on the list. That leads me to the next point on racial profiling.

I know that senators had lengthy discussions with Mr. Roach and others on that topic. I think that is a significant issue under the Anti-terrorism Act. Someone suggested that there should be a reference in the act to anti-discrimination. Of course, we have other statutes such as the Charter to cover that; however, given all the concern about racial profiling and targeting of minorities, why not include it in this act? I believe that Minister Cotler, in his testimony before the committee, talked about his various principles, including one on minority protection. Although "racial profiling" is used generally, the terminology might need to be broader because profiling includes cultural, religious and racial.

The general view is that profiling is not as big an issue in Canada as it is in the U.S, but that depends on how you define it. Many suggested responses to the issue include better training and

La question du terrorisme d'État est une grande question ainsi que la questions de savoir ce qu'il faut faire avec les prisonniers soupçonnés de liens avec le terrorisme au Canada. Et il est peut-être encore plus important de déterminer dans quelle mesure le Canada enfreint la Convention de Genève s'il envoie des prisonniers aux États-Unis, où ils ne sont pas traités conformément à la convention. Cela nous rappelle qu'il faut déterminer si la Loi antiterroriste doit faire référence à cela ou non.

Le deuxième élément dont je veux parler, c'est la liste des entités terroristes de la Loi antiterroriste, et le doit qu'a le gouverneur en conseil de pouvoir établir une liste. De plus, des listes d'autres pays complètent cette liste. Je sais qu'il y a eu un débat au sujet des Tigres tamouls qui n'étaient pas inscrits dans la liste, mais qui l'étaient dans une autre liste, etc.

Autre question préoccupante : les diverses clauses de l'article 83.08 qui portent sur blocage des biens et qui permettent aux banques et à d'autres établissements financiers de bloquer les avoirs d'une entité qui fait partie de la liste ou de celle des Nations Unies. Une note en bas de page intéressante dit qu'en cas de doute sur l'orthographe du nom, on doit probablement bloquer les biens de la personne.

Par curiosité, j'ai regardé dans le bottin téléphonique de Halifax et j'y ai trouvé quelqu'un dont le nom est Ousama ben Laden. Je me demande ce que ferait la banque qui a cette personne comme client. Honnêtement, cette phrase ne se retrouve pas dans la loi en tant que telle, mais plutôt dans une note de bas de page de la liste internationale des entités. Cependant, cela soulève une question intéressante.

L'enregistrement des organismes de bienfaisance est une autre grande question liée à la société civile dont on parle dans l'ouvrage de Droits et Démocratie. Je ne veux pas entrer dans les détails, sinon pour dire qu'il s'agit d'une question importante parce qu'elle touche à la question de savoir qui figure sur la liste. Cela m'amène à parler du point suivant, à savoir du profilage racial.

Je sais que les sénateurs ont eu de longues discussions avec M. Roach et d'autres sur ce sujet. Je pense qu'il s'agit là d'un problème important en vertu de la Loi antiterroriste. Quelqu'un a suggéré qu'il devrait y avoir dans la loi une allusion à la non-discrimination. Évidemment, nous avons d'autres lois, comme la Charte, qui traitent de cette question; cependant, étant donné la vive préoccupation que suscitent le profilage racial et le ciblage des minorités, pourquoi ne pas l'inclure dans la loi? Je crois que le ministre Cotler, dans son témoignage devant le comité, a parlé de ses divers principes, y compris de celui qui concerne la protection des minorités. Bien qu'on utilise généralement l'expression « profilage racial », la terminologie pourrait avoir besoin d'être élargie parce que le profilage est exercé en fonction des caractéristiques culturelles, religieuses et raciales.

La perception générale, c'est que le profilage n'est pas un problème aussi important au Canada qu'aux États-Unis; mais cela dépend de la manière dont vous le définissez. Plusieurs

education, which we obviously need. In the testimony to date, there was a suggestion for a cultural exchange and round table as a way of being informed on the effects on various communities.

The next issues are privacy and the flow of information. Privacy is one of the casualties of the Anti-terrorism Act. Even though we have more access and more protections in Canada than they have in the United States, there has been some significant loss of privacy and flow of information. One of the best examples of that is section 38.13, the amendment to the Evidence Act, which allows the Attorney General certificates to disallow access to evidence that is of concern to national security.

In that vein, interesting questions were raised by the B.C. Privacy Commissioner about whether American subsidiaries in Canada have to send personal information to the United States under the U.S. Patriot Act; and, therefore, do not fall under the benefit of the various pieces of provincial and federal privacy legislation in Canada. In her testimony before this committee, I believe that Minister McLellan reassured senators that the Privacy Act would apply. However, the B.C. commissioner still had grave concerns about whether Canadians had to send personal information to American companies in violation of privacy protection under Canadian statutes. That is another big issue to take a look at.

Investigative hearings and preventive detention are the two provisions that have sunset clauses. As I understand the testimony, the preventive detention has not been used to date and the investigative hearings have been used only once in the *Air India* case, where the Supreme Court of Canada upheld its constitutionality. Although it was a 7-2 decision, the majority thought that it was fine. I would recommend that this committee flag the non-use of these provisions and determine whether to continue them, given the sunset clause and what will happen in two years' time.

While security certificates are not part of the Anti-terrorism Act, they have received a great deal of discussion before this committee. In Canada recently, we have had the *Zundel* case, the House of Lords' decision and other judicial attention. As well, much attention has been paid to the limits on basic freedoms that are implicit in the security certificates under the Immigration and Refugee Protection Act. I would urge this committee to look at these, although they are not directly part of the Anti-terrorism Act.

solutions proposées pour résoudre le problème comprennent une meilleure formation et une meilleure éducation, ce dont nous avons évidemment besoin. Dans les témoignages jusqu'à présent, il y a eu une suggestion portant sur un échange culturel et une table ronde comme moyens d'être informé des effets que cela peut avoir sur diverses communautés.

Les problèmes suivants sont ceux qui touchent la vie privée et la circulation de l'information. La vie privée est une des victimes de la Loi antiterroriste. Bien que nous ayons un accès plus grand et plus de protection au Canada qu'aux États-Unis, il y a eu une perte importante au niveau de la vie privée et de la circulation de l'information. Un des meilleurs exemples de cela, c'est l'article 38.13, la modification à la Loi sur la preuve au Canada, qui permet aux certificats du procureur général du Canada d'interdire l'accès à de l'information qui suscite une préoccupation en matière de sécurité nationale.

Dans cette même veine, des questions intéressantes ont été soulevées par le commissaire à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique au sujet de la possibilité que des filiales d'entreprises américaines installées au Canada aient envoyé des renseignements personnels aux États-Unis en vertu de la Patriot Act américaine, et, par conséquent, échappent ainsi aux dispositions de divers textes législatifs provinciaux et fédéraux en matière de protection de la vie privée au Canada. Dans son témoignage devant le présent comité, je crois que la ministre McLellan a rassuré les sénateurs en disant que la Loi sur la protection des renseignements personnels s'appliquerait. Cependant, le commissaire de la Colombie-Britannique avait toujours de sérieuses préoccupations quant à savoir si les Canadiens devaient envoyer des renseignements personnels à des entreprises américaines en violation des dispositions en matière de protection de la vie privée contenues dans les textes législatifs canadiens. Il s'agit d'une autre grande question que l'on doit examiner.

Les audiences d'enquête et les arrestations à titre préventif sont les deux dispositions ayant fait l'objet d'une disposition de temporarisation. Si je comprends bien le témoignage, l'arrestation à titre préventif n'a pas été utilisée jusqu'à présent et les audiences d'enquête ont été utilisées une seule fois dans l'affaire d'*Air India*, où la Cour suprême du Canada a confirmé sa constitutionnalité. Bien qu'il s'agissait d'une décision partagée à sept contre deux, la majorité des juges ont estimé que c'était correct. Je recommanderais que le comité fasse état de la non-utilisation de ces dispositions et qu'il détermine s'il y a lieu de les reconduire, étant donné la disposition de temporarisation et ce qui arrivera dans deux ans.

Bien que les certificats de sécurité ne fassent pas partie de la Loi antiterroriste, ils ont fait l'objet d'abondantes discussions devant le présent comité. Nous avons récemment eu l'affaire *Zundel* au Canada, la décision de la Chambre des Lords et d'autres formes d'attention judiciaire. De même, on a accordé beaucoup d'attention aux limites imposées aux libertés fondamentales que l'on retrouve implicitement dans les certificats de sécurité délivrés en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés. J'inviterais le comité à examiner ces questions, bien qu'elles ne fassent pas directement partie de la Loi antiterroriste.

I will conclude on the twin principle of coherence and accountability. Obviously, the government should be accountable for its anti-terrorist policies and legislation. We need to have ongoing mechanisms beyond the three-year review. Some time and attention should be spent on exploring what those mechanisms might be, including Commons committees, Senate committees and possibly other configurations. The Senate would seem to be the logical place to have an ongoing review not only of the Anti-terrorism Act, but also of the package of counterterrorist statutes, policies and practices. That goes back to my point about breadth.

With that whirlwind tour of some of the points in the Anti-terrorism Act, I would be happy to answer questions.

Senator Kinsella: Welcome, Professor MacKay. Chair, if I might be permitted a small commercial, Professor MacKay will be delivering the distinguished Abdul Lohdi lecture on human rights this Thursday afternoon at 4 p.m. at St. Thomas University in Fredericton, New Brunswick.

Abdul Lohdi passed away a number of years ago. He was one of the founders of the Atlantic Human Rights Centre and a strong follower of Islam, who worked in a Catholic university. He was symbolic of what is good about Canadian multiculturalism and our multi-faith society.

That brings me to the issue of accountability. A counter-argument that we heard against removing some of these sections because we have never used them is that they are needed as tools in case we do have to use them. There is validity to having the tools required for national security. However, when weighed against the need for accountability, do you think we would be moving in the right direction by continuing the three-year review and the sunset provisions that you helped shape?

Mr. MacKay: You would be moving in the right direction, even if, in an ideal world, the total removal of the Anti-terrorism Act was a good idea. Politically, it is not realistic to do that, especially not at this time. I do think you are heading in the right direction by doing two things: looking at particular sections that might no longer be needed — particularly the detention and investigative hearings once the five-year review is up; and refining some of the problem areas, such as an overly broad definition of “terrorism” and the lack of a built-in, ongoing accountability device.

In regard to that last one, which is what you are keying on, Minister McLellan, who was the Minister of Justice when the bill was put forward, made it clear that in her view this is permanent legislation. It is not emergency or temporary legislation. Notwithstanding the frequent use of the war on terrorism, it is an ongoing war — it will not necessarily stop. In light of that, we should have some ongoing accountability and review, not short-term.

Je vais conclure sur le double principe de la cohérence et de la reddition de comptes. De toute évidence, le gouvernement devrait rendre des comptes sur ses politiques et sa législation antiterroristes. Nous avons besoin de mécanismes continus au-delà de la révision après trois ans. Il faudra consacrer du temps et de l'attention pour définir quels pourraient être ces mécanismes, y compris par les comités de la Chambre des communes, les comités du Sénat et peut-être d'autres configurations. Le Sénat semble être l'endroit logique pour un examen continu, non seulement de la Loi antiterroriste, mais également de l'ensemble des lois, des politiques et des pratiques en matière de contre-terrorisme. Cela touche au point que j'ai fait valoir concernant l'étendue de l'examen.

Après ce survol éclair de certains des points soulevés par la Loi antiterroriste, je serai heureux de répondre à vos questions.

Le sénateur Kinsella : Soyez le bienvenu, monsieur MacKay. Madame la présidente, si vous me permettez une petite publicité, M. MacKay donnera la conférence Abdul Lohdi sur les droits de la personne jeudi prochain à 16 heures à l'Université St. Thomas à Fredericton, au Nouveau-Brunswick.

Abdul Lohdi est décédé il y a un certain nombre d'années. Il a été un des fondateurs du Atlantic Human Rights Centre et un fervent disciple de l'islam qui travaillait dans une université catholique. Il était le symbole de ce qui est bon dans le multiculturalisme canadien et dans notre société multiconfessionnelle.

Cela m'amène à parler de la question de la reddition de comptes. Un contre-argument que nous avons entendu et qui milite contre l'élimination de ces dispositions pour la bonne raison que nous ne les avons jamais utilisées, c'est qu'elles sont nécessaires comme outils au cas où nous en aurions besoin. Il y a une certaine utilité à avoir les outils nécessaires pour assurer la sécurité nationale. Cependant, lorsqu'on mesure cela par rapport à la nécessité de rendre des comptes, pensez-vous que nous y irions dans la bonne direction en reconduisant l'examen triennal et les dispositions de temporarisation que vous avez aidé à élaborer?

M. MacKay : Vous iriez dans la bonne direction même si, dans un monde idéal, l'élimination complète de la Loi antiterroriste serait une bonne idée. Au plan politique, il n'est pas réaliste de le faire, surtout en ce moment. Je pense que vous allez dans la bonne direction en faisant deux choses : en examinant certains articles qui pourraient ne plus être nécessaires — en particulier l'arrestation à titre préventif et les audiences d'enquête une fois que l'examen de cinq ans est arrivé; et en retouchant certains des points qui font problème, comme la définition trop vaste de « terrorisme » et l'absence de mécanisme continu et intégré de reddition de comptes.

En ce qui concerne le dernier point, sur lequel vous avez insisté, la ministre McLellan, qui était ministre de la Justice au moment où le projet de loi a été présenté, a été très claire en disant qu'à son point de vue, il s'agissait d'une loi permanente. Il ne s'agit pas d'une loi d'urgence ou d'une loi temporaire. Malgré l'utilisation fréquente de l'expression « guerre au terrorisme », il s'agit d'une guerre continue — elle ne s'arrêtera pas nécessairement. À la lumière de cela, nous devrions avoir une reddition de comptes et un examen continu et non à court terme.

That is a really important route to go, to look at who will continue to monitor this. Again, I come back to the point of monitoring the whole picture of counterterrorism legislation, policies and practices, not just one particular act. That would be another extension that might be important.

Senator Kinsella: I found your reference to your examination of the literature interesting, particularly that part of the literature to which then-professor Cotler contributed. Of course, as a professor, he was enjoying the fullness of academic freedom. Once you join the ministry, the principle of academic freedom is modified, shall we say.

However, we do know that the minister is deeply sensitive to issues of human rights. We listened very carefully to, and you referenced, his attempt to conceptualize our struggle against terrorism, using the necessary tools of a free and democratic society such as Canada, under the rubric of the right to security.

In balancing these rights, I asked your predecessors at the witness table a somewhat academic question. It is incumbent upon us to attempt to understand that rights are not necessarily to be analyzed as rights in competition, but rather that there is a unity to human rights. Numerous United Nations resolutions appear to be saying that.

Under that model of analysis, it is more benign when we try to understand the right of security in relationship to the right to be free from racial discrimination. That forces us to look at standards — and I alluded earlier with the previous witnesses to the International Covenant on Civil and Political Rights, and in particular, Article 4, which deals with times of national emergency, when certain rights can be derogated when the life of the nation is threatened. However, a number of rights may never be derogated, and one of them is the right to be free from discrimination because of race, religion, et cetera.

When you underscored the view that a new section should be added to the Anti-terrorism Act, would you conceptualize it within that philosophy of why the world community and Canada ratified that standard back in 1976? In other words, yes, we are quite prepared and capable as a free and democratic society of dealing with terrorism and threats against our security, but we will do so fully embracing non-discrimination.

Mr. MacKay: I have been in the trenches a while myself, so I am probably not objective about this, but it seems like a sensible position to me. As you indicate, there are connections between rights, not only non-discrimination but the dignity of the person. There are certain kinds of rights that are inviolable in the broad sense — rights to be free from torture, rights against non-discrimination and those kinds of things. That is where the international references can be helpful to us in saying what about

Une chose vraiment importante, c'est de déterminer qui continuera de surveiller cette situation. Encore une fois, je reviens à la question de surveiller l'ensemble de la législation, des politiques et des pratiques en matière de contre-terrorisme, et non seulement une loi en particulier. Ce serait un autre développement qui pourrait être important.

Le sénateur Kinsella : J'ai trouvé vos propos sur votre examen de la documentation juridique intéressante, en particulier cette partie de la documentation à laquelle M. Cotler, qui était alors professeur, a contribué. Évidemment, à titre de professeur, il jouissait pleinement de la liberté universitaire. Une fois que vous entrez au ministère, le principe de la liberté universitaire est modifié, si l'on peut dire.

Cependant, nous savons que le ministre est très sensible aux questions liées aux droits de la personne. Nous avons écouté très attentivement, et vous y avez fait allusion, sa tentative pour rationaliser notre lutte contre le terrorisme, en utilisant les outils nécessaires d'une société libre et démocratique comme le Canada, sous l'angle du droit à la sécurité.

À vos prédécesseurs à la table des témoins, j'ai posé une question un peu théorique sur l'équilibre de ces droits. Il est de notre responsabilité d'essayer de comprendre que les droits ne doivent pas nécessairement être analysés comme des droits qui se font concurrence entre eux, mais plutôt qu'il y a une unité dans les droits de la personne. De nombreuses résolutions des Nations Unies semblent souligner ce point.

En vertu de ce modèle d'analyse, lorsque nous essayons de comprendre le droit à la sécurité par rapport au droit d'être à l'abri de la discrimination raciale, les choses semblent moins graves. Cela nous oblige à examiner des normes — et j'ai fait allusion plus tôt avec des témoins précédents au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, en particulier, à l'article 4 qui traite des moments où il y a une urgence nationale et où certains droits peuvent être mis en veilleuse lorsque l'existence de la nation est menacée. Cependant, un certain nombre de droits ne peuvent jamais être mis en veilleuse, et un de ces derniers est le droit d'être à l'abri de la discrimination pour cause de race, de religion, etc.

Lorsque vous soulignez le point de vue qu'il faut ajouter un nouvel article à la Loi antiterroriste, est-ce que vous rationalisez cette question dans le cadre de cette philosophie qui explique pourquoi la communauté internationale et le Canada ont ratifié ce pacte en 1976? En d'autres mots, oui, nous sommes bien prêts, en tant que société libre et démocratique, à faire face au terrorisme et aux menaces contre notre sécurité, mais nous le ferons en respectant entièrement le principe de la non-discrimination.

M. MacKay : J'ai moi-même séjourné dans les tranchées un certain temps, alors je ne suis probablement pas objectif à cet égard, mais à mes yeux, cela semble une position sensée. Comme vous l'avez indiqué, il y a des liens entre les droits, non seulement en ce qui a trait à la non-discrimination, mais également en ce qui concerne la dignité de la personne. Il y a certains types de droits qui sont inviolables au sens large — le droit d'être à l'abri de la torture, le droit d'être à l'abri de la discrimination et ce genre de

the Geneva Convention and the limits placed on that when we are talking about torture, and what about adding a clause on non-discrimination and respecting people's dignity?

Again, reading Minister Cotler's testimony, he seemed to be quite open on that. On your interesting point about academic freedom, I believe he said his principles are his principles and they are the same whether he is minister or professor. I would take his word on that.

It would be quite consistent to have something built in to deal with non-discrimination, especially since there has been a great deal of concern and discussion about racial profiling and disparate impacts of anti-terrorist law on various groups, particularly Muslim and Arab communities. To me, that would be a sensible thing to do.

Senator Joyal: I would like to continue on that, professor. I listened very carefully to the Minister of Justice when he testified here with his eight principles. Frankly, that issue of right to security is a bit of a misnomer to me. I think we are trying to confuse people, to try to sell something.

I participated 25 years ago in the definition of the Charter of Rights and Freedoms. In fact, I chaired the 352 hours of testimony and the 120 witnesses we heard. Strangely enough, in all that process, nobody came to us to say the right to security exists, put it in the Charter.

If we are so concerned about the "right to security," let us make it a Charter right. To me, there is no such thing as a right to security. Governments have the responsibility to respect the integrity and security of the person. That exists as a right. That is in the Charter. We have to respect the dignity of human beings; by the mere fact that the person is a human being, that person is entitled to dignity — that is, protection of his or her condition as a human being. However, there is no such thing as the right to security.

Of course, we now find ourselves in the context of anti-terrorism. Well, Canada had a previous period of its history where there were terrorists and we had an emergency act that was invoked at that time. Nobody during the course of those debates and in their aftermath ever invoked a right to security to expect that the government would take some measures to protect the population and to maintain peace, order and good government — or law and order, if you want.

I have great difficulty buying into that new theory of the right to security. I know it is being developed. For instance, Professor Ignatieff has been a proponent of that and has written on it. I know there is a school of thought on this, but it has not materialized into formal legislation, i.e., that everyone is entitled to the right to security.

choses. C'est là que des références internationales peuvent nous être utiles : que dire de la Convention de Genève et des limites qu'elle impose en ce qui concerne la torture, et que dire de l'ajout d'une disposition sur la non-discrimination et le respect de la dignité humaine?

Encore une fois, lorsqu'on lit le témoignage du ministre Cotler, il semble être très ouvert à cet égard. Quant au point intéressant que vous avez soulevé au sujet de la liberté universitaire, je crois qu'il a dit que ses principes étaient ses principes et que ces derniers demeurent les mêmes qu'il soit ministre ou professeur. Je n'hésiterai pas à le croire.

Il serait assez cohérent d'intégrer quelque chose pour traiter de la non-discrimination, surtout que le profilage racial et les répercussions inégales de la Loi antiterroriste sur divers groupes, en particulier les communautés musulmanes et arabes, suscitent beaucoup de préoccupations et de discussions. À mes yeux, ce serait une chose sensée à faire.

Le sénateur Joyal : J'aimerais poursuivre dans la même veine, monsieur. J'ai écouté très attentivement le ministre de la Justice lorsqu'il a témoigné devant le comité au sujet de ses huit principes. Franchement, à mes yeux, cette question du droit à la sécurité ne correspond pas à la réalité. Je pense que nous essayons de semer la confusion chez les gens, que nous essayons de vendre quelque chose.

Il y a 25 ans, j'ai participé à la définition de la Charte des droits et libertés. En fait, j'ai présidé les réunions au cours desquelles nous avons entendu 352 heures de témoignages et 120 témoins. Il est étrange que dans tout ce processus, personne ne soit venu nous dire que le droit à la sécurité existait et qu'il fallait l'inclure dans la Charte.

Si nous sommes tellement préoccupés par le « droit à la sécurité », faisons-en un droit dans la Charte. À mes yeux, le droit à la sécurité n'existe pas. Les gouvernements ont la responsabilité de respecter l'intégrité et la sécurité de la personne. Cela existe en tant que droit. On trouve cela dans la Charte. Nous devons respecter la dignité de l'être humain; du simple fait qu'une personne est un être humain, cette personne a droit à la dignité — c'est-à-dire, à la protection de son état d'être humain. Cependant, le droit à la sécurité, cela n'existe pas.

Évidemment, nous nous trouvons maintenant dans le contexte de la lutte au terrorisme. Eh bien, le Canada a connu une période dans son histoire où il y avait des terroristes et une loi d'urgence a été invoquée à cette époque. Jamais personne au cours des débats qui ont eu lieu à ce moment-là et après n'a invoqué le droit à la sécurité pour s'attendre que le gouvernement prenne certaines mesures pour protéger la population et pour maintenir la paix, l'ordre et le bon gouvernement — où l'ordre public, si vous voulez.

J'ai beaucoup de difficultés à accepter la nouvelle théorie du droit à la sécurité. Je sais qu'on est en train d'élaborer cette notion. Par exemple, M. Ignatieff a été un défenseur de ce droit et a écrit sur cette question. Je sais qu'il y a une école de pensée autour de cette question, mais cela ne s'est pas concrétisé par une législation formelle, c'est-à-dire que tout le monde a le droit à la sécurité.

There is a blurring of concepts here. I wonder if, in fact, the right to security is not a pretext to give to the government of the day extraordinary power to overrule the other rights that are essentially covered by section 1 of the Charter — limits that are reasonable in a free and democratic society.

The government might want to propose some initiatives, policies and legislation that hurt or violate the rights that are listed in the Charter, but there are limits to that. I believe we are trying to circumvent section 1 of the Charter with that language of the right to security. Do you have any reflections on that?

This bill was sold to us by the government as “an emergency situation.” Pass this quickly — we are in a war. Everyone knows that a war has an end, but now there is no end to this. Why? Because it is a risk in our society, as much as organized crime or the Mafia is a risk in our society.

We are confusing people because all kinds of concepts are being pushed into this discussion. It is part of what I call the propaganda initiative taken to sell all kinds of things that amount to the same thing in the end — limits on the rights and freedoms of citizens as they are entrenched in the Charter. Could you share your reflections on this?

Mr. MacKay: I have a great deal of sympathy for the view you expressed. Someone — I cannot remember who — stated that words are sometimes used to conceal rather than reveal. Perhaps that is the case, though not necessarily deliberately, with the use of security.

First, there is ambiguity about what we mean by the term “security.” There is personal security or security of the person in section 7, but that is not what they are talking about. They are talking about national security, which is a different issue altogether. Presumably we are not talking about economic security and health care and those kinds of things. It is one of these terms you can throw out there, but people have different interpretations of what it means. I think it is deliberately vague.

Second, if we are talking about it in terms of national security, it is not a competing right. It is a section 1 limitation on a right. That is partly why I brought us back again to the burden being on the government to justify the Anti-terrorism Act. I do not accept the view of Minister Cotler and others that these are obvious allied rights either. How to balance limits in the name of national security — and we must have some — and basic rights is the real question; and that goes back to the burden on the government to justify this.

I also agree with your point that even though the language was not temporary, the terminology of “war on terror” suggests an end. It evokes the War Measures Act and emergency legislation

Il y a une confusion des concepts ici. Je me demande en fait si les droits à la sécurité n'est pas un prétexte pour donner au gouvernement du jour un pouvoir extraordinaire pour mettre en veilleuse les autres droits qui sont essentiellement décrits dans l'article 1 de la Charte — les limites qui sont raisonnables dans une société libre et démocratique.

Le gouvernement pourrait vouloir proposer certaines initiatives, politiques et lois qui pourraient porter atteinte aux droits qui sont décrits dans la Charte ou les violer, mais il y a des limites à cela. Je crois qu'avec ce discours sur le droit à la sécurité, nous essayons de contourner l'article 1 de la Charte. Avez-vous des réflexions à ce sujet?

Le projet de loi nous a été vendu par le gouvernement comme une « situation d'urgence ». Adoptez ce projet de loi rapidement — nous sommes en guerre. Tout le monde sait qu'une guerre a une fin, mais maintenant, il n'y a plus de fin. Pourquoi? Parce qu'il s'agit d'un danger pour notre société, tout comme le crime organisé ou la mafia est un danger pour notre société.

Nous semons la confusion dans l'esprit des gens parce que toutes sortes de concepts sont introduits dans cette discussion. Cela fait partie de ce que j'appelle une initiative de propagande entreprise pour vendre toutes sortes de choses qui, à la fin du compte, reviennent à la même chose — limiter les droits et libertés des citoyens tels qu'ils sont enchâssés dans la Charte. Pourriez-vous partager vos réflexions sur cette question?

M. MacKay : J'ai beaucoup de respect pour le point de vue que vous exprimez. Quelqu'un — je ne me souviens plus qui — a affirmé que les mots étaient parfois utilisés pour cacher plutôt que pour révéler. Peut-être que c'est le cas, bien que ce ne soit pas nécessairement de manière délibérée, avec l'utilisation du mot « sécurité ».

Premièrement, il y a une ambiguïté dans ce que nous voulons dire par ce mot. Il y a la sécurité personnelle et la sécurité de la personne dans l'article 7, mais ce n'est pas ce dont on parle. On parle de sécurité nationale, ce qui est une question complètement différente. On peut présumer qu'on ne parle pas de sécurité économique ou de sécurité du point de vue de la santé et de ce genre de choses. C'est un de ces mots que vous pouvez lancer dans un débat, mais les gens ont des interprétations différentes de sa signification. Je pense qu'il est délibérément vague.

Deuxièmement, si nous en parlons en termes de sécurité nationale, il ne s'agit pas d'un droit concurrent. Il s'agit d'une restriction à un droit prévue dans l'article 1. C'est en partie pourquoi j'ai ramené sur le tapis la question qu'il appartient au gouvernement de justifier la Loi antiterroriste. Je n'accepte pas non plus le point de vue du ministre Cotler et d'autres qu'il s'agit là de droits alliés évidents. Comment équilibrer les restrictions imposées au nom de la sécurité nationale — et nous devons en avoir — et les droits fondamentaux, voilà la véritable question; et il appartient au gouvernement de justifier cela.

Je suis également d'accord avec vous que même si le langage n'était pas temporaire, la terminologie de « guerre contre le terrorisme » laisse supposer qu'il y a une fin. Cela évoque la Loi

and things that have a termination point. That is not the case with the Anti-terrorism Act. It is being somewhat repackaged to say this is really protecting rights as well as limiting rights.

If you go again to the international level, a lot of the writing talks about only having national security when you have protection of human rights and the rule of law. In one sense, you cannot have one without the other, and there needs to be a balance.

To end my reflections on this, I would agree that the term “security” is being used very broadly. First, we should be talk about national security and what that means, with the understanding that it is a limitation of rights, not a separate right in and of itself.

Senator Joyal: I think you are right, professor. We are talking here about national security. Because we belong to a country that has a rule of law and a body of rights, people expect that their government will respect those rights. In some circumstances, the government might adopt legislation that limits those rights, but it has to justify it, and do so regularly if circumstances change. There is an insidious element in that right to security; it is a pretext to put something permanent into the system that does not exist per se.

There is no such thing as a right to security. There is a right to national security; that is, you can expect your government to take measures to protect the exercise of your rights, but not at the expense of those rights. We are trying to put the cart in front of the horse here. It is very important that the academic community reflects and writes on those issues, because there seems to be confusion here that is not helpful for the kind of society in which we want to live, develop and prosper.

Mr. MacKay: In addition to national security, there is also North American and international security, so it is a moving field. Human rights may be somewhat difficult to define, but we are relatively clear on the kinds of things we are talking about. However, when we talk about security, people use the same label for very different things.

Senator Kinsella: Supplementary to Senator Joyal’s point, what we dealing with here is a problem equivocal language. Security, in the sense of national security, is used as a ground to derogate from rights. However, in the Universal Declaration of Human Rights, in Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights and in the Charter, it does articulate security of person as a clear human right.

In the old days, we used to think of that as a self-executory right; “State, do not do anything, and I will enjoy security of person.” However, in the world in which we live in today, perhaps there needs to be a programmatic component. If the state does not do anything, the right to security of person might not have much flesh on the bones.

sur les mesures de guerre et les lois d’urgence et les choses qui ont un point final. Ce n’est pas le cas de la Loi antiterroriste. Elle est en quelque sorte reconditionnée pour dire qu’elle protège vraiment les droits tout en limitant les droits.

Si vous retournez au niveau international, beaucoup de textes disent que vous ne pouvez avoir la sécurité nationale que lorsque vous avez une protection des droits de la personne et la primauté du droit. En un sens, vous ne pouvez avoir l’un sans l’autre et il faut équilibrer ces besoins.

Pour terminer mes réflexions sur cette question, je suis d’accord avec vous pour dire que le mot « sécurité » est utilisé dans un sens très large. Premièrement, nous devrions parler de sécurité nationale et de ce que cela signifie, tout en sachant qu’il s’agit d’une limitation des droits, et non d’un droit distinct en soi.

Le sénateur Joyal : Je pense que vous avez raison, monsieur. Nous parlons ici de sécurité nationale. Parce que nous vivons dans un pays où il y a la primauté du droit et où nous avons un ensemble de droits, les gens s’attendent que leur gouvernement respecte ces droits. Dans certaines circonstances, le gouvernement pourrait adopter une loi qui limite ces droits, mais il doit le justifier, et le faire régulièrement si les circonstances changent. Il y a un élément insidieux dans ce droit à la sécurité; c’est un prétexte pour mettre dans le système quelque chose de permanent qui n’existe pas en soi.

Le droit à la sécurité, cela n’existe pas. Il y a un droit à la sécurité nationale; c’est-à-dire, vous pouvez vous attendre que votre gouvernement prenne des mesures pour protéger l’exercice de vos droits, mais pas aux dépens de ces droits. Nous essayons de mettre la charrue devant les bœufs ici. Il est très important que la communauté universitaire réfléchisse et écrive sur ces questions, parce qu’il semble y avoir une confusion ici qui n’est pas utile pour le genre de société dans laquelle nous voulons vivre, grandir et prospérer.

M. MacKay : En plus de la sécurité nationale, il y a la sécurité nord-américaine et la sécurité internationale, alors, c’est une notion qui fluctue. Les droits de la personne peuvent être légèrement difficiles à définir, mais nous sommes relativement clairs sur le genre de choses dont nous parlons. Cependant, lorsque nous parlons de sécurité, les gens utilisent la même étiquette pour des choses très différentes.

Le sénateur Kinsella : Pour ajouter au point soulevé par le sénateur Joyal, nous avons affaire ici à un problème d’ambiguïté. La sécurité, au sens de sécurité nationale, est utilisée comme justification pour porter atteinte à ces droits. Cependant, dans la Déclaration universelle des droits de l’homme, dans l’article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans la Charte, on présente effectivement la sécurité de la personne comme un droit de la personne très clair.

Dans l’ancien temps, on avait l’habitude de penser qu’il s’agissait d’un droit dont l’exécution était spontanée : « État, ne fait rien et je vais profiter de la sécurité de ma personne. » Cependant, dans le monde dans lequel nous vivons aujourd’hui, peut-être est-il nécessaire d’avoir un élément programmatique. Si l’État ne fait rien, le droit à la sécurité de sa personne pourrait ne pas vouloir dire grand-chose.

Senator Smith: We are getting a bit philosophical here, but I think it is useful. While I am not really arguing with Senator Joyal, I would perhaps put my emphasis a little differently.

I was in the Commons when we debated the Charter. It is true that people were not talking about security then; but if 9/11 had happened in 1980, they probably would have been. There is a concept that people expect this of government, going way back to peace, order and good government. What does peace and order mean? Is that security? We could muse about this a fair bit.

In 1970, we had the dreadful events that resulted in the War Measures Act. However, with respect, they were not quite like 9/11 and the World Trade Center. Again, it is a balance.

When I was voting on the Charter, I supported it and was very enthusiastic. I do not recall anyone ever contemplating same-sex marriage at the time. I happen to support the concept — although I have some religious friends who think that is sacrilegious and blasphemous. I do not think it is a religious issue at all; it is a minority rights issue.

Consider invasion of privacy. Things happen because of science. Today, we can take DNA from serial rapists. If we had had that science available in the past, many lives may have been saved in cases where there was only circumstantial evidence against the suspect. I do not want to get into that stuff, except to say you do need some kind of balance when it comes to security. Perhaps I put more emphasis on it than Senator Joyal, but I respect his view; it is just that I have a little more appetite for respecting the public's need for security.

That was not a speech; it was an invitation for any commentary you might want to give in response.

Mr. MacKay: It is true that rights evolve and change, and the language of the Charter is fairly open-ended. The example I would use is the right of privacy. It may well be that as we have an increasingly technological society — and this relates to counterterrorism and security measures such as iris scanning and all the various technological means of surveillance — there will be major threats to what we would think of as human rights in society generally. The increasing focus on surveillance and the end justifying the means results in the use of this technology. If you focus on privacy as the question, maybe we should start thinking about privacy as a kind of human right that is threatened by a host of measures, including our counterterrorism measures.

Senator Andreychuk: The Universal Declaration of Human Rights states in Article 3 that everyone has the right to life, liberty and the security of person. Article 9 states that no one shall be

Le sénateur Smith : Notre conversation est un peu de nature philosophique, mais je pense que c'est utile. Bien que je ne m'oppose pas vraiment au sénateur Joyal, peut-être que je mettrais l'accent un peu différemment.

J'étais à la Chambre des communes lorsque nous avons débattu de la Charte. Il est vrai que les gens ne parlaient pas de sécurité à l'époque; mais si le 11 septembre avait eu lieu en 1980, ils l'auraient probablement fait. Il y a cette notion, que les gens s'attendent à cela du gouvernement, qui remonte aussi loin que la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Que signifie la paix et l'ordre? Est-ce la sécurité? Nous pourrions réfléchir assez longtemps là-dessus.

En 1970, nous avons eu les événements tragiques qui ont mené à l'adoption de la Loi sur les mesures de guerre. Cependant, ceci dit avec tout le respect nécessaire, ces événements ne ressemblaient en rien à ceux du 11 septembre et du World Trade Center. Encore une fois, c'est une question d'équilibre.

Lorsque j'ai voté pour appuyer la Charte, j'étais très enthousiaste. Je ne me souviens pas qu'à l'époque quelqu'un ait contemplé l'idée du mariage entre conjoints du même sexe. Il se trouve que j'appuie cette notion — bien que j'aie des amis religieux qui pensent qu'il s'agit d'un sacrilège et d'un blasphème. Je ne crois pas du tout qu'il s'agisse d'une question religieuse; c'est une question de droits des minorités.

Prenez l'invasion de la vie privée. Des choses arrivent à cause de la science. Aujourd'hui, nous pouvons prendre l'ADN d'un violeur en série. Si nous avions disposé de ces connaissances scientifiques dans le passé, de nombreuses vies auraient peut-être été épargnées dans les cas où il n'y avait que des preuves circonstancielles contre un suspect. Je ne veux pas entrer dans ces détails, sauf pour dire que vous avez besoin d'un certain équilibre lorsqu'il est question de sécurité. Peut-être que je mets plus d'accent sur cette question que le sénateur Joyal, mais je respecte son point de vue; c'est uniquement que j'accorde plus d'importance que lui au respect du besoin de sécurité du public.

Il ne s'agissait pas d'un discours, mais d'une invitation à commenter mes propos.

M. MacKay : Il est vrai que les droits évoluent et changent et que le libellé de la Charte est assez ouvert. L'exemple que j'utiliserai est celui du droit à la vie privée. Dans une société de plus en plus technologique — et cela concerne le contre-terrorisme et les mesures de sécurité comme la lecture de l'iris et tous les divers moyens technologiques de surveillance —, il se pourrait bien qu'il y ait des menaces sérieuses pour ce que nous considérons généralement comme des droits de la personnes dans la société. L'accent accru sur la surveillance et sur la notion que la fin justifie les moyens conduit à l'utilisation de cette technologie. Si nous nous concentrons sur la question de la vie privée, peut-être devrions-nous commencer à penser que la vie privée est un type de droit de la personne qui est menacé par une série de mesures, notamment par nos mesures antiterroristes.

Le sénateur Andreychuk : L'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme précise que toute personne a droit à la vie, à la liberté et la sûreté de sa personne. L'article 9

subjected to arbitrary arrest, detention or exile. Further on in the declaration, it speaks of the responsibility of all individuals and states to promote those rights.

We are really talking about two things: the right to life and the right not to be detained arbitrarily. We are talking about where it is my responsibility to protect myself and others in my community, and when the state must do that. I believe that was the fine balance you were talking about. It is not simply Bill C-36 as we know it now and what our government is doing; you have to take it all into context.

Certainly, in passing Bill C-36 so quickly after 9/11, the government was responding to unknowns. At that time, having planes crash into the World Trade Center was something that no one had contemplated, although security people knew that some horrific act could occur. They did not connect the dots, as we keep saying, but they knew.

Since then, everyone seems to be saying to the government, "Have you thought of this; are you sure you have covered that; are we insecure here; are we insecure there?" The government has responded by taking all these powers to say we are ready, whatever happens.

In the Aeronautics Act, ministers were given unfettered powers to cover anything — not just terrorism, but any kind of disaster or catastrophe that could occur. To me, that is the most troublesome thing, rather than particular sections which I can track — this whole idea that the government will protect me against anything and everything or be held accountable. How can we hold it accountable? Should we not be trying to put more reasonableness into a public debate, rather than the guarantee we are expecting from government?

Mr. MacKay: First, in terms of things like aeronautics, the Public Safety Act has received very little attention, which is interesting given that it is almost as large as the Anti-terrorism Act. We had the original hearings on Bill C-36, and we are now reviewing the Anti-terrorism Act as required; yet we have not looked at the Public Safety Act or the security certificates under the Immigration and Refugee Protection Act, both of which raise large issues in terms of security and human rights.

As you rightly indicate, there are very broad powers of invasion of traditional privacy under the Public Safety Act. There is lack of access to information that would normally be available, sharing of information that in the past was not available and, perhaps most important, a concentration of power.

That goes back to the emergency war setting. Under the War Measures Act and most emergency legislation, power gets concentrated in the executive because there needs to be quick

précise que nul ne peut-être arrêté, détenu ou exilé arbitrairement. Plus loin dans cette déclaration, on parle de la responsabilité de toutes les personnes et des États à promouvoir ces droits.

Nous parlons vraiment de deux choses différentes. Le droit à la vie et le droit de ne pas être détenu arbitrairement. Ce dont nous parlons, c'est à quel moment il est de ma responsabilité de me protéger moi-même et de protéger les autres personnes de ma collectivité et à quel moment, il appartient à l'État de le faire. Je crois que c'était cela l'équilibre délicat dont vous parliez. Ce n'est pas simplement le projet de loi C-36 comme nous le connaissons à l'heure actuelle et ce que notre gouvernement fait; vous devez prendre le tout en contexte.

Il est certain qu'en adoptant le projet de loi C-36 à toute vapeur après le 11 septembre, le gouvernement faisait face à l'inconnu. À cette époque, personne n'avait prévu qu'on ferait s'écraser des avions sur le World Trade Center bien que les gens qui travaillent dans le domaine de la sécurité savaient que quelque chose d'épouvantable pouvait se produire. Ils n'ont pas su relier les points, comme nous le répétons sans cesse, mais ils savaient.

Depuis, tout le monde semble dire au gouvernement : « Avez-vous pensé à ceci; êtes-vous certain d'avoir réglé cela; manquons-nous de sécurité ici; et là? » Le gouvernement a répondu en se donnant tous ces pouvoirs pour dire que nous sommes prêts, quoiqu'il advienne.

Dans le cadre de la Loi sur l'aéronautique, les ministres se sont vu attribuer des pouvoirs absolus pour couvrir n'importe quelle situation — pas seulement le terrorisme, mais n'importe quel genre de désastre ou de catastrophe qui pourrait survenir. À mes yeux, c'est ce qui est le plus troublant, plus que certains articles particuliers que je peux retracer — toute cette idée que le gouvernement me protégera contre n'importe quoi ou bien il devra rendre des comptes. Comment pouvons-nous exiger qu'il rende des comptes; ne devrions-nous pas essayer d'insuffler plus de raison dans le débat public, plutôt que de parler de la garantie que nous attendons du gouvernement?

M. MacKay : Premièrement, en ce qui concerne des choses comme l'aéronautique, la Loi sur la sécurité publique a reçu très peu d'attention, ce qui est intéressant compte tenu du fait qu'elle est presque aussi importante que la loi antiterroriste. Nous avons eu les audiences initiales concernant le projet de loi C-36 et nous révisons actuellement la loi antiterroriste comme il était prévu de le faire; pourtant, nous n'avons pas examiné la Loi sur la sécurité publique ni les certificats de sécurité en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, qui soulèvent tous les deux des problèmes importants en terme de sécurité et de droits de la personne.

Comme vous l'avez indiqué à juste titre, il y a dans la Loi sur la sécurité publique des pouvoirs très étendus permettant d'empiéter sur les droits traditionnels à la vie privée. Il y a moins d'accès à l'information que normalement, plus d'échange d'information que dans le passé et, sans doute plus important encore, une concentration des pouvoirs.

Cela tient à l'urgence du temps de guerre. En vertu de la Loi sur les mesures de guerre et de la plupart des lois d'urgence, les pouvoirs sont concentrés entre les mains de l'organe exécutif,

decision making and response in times of crisis. However, one would not normally accept that on an ongoing basis because it is not consistent with our view of parliamentary democracy and balance in society.

In areas like the Public Safety Act, we have a lot of concentration of power in ministers, the Governor-in-Council and others to make decisions that they would not normally be able to make. Yet we have had very little review or accountability of that legislation or other related legislation. We are only now looking seriously at the security certificates because of the media coverage of high-profile cases like Zundel and others, but the certificates have been around since 1991. That raises large issues of liberty of the citizen, human rights and other kinds of issues that are quite important to review; again, I come back to the accountability on a broader scale than just the Anti-terrorism Act.

We are focusing on the Anti-terrorism Act, which has not really had a lot of use. However, we are not necessarily looking at some other statutes that have had a lot of use, and that raise very practical, on-the-ground issues of human rights limitations in the name of security.

Senator Joyal: I want to come back to the issue of privacy and the B.C. Privacy Commissioner. Are you aware that the President of the Treasury Board has announced that the government will come forward with a policy to protect Canadian companies from the application of section 238, I believe, of the Patriot Act? The section compels American subsidiaries in Canada to disclose information without having been notified that they are subject to the American act. The government intends to legislate, if need be, to make sure that the privacy of Canadians is protected, especially with the exchange of data. One would think of things such as credit cards and all the other financial transactions that Canadians may have with U.S. companies that are subject to the Patriot Act and to disclosure in the United States. Were you aware of that?

Mr. MacKay: I was not. I am happy to hear about that because of concerns that sensitive personal information may be available. Another one to add to the list would be health information. In some of the Maritime provinces, for instance, health information is handled by private companies that are subsidiaries of American firms, so that could go to the United States.

That does seem to circumvent the kind of privacy protections that we have in Canada, which tend to be broader than in the U.S., so I would certainly welcome that as a step in the right

parce qu'en temps de crise, il est nécessaire que la prise de décision et les réactions soient rapides. Cependant, normalement, nous n'accepterions pas cette situation sur une base permanente parce que cela n'est pas conforme à l'idée que nous nous faisons de la démocratie parlementaire et de l'équilibre dans la société.

Dans des secteurs comme la Loi sur la sécurité publique, nous avons une forte concentration des pouvoirs entre les mains des ministres, du gouverneur en conseil et d'autres personnes et ces dernières prennent des décisions qu'elles ne seraient pas appelées à prendre normalement. Et pourtant, nous avons eu très peu d'examen ou de reddition de comptes concernant cette législation et d'autres lois connexes. Ce n'est que maintenant que nous examinons sérieusement la question des certificats de sécurité en raison de la couverture médiatique touchant certaines causes célèbres comme celles de Zundel et d'autres, mais ces certificats existent depuis 1991. Cela soulève des questions plus vastes liées à la liberté des citoyens, aux droits de la personne et d'autres types de problèmes qu'il est très important d'examiner; encore une fois, je reviens à la question de la reddition de comptes à une échelle plus vaste que la seule loi antiterroriste.

Nous concentrons notre attention sur la loi antiterroriste qui n'a pas vraiment été beaucoup utilisée. Cependant, nous n'examinons pas nécessairement certaines autres lois qui sont beaucoup plus utilisées et qui soulèvent des questions très pratiques, terre à terre, sur les restrictions imposées aux droits de la personne au nom de la sécurité.

Le sénateur Joyal : Je veux revenir sur la question de la protection de la vie privée et du commissaire à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique. Saviez-vous que le Président du Conseil du Trésor a annoncé que le gouvernement proposera une politique pour protéger les entreprises canadiennes de l'application de l'article 238, je pense, de la Patriot Act? Cet article oblige les filiales d'entreprises américaines installées au Canada à divulguer de l'information sans que ces personnes aient été prévenues qu'elles sont assujetties à la loi américaine. Le gouvernement a l'intention de légiférer, si besoin est, pour s'assurer que la vie privée des Canadiens est protégée, surtout dans le cadre de l'échange de données. On pense à des choses comme les cartes de crédit et toutes les autres transactions financières que les Canadiens peuvent avoir avec des entreprises américaines qui sont assujetties à la Patriot Act et à la divulgation aux États-Unis. Étiez-vous au courant de cela?

M. MacKay : Je ne savais pas. Je suis heureux de l'apprendre à cause des préoccupations que suscite le fait que des renseignements personnels délicats puissent être accessibles. Un autre type d'information à ajouter à la liste, ce serait l'information sur la santé. Dans certaines provinces des Maritimes, par exemple, l'information sur la santé est traitée par des entreprises privées qui sont des filiales d'entreprises américaines; alors, cette information pourrait se retrouver aux États-Unis.

Cela semble court-circuiter le genre de protections de la vie privée que nous avons au Canada et qui ont tendance à être plus vastes qu'aux États-Unis; alors, j'accueille volontiers cette mesure

direction. It would be consistent with what Minister McLellan indicated to this committee, that the privacy rights of Canadians should be set by Canadian law, not by American law.

The Chairman: Professor MacKay, we appreciate you coming to our committee and we hope to see you again.

Professor Cameron is our next witness. The floor is yours.

Ms. Jamie Cameron, Professor, Osgoode Hall Law School: I would like to begin by thanking members of the Senate committee for inviting me to participate in these hearings. I hope what I have to say will do more than repeat and reinforce what others have already spoken of this afternoon.

I will begin with a couple of comments on the three-year review under section 145. I think these hearings are a very important part of that process.

Section 145 demands a comprehensive review of the provisions and operations of Bill C-36. Yet, according to the Public Safety Minister's remarks, which were reported in the newspapers, the government got it right the first time. None of the dire consequences that were predicted in the fall of 2001 had come true: investigative hearings were only held once: only one person had been arrested under the legislation: and fine tuning was all that was needed.

I want to make it clear to members of the committee that I do not agree with that assessment of Bill C-36. That is why I begin by redirecting the committee's attention to section 145 and its imperative that a comprehensive review be undertaken.

I have neither the time nor the expertise to provide a comprehensive review of all the issues I have with Bill C-36. Instead, I will pick out some themes or irritants about Canada's response to 9/11 and the problem of terrorism. Several of these cut across different parts of Bill C-36 and our response to 9/11 — things like the security certificate process.

As Professor MacKay said a few moments ago, we are talking about a package of responses; and in that context, it is a little difficult to isolate Bill C-36. I understand that the committee's mandate is specific to a review of Bill C-36, but it is impossible to avoid talking about a series of responses and measures that have been taken to combat terrorism. In this way, I hope I can provide some modest guidance to the committee in its work ahead.

I have prepared a short list of the issues that, in my view, should be of special concern to the committee. The first is the concept of national security, which I have described as "the pre-emptive concept of national security" in my speaking notes, a term I will explain in a moment.

comme un pas dans la bonne direction. Cela serait cohérent avec les propos tenus par la ministre McLellan devant le présent comité, à savoir que les droits à la vie privée des Canadiens devraient être établis par la loi canadienne et non par la loi américaine.

La présidente : Monsieur MacKay, nous sommes heureux que vous ayez accepté de venir témoigner devant notre comité et nous espérons vous revoir.

Mme Cameron est notre prochain témoin. La parole vous appartient.

Mme Jamie Cameron, professeure, Osgoode Hall Law School : J'aimerais commencer par remercier les membres du comité sénatorial de m'avoir invitée à participer à ces audiences. J'espère que ce que j'ai à dire ne se limitera pas simplement à répéter et à renforcer ce que d'autres ont dit cet après-midi.

Je vais commencer par quelques observations sur l'examen de trois ans en vertu de l'article 145. Je pense que ces audiences sont une partie très importante de ce processus.

L'article 145 exige un examen approfondi des dispositions et de l'application du projet de loi C-36. Pourtant, selon les observations de la ministre de la Sécurité publique, qui ont été rapportées dans les journaux, le gouvernement a fait mouche du premier coup. Aucune des conséquences désastreuses prévues à l'automne de 2001 ne s'est matérialisée : des audiences d'enquête n'ont été tenues qu'une seule fois et seulement une personne a été arrêtée en vertu de cette loi; donc, seul un peu de peaufinage s'avère nécessaire.

Je veux que les membres du comité sachent clairement que je ne suis pas d'accord avec cette évaluation du projet de loi C-36. C'est pourquoi je commence en attirant de nouveau l'attention du comité sur l'article 145 en disant qu'il est impératif qu'un examen approfondi soit réalisé.

Je n'ai ni le temps ni l'expertise pour fournir un examen approfondi de toutes les questions que soulève chez moi le projet de loi C-36. Je vais plutôt choisir des thèmes ou des irritants liés à la réponse du Canada aux événements du 11 septembre et au problème du terrorisme. Plusieurs de ces questions intéressent différents volets du projet de loi C-36 et de notre réponse aux événements du 11 septembre — des choses comme le processus des certificats de sécurité.

Comme l'a dit M. MacKay il y a quelques instants, nous parlons d'un ensemble de réponses et dans ce contexte, il est un peu difficile d'isoler le projet de loi C-36. Je comprends que le mandat du comité porte précisément sur l'examen du projet de loi C-36, mais il est impossible de passer sous silence une série de réponses et de mesures qui ont été prises pour lutter contre le terrorisme. De cette façon, j'espère pouvoir offrir une modeste contribution aux travaux à venir du comité.

J'ai préparé une courte liste des questions qui, à mon avis, devraient être une source de préoccupation spéciale pour le comité. La première est le concept de sécurité nationale, que j'ai décrit comme le « concept anticipé de sécurité nationale » dans mes notes d'allocation, une expression que je vais expliquer dans un moment.

Second on my list is secrecy and non-disclosure, which I view as a fairly serious defect in various parts of Bill C-36 and in other legislative provisions such as the security certificate process. Third are due process deficits or deficiencies.

Fourth is the definition of “terrorist activity,” which was one of my concerns in the fall of 2001 when I appeared before the Senate to discuss Bill C-36. Finally, I wanted to say something about the Charter of Rights and Freedoms and the democratic process.

I listened with considerable interest to the exchanges between members of the committee and Professor MacKay on the question of security, because national security is the first issue on my list. It is also the overarching principle in Bill C-36; if you look at the preamble of the bill, security is invoked again and again in the successive paragraphs.

My concern about the focus on national security is that it has become an absolute and unanswerable concept in all discussion of anti-terrorism measures. It seems that whenever the government invokes national security, whatever it does is immune from challenge. As such, the concept of national security does have a tendency to pre-empt and even silence those who defend the rights of individuals that are affected by this legislation.

The Public Safety Minister said that the government got it right in the fall of 2001 when it enacted Bill C-36. However, it seems to me that the balance is somewhat skewed in favour of national security over the rights of individuals. Therefore, I disagree that that is the appropriate way the two sets of competing interests should be balanced.

There are examples in my speaking notes of how national security enters into Bill C-36 and other kinds of measures and events that have occurred since 9/11. The provision that enables the government to create a list of terrorist groups makes specific reference to national security. The public is not entitled to know much of what is going on with the *Arar* inquiry because of national security. There is, as well, the security certificate process.

While national security is the conceptual foundation for the entire act, I would argue that all the provisions in the bill are based on a skewed conception of the appropriate balance between national security and the rights of individuals.

My second point has to do with secrecy and non-disclosure. Certain parts of the act operate in secret. A good example is the investigative hearing that was initiated in Vancouver as a sort of an ancillary to the Air India trial which was under way at the same time.

The secrecy of that investigative hearing was highly problematic for two reasons: the fact that the process was taking place entirely in secret created and compounded the opportunity for an abuse of process; and the exercise of that power to initiate that process was not transparent. As a result, the state was not held accountable for the way the power was

En deuxième position dans ma liste se trouvent la confidentialité et la non-divulgence que je considère comme de lacunes assez sérieuses dans différentes parties du projet de loi C-36 et dans d'autres dispositions législatives telles que le certificat de sécurité. Les manquements ou les lacunes de l'application régulière de la loi sont en troisième position.

Quatrièmement, la définition « d'activité terroriste » comptait parmi mes préoccupations en automne 2001 lors de ma comparution devant le Sénat pour parler du projet de loi C-36. Finalement, je veux dire quelque chose au sujet de la Charte des droits et libertés et du processus démocratique.

J'ai écouté très attentivement la discussion entre les membres du comité et le professeur MacKay sur la sécurité, car la sécurité nationale occupe la première place dans ma liste. C'est aussi le grand principe dans le projet de loi C-36; le préambule du projet de loi mentionne constamment la sécurité dans les paragraphes successifs.

Ce qui m'inquiète dans l'accent mis sur la sécurité nationale, c'est qu'il est devenu un concept absolu et irréfutable dans toutes les discussions sur les mesures antiterroristes. Il semble que chaque fois que le gouvernement invoque la sécurité nationale, il est à l'abri de toute critique et ce quoiqu'il fasse. Par conséquent, la question de la sécurité nationale tend à intimider et à réduire au silence ceux qui défendent les droits des individus touchés par ce projet de loi.

La ministre de la Sécurité publique a déclaré que le gouvernement avait raison de promulguer le projet de loi C-36 en automne 2001. Cependant, il me semble que l'on se soucie plus de la sécurité nationale que des droits des individus. Je ne pense donc pas que ce soit la bonne façon de procéder pour établir l'équilibre entre deux intérêts divergents.

Ma note d'allocution contient des exemples sur la sécurité nationale dans le projet de loi C-36 et d'autres genres de mesures et d'événements qui se sont produits depuis le 11 septembre. La disposition qui permet au gouvernement d'établir une liste de groupes terroristes fait spécifiquement référence à la sécurité nationale. À cause de la sécurité nationale, le public n'a pas le droit de savoir trop ce qui se passe dans l'enquête de l'affaire *Arar*. Il y a aussi le processus du certificat de sécurité.

Bien que la sécurité nationale soit le fondement conceptuel de toute la Loi, je pense que toutes les dispositions du projet de loi sont fondées sur une conception biaisée de l'équilibre approprié entre la sécurité nationale et les droits des individus.

Mon deuxième point concerne le secret et la non-divulgence. Certaines parties de la loi impliquent le secret. L'audience d'investigation initiée à Vancouver à titre accessoire du procès de Air India qui se déroulait en même temps en est un bon exemple.

Le secret entourant cette audience d'investigation était très problématique pour deux raisons : le fait que le processus avait lieu à huis clos créait et favorisait l'éventualité d'un abus du processus; et l'exercice de ce pouvoir pour lancer ce processus n'était pas transparent. L'État n'était pas donc tenu responsable de la façon dont le pouvoir était exercé jusqu'à la découverte, par

exercised until the existence of the investigative hearing was discovered by happenstance. There is a problem with secrecy and the extent to which it is allowed or indicated by the mechanisms of Bill C-36.

Related to that is the issue of non-disclosure, which is another serious defect in the various anti-terrorism measures that have been put in place. There is a lack of public accountability when information and evidence is withheld from the public.

For instance, why are certain organizations listed as terrorist groups? We do not get an explanation, because the information on which the decision is based is withheld. Why is Ernst Zundel a threat to national security? The specifics of that information were likewise withheld in the security certificate proceeding that was recently concluded in the Federal Court. There is an accountability gap in such circumstances that I think reflects adversely on the credibility and legitimacy of those kinds of decisions.

A second problem is that the non-disclosure of information disadvantages those who are subject to the act and creates a near-conclusive presumption in favour of the state. Individuals who are subject to the terms of the act have no access to the case against them. That is a violation of the basic principle of fairness that an individual is entitled to know the case against him and to have some opportunity to meet it. I take very seriously the opportunity for secrecy, and the provisions of the Anti-terrorism Act that are based on non-disclosure of information.

Fourth, there are due process deficiencies, many of which I have already mentioned. There are the issues around about non-disclosure; the Air India trial and the misapplication of the power to compel witnesses, against their right to remain silent and their freedom from self-incrimination, to attend an investigative hearing; and the power to create a list of terrorist groups.

On that last point, I would add that this mechanism strikes me as being quite flawed. The grounds on which groups are listed are not disclosed either to the groups or to the public. There is very limited access to review any decision to place a group on the list.

A third reason, which I give a little bit more detail on in my speaking notes, is that it seems as though this power has been exercised in an arbitrary and rather political way and, for that reason, is not particularly credible. I refer to the constant allegations that you see, particularly in the *National Post*, that the LTTE and the Tamil organizations should be included on the list and that the government has chosen to exclude those organizations for political reasons. I do not know whether those organizations should be on the list or not. I am drawing it to your attention because the decision to list organizations as terrorist groups is not based on evidence or criteria that is available to the public or to the groups who end up on the list, and that is a problem.

hasard, de l'audience d'investigation. Le secret et les limites de son utilisation permise ou indiquée dans le projet de loi C-36 posent problème.

La non-divulgence est liée à ce problème et constitue une autre importante lacune dans les diverses mesures antiterroristes mises en place. Il y a un manque de reddition de comptes à l'égard du public lorsque les informations et les preuves ne lui sont pas divulguées.

Par exemple, pourquoi certaines organisations sont-elles dans la liste des groupes terroristes? On ne nous donne pas d'explication, car l'information à partir de laquelle cette décision a été prise n'est pas communiquée. Pour quelle raison Ernst Zundel menace la sécurité nationale? Les détails de cette information n'ont pas été communiqués dans la procédure du certificat de sécurité qui a été récemment conclu à la Cour fédérale. Il y a une lacune au niveau de la reddition de comptes dans de telles circonstances et, à mon avis, cela nuit à la crédibilité et à la légitimité de ce genre de décisions.

Un deuxième problème, c'est que la non-divulgence de renseignements désavantage ceux qui sont assujettis à la loi et crée une présomption quasi-irréfutable en faveur de l'État. Les individus assujettis aux termes de la Loi ne savent pas de quoi on les accuse. C'est une violation du principe fondamental de justice établissant qu'un individu a le droit de savoir de quoi on l'accuse et de pouvoir se défendre. Je prends très au sérieux le secret et les dispositions de la Loi antiterroriste fondés sur la non-divulgence de l'information.

Quatrièmement, il y a des lacunes au niveau du processus d'application régulière de la loi, j'en ai déjà mentionné plusieurs. Il y a les problèmes liés à la non-divulgence; le procès de Air India et la mauvaise utilisation du pouvoir pour empêcher à des témoins leur droit de garder le silence et d'être à l'abri de l'auto-incrimination, à assister à une audience d'investigation; et le pouvoir d'établir une liste de groupes terroristes.

Sur ce dernier point, j'ajouterai que ce mécanisme me paraît être très insuffisant. Les motifs pour lesquels des groupes sont inclus dans une liste ne sont également pas communiqués aux groupes ou au public. Il y a très peu de possibilités de revoir une décision d'inclure un groupe dans la liste.

Une troisième raison, un peu plus détaillée dans ma note d'allocation, c'est qu'il semble que même si ce pouvoir ait été exercé de façon arbitraire et plutôt politique, il n'est pas particulièrement crédible pour cette raison. Je renvoie aux allégations qui ne cessent de paraître, surtout dans le *National Post*, demandant l'inclusion du LTTE et des organisations tamoules dans la liste et que le gouvernement a choisi de les exclure pour des raisons politiques. Je ne sais pas si ces organisations devraient être ou non dans la liste. Je vous le signale car la décision d'inclure des organisations dans la liste de groupes terroristes n'est pas fondée sur des preuves ni sur des critères disponibles au public ou aux groupes qui se retrouvent dans la liste, et cela pose problème.

Regarding the definition of terrorist activity, I was opposed in the fall of 2001 — and I remain opposed — to the definition's targeting of groups on political, religious or ideological grounds. I am deeply troubled by the definition of terrorist activity in the act, which includes any act that is committed:

... in whole or in part for a political, religious or ideological purpose, objective or cause ...

It is not necessary to punish individuals and groups for their beliefs to achieve the goals of this legislation. I view this as a form of statutory profiling. I know the committee has been concerned with the problem of profiling, and here we have profiling in the legislation's definition of terrorist activity, which stigmatizes groups and organizations. It places a chill on their legitimate activities, contributes to a culture of suspicion and sends the message that Parliament thinks profiling is okay.

If Parliament says it is okay to target groups because of their political, religious and ideological beliefs, then it is hardly surprising that police, airport officers and customs officers will do the same thing. It is there in the legislation. I feel very strongly that is a part of the legislation that the committee ought to look at and reflect seriously upon.

I want to say a couple of things about the democratic process, which reinforces some of the discussion I heard in Professor MacKay's presentation. Three years after the fact, now that the immediate fear and the emergency of 9/11 have abated, we have the opportunity to reflect on Bill C-36, its consequences for the rights of individuals and the unprecedented powers it grants the state.

I am not convinced that the state needs to have all these powers. I believe the burden is on the government to explain why these powers are indispensable in the fight against terrorism, and I am not sure that explanation has been given. In my view, to the extent certain powers are not indispensable or are exercised at too great a cost to the rights and freedoms we prize, those powers should be amended, modified and even eliminated.

I will stop with that and entertain questions, as I am sure I have provoked a few.

Senator Smith: One or two of our previous witnesses said they did not buy into the concept that we had whatever powers we needed already in the Criminal Code, if they were just used as they could have been used. Are you of that school of thought? Did you think the Criminal Code was adequate for what powers were needed, or do you think we needed additional measures?

Ms. Cameron: I will give you a yes and no answer. Yes, the Criminal Code was up to the job of punishing acts of terrorism that had actually been committed. I cannot think of any gaps in it that would allow those acts to go unpunished.

What Bill C-36 did, which the Criminal Code does not, is to give the government the power to take preventive action against prospective acts of terrorism. It does so through measures like the listing mechanism, the financing provisions, the provisions that deal with forfeiture of property, freezing of property, seizure,

En ce qui concerne la définition de l'activité terroriste, je m'étais opposée en automne 2001 — et je m'oppose toujours — à la définition ciblant des groupes pour des motifs politiques, religieux ou idéologiques. Je suis très inquiète par la définition de l'activité terroriste dans la loi qui inclut tout acte commis :

... au nom d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique...

Il n'est pas nécessaire de punir des individus et des groupes pour leurs croyances afin d'atteindre les objectifs de cette loi. J'estime que c'est une forme de profilage statutaire. Je sais que le problème de profilage préoccupe le comité et voilà du profilage dans la définition de l'activité terroriste dans la loi qui stigmatise des groupes et des organisations. Cette définition dissuade leurs activités légitimes, elle alimente la méfiance et transmet le message que le Parlement estime que le profilage est acceptable.

Si le Parlement déclare qu'il est acceptable de cibler des groupes à cause de leurs croyances politique, religieuse et idéologique, il ne faut donc pas s'étonner si la police, les agents de aéroports et les douaniers feront la même chose. C'est dans la loi. Je crois fermement que c'est une partie de la loi que le comité devrait examiner attentivement.

Je veux dire deux ou trois autres choses sur le processus démocratique qui rejoignent certains points présentés par le professeur MacKay. Trois ans après les faits, aujourd'hui que les craintes immédiates et l'urgence du 11 septembre se sont résorbées, nous avons l'occasion d'examiner le projet de loi C-36, son impact sur les droits des individus et les pouvoirs sans précédent qu'il accorde à l'État.

Je ne suis pas persuadée que l'État a besoin de tous ces pouvoirs. Je crois qu'il appartient au gouvernement d'expliquer pourquoi ces pouvoirs sont indispensables dans la lutte contre le terrorisme; je ne suis pas sûre qu'il l'ait fait. Je pense que compte tenu du fait que certains pouvoirs ne sont pas indispensables ou que leur exercice présentent un risque trop élevé pour les droits et libertés que nous chérissons, ces pouvoirs devraient être amendés, modifiés et même supprimés.

Je m'arrête ici pour répondre à vos questions, car je suis sûre en avoir suscitées quelques-unes.

Le sénateur Smith : Un ou deux de nos témoins précédents ont dit ne pas croire que le Code criminel nous conférait tous les pouvoirs, quels qu'ils soient, dont nous avons besoin, et qu'ils étaient utilisés de la seule façon dont ils pouvaient l'être. Êtes-vous de cet avis? Pensez-vous que le Code criminel prévoyait les pouvoirs qui étaient nécessaires ou pensez-vous que nous avions besoin de mesures supplémentaires?

Mme Cameron : Je vous répondrai par oui et par non. Oui, le Code criminel prévoyait la punition d'actes terroristes commis. Je ne vois pas de lacunes dans le Code qui permettraient à ces actes de rester impunis.

Ce que le projet de loi C-36 a fait, et que le Code criminel ne fait pas, c'est de donner au gouvernement le pouvoir d'adopter des mesures préventives contre d'éventuels actes terroristes au moyen de mesures telles que l'établissement de listes, les dispositions sur le financement, les dispositions prévoyant le

restraint — all those kinds of things. The provisions that deal with facilitating, harbouring, et cetera are another part of Bill C-36 that provides a value-added dimension to the Criminal Code; they go beyond it in terms of providing assistance to terrorist activities or terrorist groups.

Senator Smith: For the sake of discussion, if we accept your analysis of the categories, do you think it is a valid and legitimate role for government to try to actively prevent terrorist activities? If so, to what extent?

Ms. Cameron: I have difficulty with far-reaching, speculative, preventive powers and measures. It is difficult to confer powers on the government to prevent offences that may never be committed. There is a price to pay for that in terms of the rights of individuals; individual rights and liberties are curtailed and affected, notwithstanding the fact that we do not know whether any offences will be committed. I have a problem with the idea of pre-emptive action. I would require a fairly high threshold of risk or danger to the government before I would see that as a permissible mechanism for the government to activate.

In terms of the specific provisions in the act, I am concerned about the reach and breadth of those parts that deal with facilitating terrorist activities. You have to worry about the remoteness of the connection between the activity of the person and any subsequent terrorist activity that might or might not be committed. As the connection becomes more remote, the cost to the rights of individuals becomes more difficult to justify.

I also have problems with having a list of terrorist groups generated at the political level. It is not so much with the idea of a list generally, but rather with the transparency and the grounds on which the list is created — with who is in and who is out, whether there is a provision to review the list and whether there is disclosure of the basis on which a group is listed.

Senator Smith: Would you have trouble with al Qaeda being on the list?

Ms. Cameron: I do not know. I would need to know what the information is about al Qaeda in Canada because I do not know whether there are operatives here. A listing has to be based on evidence for any of these consequences to groups and organizations.

Senator Kinsella: Do you think there is a correlation with the federal government's perception of the amount of pressure it is under from countries such as the United States and the United Kingdom? We heard a witness from Singapore last evening, whose testimony seemed to indicate that the people in Singapore are also of the view that Canada should have tougher anti-terrorism legislation. Do you think there is a relationship between international pressure and the content of the Anti-terrorism Act, and the kinds of amendments to the existing act that the federal government might be prepared to support?

blocage, la saisie et la confiscation des biens — ce genre de mesures. Les dispositions concernant le fait de rendre possible des actes terroristes, d'héberger des terroristes, etc. sont une autre partie du projet de loi C-36 qui donne une dimension à valeur ajoutée au Code criminel; ces dispositions vont plus loin en ce qui concerne l'aide apportée aux activités terroristes ou aux groupes terroristes.

Le sénateur Smith : Aux fins de la discussion, si nous acceptons votre analyse des catégories, pensez-vous que le gouvernement peut jouer un rôle valide et légitime pour essayer d'empêcher activement les activités terroristes? Dans ce cas, dans quelle mesure?

Mme Cameron : Les pouvoirs et les mesures de grande envergure, spéculatifs et préventifs me posent problème. J'ai du mal à accepter l'idée de conférer des pouvoirs au gouvernement pour empêcher des infractions qui peuvent ne jamais être commises. Cela comporte un risque au plan des droits des individus, les droits et libertés individuels sont limités et touchés, en dépit du fait que nous ne savons pas si des infractions seront commises. J'ai du mal à accepter l'idée de mesures préventives. Il faudra que l'on me prouve un niveau de risques ou de dangers très élevé envers le gouvernement avant que je n'accepte que ce mécanisme soit mis en place par le gouvernement.

En ce qui concerne les dispositions particulières dans la Loi, la portée et l'ampleur des parties traitant de l'aide aux activités terroristes me préoccupent. On doit s'inquiéter de l'écart entre l'activité d'une personne et de toute activité terroriste ultérieure qui pourrait ou non être commise. Moins il y a d'écart, plus il est difficile de justifier l'atteinte aux droits des individus.

Le fait que ce soit des politiciens qui établissent une liste de groupes terroristes me préoccupe aussi. Pas tant l'idée d'une liste, mais plutôt la transparence et les fondements sur lesquels on s'appuie pour créer la liste — qui est dans la liste et qui ne l'est pas, y a-t-il ou non une disposition prévoyant un examen de la liste et est-ce que le motif de l'inclusion d'un groupe dans la liste sera divulgué?

Le sénateur Smith : Est-ce que l'inclusion d'al-Quaïda dans la liste vous pose un problème?

Mme Cameron : Je ne sais pas. Je devrais avoir les renseignements sur al-Quaïda au Canada, car je ne sais pas s'il y a des agents ici. Une liste doit être fondée sur des preuves concernant ces groupes et organisations.

Le sénateur Kinsella : Pensez-vous que les pressions exercées sur le gouvernement fédéral de la part de pays comme les États-Unis et le Royaume-Uni ont quelque chose à faire? Le témoignage d'un témoin de Singapour présenté hier soir semblait indiquer que les gens de Singapour pensent aussi que la Loi antiterroriste devrait être plus sévère au Canada. Pensez-vous que la pression internationale ait une influence sur le contenu de la Loi antiterroriste et le genre d'amendements que le gouvernement fédéral est prêt à appuyer?

We have not used many of the powers authorized in the act. To what extent are we keeping the statute as is, if that is the intent of the government, or keeping whatever amendments they might find benign enough to allow in? I am trying to understand the psychology of the present government vis-à-vis dealing with this act. Could you comment on translating that into the political realm, given the majority in the legislative chamber from which it receives direction?

Ms. Cameron: Yes. In the fall of 2001, I wrote a short article that was a little irreverent entitled, "Bill C-36, Canada's Me Too Legislation." By that, I meant that Canada was joining forces to show its solidarity with the rest of the Western world in response to 9/11 by putting in place fairly tough anti-terrorism legislation and regulations.

I have to guess that there would be political resistance to any proposal for significant amendments to Bill C-36 on the grounds that we have it in place. It is difficult to retreat from that, particularly in light of all the sensitivities with the United States about whether we are doing enough to play our part in respect of security.

I have tried to select some of the discrete issues that strike me as being important and fundamental. I would push on those fronts to the extent possible, because we have this opportunity to reflect on what we did by enacting Bill C-36. We can consider whether all the powers created and authorized by this legislation are now necessary.

I believe that investigative hearings and preventive arrests are candidates for repeal. It has not been shown necessary for the government to exercise those powers. I agree with Professor MacKay, who said, I believe, that the burden is on the government to justify these powers because they come, unquestionably, at the expense of the rights of individuals. If these powers are not of any utility and, like the investigative hearing, remain available and pose a potential abuse of process, then they are legitimate candidates for repeal, amendment or modification.

I would like to comment on the investigative hearing, which is section 83.28. Professor MacKay made reference to the Supreme Court of Canada decision that upheld section 83.28 and the constitutionality of the investigative hearing. However, I want to add a qualification. A majority of the Supreme Court of Canada, in a companion case, was strict on the point that investigative hearings under section 83.28 are subject to a constitutional requirement of openness. They cannot be held in secret, unless the government comes forward with evidence to support an exception to the time-honoured principle of open hearings.

As well, section 83.28 was not a unanimous opinion of the Supreme Court of Canada. One member of the court found that the Air India investigative hearing was an outrage and an abuse of process, and two members of the court were prepared to strike down 83.28. They also agreed with the member of the court who wrote an opinion explaining why he viewed it as an abuse of process.

Nous n'avons pas utilisé beaucoup de pouvoirs autorisés par la loi. Jusqu'à quel point gardons-nous la loi telle qu'elle est, si c'est ce que le gouvernement entend faire, ou les amendements qu'il jugera suffisamment inoffensifs pour les accepter? J'essaie de comprendre ce que pense le gouvernement actuel de cette Loi. Quelles seront, à votre avis, les réactions politiques compte tenu de la majorité au sein de l'assemblée législative qui établit l'orientation des politiques du gouvernement?

Mme Cameron : Oui. À l'automne 2000, j'ai écrit un petit article un peu irrévérencieux intitulé « Le projet de loi C-36 du Canada : Moi, j'en ai un » pour faire allusion au fait qu'en réponse aux événements du 11 septembre, le Canada adoptait une Loi antiterroriste assez sévère pour manifester sa solidarité avec les autres pays occidentaux.

Je suppose qu'étant donné que le projet de loi C-36 est en vigueur, toute proposition d'amendement suscitera une résistance politique. Il est difficile d'y toucher compte tenu de toutes les craintes des États-Unis sur le rôle que nous jouons en matière de sécurité.

J'ai essayé de choisir certaines questions discrètes qui me semblent être importantes et essentielles. Je m'y attacherai autant que possible, car l'occasion nous est donnée de réfléchir à ce que nous avons fait en promulguant le projet de loi C-36. Nous pouvons voir si tous les pouvoirs créés et autorisés par cette Loi sont nécessaires aujourd'hui.

Je crois que les audiences d'investigation et les arrestations à titre préventif peuvent être abrogées. Il n'a pas été démontré qu'il est nécessaire que le gouvernement exerce ces pouvoirs. Je rejoins le professeur MacKay quand il dit, je crois, qu'il appartient au gouvernement de justifier ces pouvoirs car ils portent indiscutablement atteinte aux droits des individus. Si ces pouvoirs ne sont d'aucune utilité et, comme l'audience d'investigation, restent en vigueur et ouvrent la porte à des abus, alors ils peuvent être légitimement abrogés, amendés ou modifiés.

Je voudrais dire un mot à propos de l'audience d'investigation, c'est-à-dire l'article 83.28. Le professeur MacKay a mentionné la décision de la Cour suprême du Canada confirmant l'article 83.28 et la constitutionnalité de l'audience d'investigation. Cependant, je voudrais ajouter une précision. Dans le cadre d'une affaire connexe, une majorité au sein de la Cour suprême du Canada a jugé clairement que les audiences d'investigation prévues par l'article 83.28 sont assujetties à une exigence constitutionnelle de transparence. Elles ne peuvent pas être tenues en secret, sauf si le gouvernement présente une preuve d'exception au principe consacré de longue date des audiences publiques.

En plus, la Cour suprême du Canada ne s'était pas prononcée à l'unanimité au sujet de l'article 83.28. Un membre du tribunal a jugé que l'audience d'investigation d'Air India était un outrage et un abus du processus et deux membres du tribunal étaient prêts à supprimer l'article 83.28. Ils se sont aussi rangés à l'avis du membre du tribunal qui a exprimé son point de vue par écrit pour expliquer la raison pour laquelle il considérait que c'était un abus du processus.

I would be reluctant to concede that Bill C-36 should remain as is simply because there is a need to fall in line with what other countries have done. It is worth noting that the highest courts in the United States and the United Kingdom have had to tell their governments that they have gone too far with some of their anti-terrorist measures.

The U.S. Supreme Court, which is not exactly a bastion of liberalism at this time, cracked down on the Bush administration for some of its policies and practices with respect to detainees. Likewise, the House of Lords found unconstitutional some of the provisions of the British legislation.

Senator Kinsella: The current sunset provision in the act will deal with those two in two years hence, when the burden will be on the government to make the case, if it seeks to reinstate those provisions.

Senator Joyal: I would like Professor Cameron to continue on that issue. On page 6 of your brief, the last two lines in the paragraph before the recommendations state:

It is the responsibility of those who defend these measures to explain and demonstrate why they are necessary. And in the absence of that explanation, the Committee should recommend significant changes to the legislation.

It seems to me that with the passing of time, there is a kind of reverse onus. At the beginning when this bill was introduced, the government told us that we had to act quickly. The threat was there; the American government was pushing; there was the spin that the terrorists might come through the border; everybody was on his or her toes on this. All those measures were seen to be needed immediately to prevent a second wave of terror.

The government is responsible for making a political judgment, and answering for its initiatives. As time passed by, it seems that the onus changed to proof that this is needed. As you said in your brief, even in the investigative hearing that was upheld by the Supreme Court, it was not in the course of an investigation, it was in the course of a trial. That might be why there were some judges that were reluctant to bless that investigative hearing.

Would not the way to tackle the government strategy be to maintain in the act section 145, that is, to maintain a permanent parliamentary role in reviewing those powers? The problem with 145, as I said earlier on, is that it is a one-shot deal. We are a group here who is trying to understand and listen carefully, but once we produce our report, that is going to be it. The government will have locked the door. Then it will be up to the court to deal with issues arising from all the recommendations that you are making about the list of terrorist organizations, the secrecy and disclosure for the security certificate, for the due process and so on. It will be up to the individual citizens to go to the court for that.

J'hésiterais à admettre que le projet de loi C-36 devrait rester tel qu'il est simplement pour suivre le sillon d'autres pays. Il est important de souligner que les plus hauts tribunaux des États-Unis et du Royaume-Uni ont dû dire à leurs gouvernements qu'ils étaient allés trop loin dans le domaine des mesures antiterroristes.

La Cour suprême des États-Unis, qui n'est pas exactement un bastion du libéralisme aujourd'hui, a attaqué certaines politiques et pratiques de l'administration Bush concernant les détenus. La Chambre des Lords a également jugé inconstitutionnelles certaines dispositions de la loi britannique.

Le sénateur Kinsella : Ces deux points seront abordés par la mesure de temporisation actuelle de la loi dans deux ans quand il appartiendra au gouvernement de plaider sa cause s'il veut rétablir ces dispositions.

Le sénateur Joyal : Professeure Cameron, j'aimerais que l'on continue sur ce sujet. À la page 6 de votre exposé, on peut lire aux deux dernières lignes du paragraphe précédant les recommandations :

Il appartient à ceux qui défendent ces mesures d'expliquer et de prouver qu'elles sont nécessaires. Et, s'il n'y a pas d'explication, le comité devrait recommander des changements importants à la loi.

Il me semble qu'au fur et à mesure que le temps passe, il y a une sorte d'inversion de la charge de la preuve. Au début, quand ce projet de loi a été présenté, le gouvernement nous a dit que nous devions agir rapidement. La menace était présente; le gouvernement américain exerçait des pressions; on craignait que les terroristes traversent la frontière; tout le monde était vigilant. On pensait que toutes ces mesures devaient être prises immédiatement pour empêcher une deuxième vague de terrorisme.

Le gouvernement est chargé de prendre des décisions politiques et de répondre clairement de ses actes. Avec le temps, il semble que les choses ont changé et qu'il faut prouver que cela est nécessaire. Comme vous l'avez dit dans votre exposé, même dans l'audience d'investigation tenue par la Cour suprême, ce n'était pas fait dans le cadre d'une investigation, mais de celui d'un procès. C'est peut-être pour cela que certains juges ont hésité à donner leur aval à cette audience d'investigation.

Pour attaquer la stratégie du gouvernement ne faudrait-il pas garder l'article 145 de la Loi, préserver le rôle permanent du Parlement pour examiner ces pouvoirs? Le problème avec l'article 145, comme je l'ai dit tout à l'heure, c'est que l'on a qu'une chance. Notre groupe essaie de comprendre et d'écouter avec attention, mais une fois notre rapport fait, tout sera terminé. Le gouvernement aura fermé la porte. Puis, ce sera au tribunal d'aborder les questions soulevées par toutes les recommandations que vous faites au sujet de la liste des organisations terroristes, du secret et de la divulgation du certificat de sécurité, pour la procédure légale, etc. Il appartiendra aux citoyens d'aller au tribunal pour cela.

When we maintain parliamentary pressure on the government, considering that those are extraordinary powers — and they are still as extraordinary to me as they were three years ago — that is a better way to approach the issues. The argument has been given to us that we have not used the powers, but you never know, tomorrow we might need to have them. There is a Catch-22 situation when you start running in that direction. In order to break that circle, would it not be better to consider, among the other recommendations, that we entrench permanently the role of Parliament in reviewing Bill C-36 and other legislation?

Would it not be better to trust Parliament with that responsibility at this point in time? Rather than try to get one of those amendments, say on the listing of terrorist organizations, establish a level of consideration instead of losing a big thing, which is the whole approach of the government in relation to all those exceptions?

Ms. Cameron: I have not included any sort of proposal for annual review, or oversight or monitoring in my recommendations. However, I certainly do agree that that would be a good direction to go in with Bill C-36 after this review has been undertaken and recommendations have been made.

In addition, however, I would stick to my guns on some of the specific points, and make the argument that what section 145 calls for is not just fine tuning, but a comprehensive review and some suggestions for change. You are right; now that the bill is in place, it is easy for the government to say do not take these power away because you never know when we might have to use them. That does put a difficult burden on anyone who would make the suggestion that some of these powers should be relaxed or modified.

However, I would still make the argument that, in principle, some amendments are called for now that we have had three years with this legislation and the kind of dire emergency that we were looking at in the fall of 2001 has abated. We have changed all kinds of procedures in other ways to make sure that kind of thing does not happen. We do not need these extraordinary powers, like the investigative hearing and the preventive arrest.

Senator Joyal: I thank you very much for your brief. I think it is very scalpel-like kind of exercise, and it is helpful to try to understand the workings of all the aspects of the bill that are questionable under the Charter, and the kind of law tradition that we have had in our country.

Let me draw your attention to a point that I was expecting to find in your brief that I did not, which is what I call the law of unintended consequence in the implementation of Bill C-36 and the anti-terrorism legislation. The law of unintended consequence concerns those who were affected but were not contemplated originally to be affected. The bill, unfortunately, has brought into Canadian society now something that we were reluctant to consider at any time in our modern history after the Second World War, which is racial profiling.

We like to praise ourselves as being a multicultural society, and we have even recognized the multicultural character of Canada in the Charter. It hurts our sense of ourselves as a nation to adopt

Lorsque nous maintenons la pression du Parlement sur le gouvernement, en considérant que ce sont des pouvoirs extraordinaires — et ils me paraissent tout aussi extraordinaires qu'ils ne l'étaient il y a trois ans — c'est une meilleure façon d'aborder les questions. On nous a dit que nous n'avons pas utilisé les pouvoirs, mais qui sait, nous pourrions en avoir besoin demain. Continuer dans cette voie mènerait à situation sans issue. Pour mettre fin à ce cycle, ne vaudrait-il pas mieux envisager, entre autres, d'accorder au Parlement un rôle permanent pour examiner le projet de loi C-36 et d'autres lois?

Ne vaudrait-il pas mieux accorder aujourd'hui cette responsabilité au Parlement? Au lieu d'essayer que l'un de ces amendements, par exemple pour la liste des organisations terroristes, établisse un degré de prise en compte au lieu de perdre quelque chose de grand, soit l'approche globale du gouvernement envers toutes ces exceptions?

Mme Cameron : Je n'ai pas inclus de proposition d'examen, de surveillance ou de contrôle annuels dans mes recommandations. Cependant, je suis certainement d'avis que ce serait une bonne direction à suivre par rapport au projet de loi C-36 après que cet examen ait été fait et que des recommandations aient été présentées.

Toutefois, ma position reste la même sur certains points particuliers et je dirais que ce que prévoit l'article 145 n'est pas seulement un ajustement, mais un examen compréhensif et quelques suggestions de changements. Vous avez raison, aujourd'hui que le projet de loi est en vigueur, il est facile pour le gouvernement de dire de ne pas retirer ces pouvoirs, car on ne sait jamais quand on pourrait devoir les utiliser. Cela met en difficulté quiconque suggérerait que certains de ces pouvoirs devraient être assouplis ou modifiés.

Toutefois, je continuerai à dire qu'en principe certains amendements doivent être faits, car il y a trois ans que nous avons ce projet de loi et l'urgence que nous avons connue en automne 2001 s'est résorbée. Nous avons changé toutes sortes de procédures par d'autres moyens pour éviter ce genre de situation. Nous n'avons pas besoin de ces pouvoirs extraordinaires comme l'audience d'investigation et l'arrestation à titre préventif.

Le sénateur Joyal : Merci beaucoup pour votre exposé. Je pense qu'il est très précis et qu'il nous permettra de comprendre les fonctionnements de tous les aspects du projet de loi qui peuvent être questionnés en se référant à la Charte et à la tradition du droit de notre pays.

Permettez-moi d'attirer votre attention sur un point que je m'attendais de trouver dans votre exposé, mais qui n'y est pas, ce que j'appelle la loi des effets imprévus dans la mise en application du projet de loi C-36 et de la Loi antiterroriste. La loi des effets imprévus concerne ceux qui ont été touchés, mais qui n'auraient pas dû l'être. Malheureusement, le projet de loi a apporté dans la société canadienne quelque chose que nous hésitions à considérer à tout moment de notre histoire moderne, celle qui a suivi la Deuxième Guerre mondiale, c'est-à-dire le profilage racial.

Nous nous félicitons de notre société multiculturelle et la Charte reconnaît même le caractère multiculturel du Canada. L'adoption d'une loi qui cible certains Canadiens en se fondant

legislation that targets some Canadians on the basis of their origin or their religion. Personally, I feel that this one of most disturbing elements of it, because it is fluid. You cannot pinpoint any section in the bill and say, "This is racial profiling. This will lead to racial profiling." However, the entire dynamic of the bill gives us that kind of reality.

As some witnesses have said to us, this is a perception, but it is not real. However, if, on a one-to-one basis, people feel that way, it is because there is a series of little facts here and there that led them to believe or conclude that. How do we address that situation, which is not really stated or expressed in the bill but has been created by the operation of the legislation? That is as much our concern as any other section of the bill, because racial profiling affects a large number of people, much more than sections that are applied to one individual. This is the collective impact of the bill as phrased or as operated.

Ms. Cameron: I was here when Professor MacKay and you were speaking about an anti-discrimination amendment to the legislation that would try to address some of those issues. In my view, it goes back to the definition of "terrorist activity" and the targeting of groups on the basis of political, religious and ideological objectives. That is profiling. It is not race profiling, but it is profiling just the same. It legitimizes all the other kinds of profiling.

I would add that when the government sets out to develop its list of terrorist organizations, it is doing so on the basis of their profile. The fundamental mechanisms of the act actually encourage this practice of profiling, stereotyping and judging groups and individuals on the basis of their racial characteristics, as well as their political, religious and ideological beliefs.

I suppose I am more of a hard-liner than some of the other witnesses, and maybe it is not feasible. Maybe there is absolutely no possibility that the government would give up that part of the definition, but I think it is a problem. If the government does have an interest in addressing the problem of profiling, it can start with the way that this legislation encourages and legitimizes it.

As to how else profiling can be controlled, that has to do with members of the public service who are in the front lines at Customs and at airports and so on. That is a whole other issue that I do not know can be addressed by legislation.

The Chairman: This is of great concern to the committee. Many of the witnesses we will be hearing will go over the nuts and bolts of the legislation and how it has worked, including the RCMP and the other security groups that had indicated how they were going to work with this. We want to have that on the record, and then we will bring voices from the various communities to tell their story and how the bill has or has not affected them. That will be a very important part of our hearings.

sur leur origine ou leur religion va à l'encontre de l'idée que nous nous faisons de nous-mêmes en tant que nation. Personnellement, j'estime que c'est l'un des éléments les plus dérangeants du projet de loi, car il est difficile à saisir. On ne peut pas citer un article du projet de loi et dire: « C'est du profilage racial. Cela va susciter du profilage racial. » Toutefois, toute la dynamique du projet de loi présente cette réalité.

Comme nous l'ont déclaré certains témoins, c'est une perception, mais ce n'est pas réel. Cependant, si, au cas par cas, des gens ont ce sentiment, c'est parce qu'il y a une série de petits faits ici et là qui les mènent à croire cela ou à arriver à cette conclusion. Comment aborder cette situation, qui n'est pas vraiment décrite ou exprimée dans le projet de loi, mais qui a été créée par le fonctionnement de la loi? C'est un problème aussi important que n'importe quel autre article du projet de loi, car le profilage racial touche un grand nombre de personnes, bien plus que les sections ne s'appliquant qu'à un seul individu. Il s'agit d'un impact collectif du projet de loi tel qu'il est énoncé ou mis en application.

Mme Cameron : J'étais présente lorsque le professeur MacKay et vous avez parlé d'un amendement anti-discriminatoire dans le projet de loi afin de régler certaines de ces questions. À mon avis, cela revient à la définition de « l'activité terroriste » et le fait que des groupes soient ciblés pour des motifs politiques, religieux et idéologiques. Voilà ce qu'est le profilage, ce n'est pas du profilage racial, mais c'est quand même du profilage. Le projet de loi légitime toutes sortes de profilage.

J'ajouterais que lorsque le gouvernement établit sa liste d'organisations terroristes, il le fait en se basant sur leur profil. Les mécanismes fondamentaux de la loi encouragent la pratique du profilage, du stéréotype et du fait de juger des groupes et des individus en se fondant sur leurs caractéristiques raciales et leurs croyances politiques, religieuses et idéologiques.

Je suppose que je suis plus radicale que certains témoins et qu'il n'est peut-être pas faisable. Peut-être qu'il n'y a aucune possibilité que le gouvernement abandonne cette partie de la définition, mais je pense que c'est un problème. Si le gouvernement a un intérêt à régler le problème du profilage, il peut commencer par la façon dont ce projet de loi l'encourage et le légitime.

Maintenant, pour savoir de quelle façon le profilage peut être contrôlé, cela concerne les agents de la fonction publique qui sont en première ligne, aux douanes, aux aéroports et ainsi de suite. C'est tout un autre problème et je ne sais pas de quelle façon il pourrait être réglé par une loi.

La présidente : Cela préoccupe vivement le comité. Beaucoup de témoins que nous entendrons parleront des tenants et des aboutissements du projet de loi et de la façon dont il a fonctionné, y compris la GRC et d'autres groupes de sécurité qui ont indiqué la façon dont ils travailleront avec ce projet de loi. Nous voulons que ce soit inscrit au compte rendu, puis nous convoquerons des représentants de diverses communautés afin d'entendre leurs expériences et si le projet de loi les a touchés ou non. Ce sera une partie très importante de nos audiences.

Ms. Cameron: There likely is a certain amount of profiling that does occur that should not be permitted. There is also the perception that is experienced by individuals and groups who belong to certain races, organizations or religions that feel stigmatized and profiled. Whether or not they are specifically stopped at the airport, it is the way they are treated pervasively by a community that has in place this kind of fairly serious anti-terror legislation that targets groups on the basis of their beliefs.

The Chairman: They will have a forum here.

Senator Andreychuk: When we dealt with Bill C-36 three years ago, we attacked the definition “statutory profiling.” I was not in favour of the bill because of that definition, and for some other reasons. You could belong to a religion, or a political group, or hold a belief and be instantly tainted. That would be the result.

It was not the racial profiling that goes on elsewhere on an individual basis that was a concern, but it seemed to have sanctioned that attitude. It was not as if Canada did not have that history. We had done that before. We have profiled people who came from certain countries.

When I started practicing law, people who came from countries that were under communist rule could not get citizenship easily. If they were seen in certain environments, they would be tainted simply by going to a dance there. We have not learned from our history. I do not want to put it all on the record today, but I think that is very important.

In the U.K., a very aggressive foreign affairs committee questioned the government step by step, and an aggressive House of Lords questioned the government. That has made the public in the U.K. understand that it is a balancing act.

You put emphasis on the fact that our government has put it out that there is this terror out there that they must respond to. I do not think citizens question their government. The government said it is horrific, and therefore it is. How do we fight back to get a debate and to get a right balance?

Ms. Cameron: I think you are doing it, in the first instance, by the serious review that is under way here and the lineup of witnesses that the committee is going to hear from over the course of time. I do not know that this committee can do much more than what it is already doing. It falls to some of the rest of us who have access to the public by writing editorials or giving speeches to offset some of the claims that are made by the government that we do not agree with. Otherwise, this committee is doing the right thing by having the hearings and by preparing a report, which will be the outcome of the review.

Senator Andreychuk: When the act was passed, there were some critics who said that the bill was too pervasive or unnecessary, that we could accomplish our security needs without intruding on the rights. When visiting the communities, I got the distinct feeling that most people thought the powers would not be used

Mme Cameron : Il est probable qu'un certain profilage se manifeste et cela ne devrait pas être permis. Il y a aussi le sentiment que les victimes sont des individus ou des groupes de certaines races, organisations ou religions. Qu'ils soient ou non arrêtés à l'aéroport, c'est surtout la façon envahissante dont ils sont traités par une collectivité qui applique ce genre de loi antiterroriste assez sévère ciblant des groupes en fonction de leurs croyances.

La présidente : Ils disposeront d'un forum ici.

Le sénateur Andreychuk : Quand nous avons étudié le projet de loi C-36 il y a trois ans, nous avons attaqué la définition de « profilage statutaire ». Je n'appuyais pas le projet de loi à cause de cette définition et pour d'autres raisons. Il suffit de pratiquer une religion, de faire partie d'un groupe politique ou de croire à quelque chose pour être immédiatement suspect. Voilà à quoi cela aboutirait.

Ce n'était pas le profilage racial à l'égard d'un individu qui a lieu ailleurs qui constituait le problème, mais le projet de loi semblait légitimer cette attitude. Ce n'est pas comme si le Canada n'avait connu cette situation dans son histoire. Nous avons déjà fait cela. Nous avons fait du profilage racial à l'égard de gens qui venaient de certains pays.

Quand j'ai commencé à faire du droit, il n'était pas facile pour les gens qui venaient des pays communistes d'obtenir la citoyenneté. On les regardait de travers dans certains endroits alors qu'il venaient tout simplement danser. Nous n'avons pas tiré les leçons de notre histoire. Je ne veux pas que tout cela soit inscrit au compte rendu aujourd'hui, mais je pense que c'est très important.

Au Royaume-Uni, un comité sur les affaires étrangères et une Chambre des lords très agressifs ont posé des questions au gouvernement. Ce qui a permis aux citoyens britanniques de comprendre qu'il s'agit d'un jeu d'équilibre.

Vous avez souligné le fait que notre gouvernement a mis ce projet de loi en vigueur à cause de la terreur qui existe et qu'il doit y répondre. Je ne pense pas que les citoyens doutent de leur gouvernement. Le gouvernement dit que la situation est terrible et par conséquent, elle l'est. Que faire pour rallumer le débat et établir un juste équilibre?

Mme Cameron : Je pense que vous êtes en train de le faire, tout d'abord, au moyen de l'examen sérieux qui est en cours ici et du nombre de témoins que le comité va entendre. Je ne sais pas si le comité peut faire plus qu'il ne fait déjà. Il appartient à des personnes comme nous, qui ont accès au public, d'écrire des éditoriaux ou de faire des discours pour contrebalancer certaines des déclarations du gouvernement et auxquelles nous nous opposons. Autrement, le comité fait ce qu'il faut en tenant les audiences et en préparant un rapport qui résultera de l'examen.

Le sénateur Andreychuk : Quand la loi a été adoptée, certains critiques ont dit que le projet de loi était trop envahissant ou inutile, que nous pouvions assurer notre sécurité sans empiéter des droits. En visitant des collectivités, j'ai eu la nette impression que la plupart des gens pensaient que les pouvoirs ne seraient utilisés

unless they were absolutely necessary; and besides, it would not be us that the attack would be on. It is really only with the *Arar* inquiry that people have started to contemplate what it does to one individual who becomes part of the process.

Do you still feel that there is a pervasive feeling in the communities that while it may harm a few, the many will be secure? Is that philosophy still entrenched, or are we beginning to see that rights are important for all of us and that you gain them one person at a time?

The struggle that led to the system we have in criminal law did not come quickly; it came through much agony and a lot of miscues. We identify with the person who has been wrongfully convicted strongly now, but we did not do that 25 or 30 years ago. Must we go through the same learning curve in security legislation?

Ms. Cameron: Perhaps. We did get there with wrongful conviction, but we had to have a number of examples before that really came to the attention of the public in a way people showed concern about that issue.

I do not really know about the anti-terror legislation. Sometimes I think that the public is acquiescent and deferential to the government's assessment of what is needed and what is being done. Then there are times when I see the public's capacity to react, as with the *Arar* case and some of the other excesses — not only in Canada, but elsewhere — that have arisen from this whole post-9/11 era that we are in. I think that members of the public are capable of looking outside Canada, at some of the practices in the United States and elsewhere, and saying to themselves that they do not want this to happen here.

In any case, I would say that the fate of this legislation should not depend on public opinion polls. In my view, that is not the way a system of democratic governance should operate. The Public Safety Minister brought in some statistics, which I have forgotten by now, about the percentage of Canadians that were onside with the legislation; only a small percentage was concerned about it. I do not think that should determine whatever recommendations about changes to the legislation are ultimately made by the committee if changes are indicated because of the flaws or deficiencies that are uncovered by the hearing process.

Senator Joyal: On the issue of definition, we have heard previous witnesses with very precise suggestions to us, including Professor MacKay and Professor Roach. Were you here when Professor Roach gave his suggestions?

Ms. Cameron: No, but I know Professor Roach quite well. I would have guessed he, like me, is not too happy about the political, religious and ideological part of the definition. Am I right about that?

Senator Joyal: Yes.

Senator Kinsella: The notion of statutory profiling has now been coined.

qu'en cas d'absolue nécessité et qu'en plus, le Canada ne sera pas attaqué. C'est seulement vraiment avec l'enquête de l'affaire *Arar* que les gens commençaient à comprendre ce qui peut arriver quand un individu fait les frais du processus.

Pensez-vous que les collectivités aient l'impression que bien que le projet de loi puisse porter tort à quelques personnes, la grande majorité sera en sécurité? Est-ce que ce mode de pensée est encore enchâssé ou commençons-nous à voir que les droits sont importants pour tout le monde et qu'on ne les gagne que pour une personne à la fois.

Le combat qui a abouti au Code criminel n'était pas facile, le Code a vu le jour après beaucoup de souffrances et d'erreurs. Aujourd'hui, nous nous identifions avec une personne injustement condamnée, ce n'était pas le cas il y a 25 ou 30 ans. Devons-nous passer par le même chemin pour avoir une loi sur la sécurité?

Mme Cameron : Peut-être. Nous y sommes arrivés à la suite de fausses condamnations, mais il a fallu plusieurs cas avant que le public en prenne vraiment conscience et s'intéresse à ce problème.

Je ne sais pas vraiment pour ce qui est de la Loi antiterroriste. Je pense quelques fois que le public accepte ce que le gouvernement juge nécessaire ainsi que ses actions. Quelques fois, je me rends compte de la capacité de réaction du public, comme dans l'affaire *Arar* et certaines autres bavures — non seulement au Canada, mais ailleurs — que l'on a vues depuis le 11 septembre. Je pense que les citoyens sont capables de voir ce qui passe à l'étranger, aux États-Unis et ailleurs et ils se disent qu'ils ne veulent que cela se produise ici.

De toute façon, je pense que l'avenir de ce projet de loi ne doit pas dépendre d'un sondage d'opinion publique. À mon avis, ce n'est pas ainsi que devrait fonctionner une démocratie. La ministre de la Sécurité publique a donné quelques statistiques, que j'ai oubliées, sur le pourcentage de Canadiens en faveur du projet de loi, c'était seulement un petit pourcentage. Je ne pense pas que cela devrait déterminer les propositions d'amendements du projet de loi qui seront faites par le comité si les changements sont indiqués à cause de lacunes ou d'insuffisances découvertes au cours des audiences.

Le sénateur Joyal : En ce qui concerne la définition, certains témoins nous ont fait des suggestions très précises, y compris le professeur MacKay et le professeur Roach. Étiez-vous présente quand le professeur Roach a fait ses suggestions?

Mme Cameron : Non, mais je connais très bien le professeur Roach. J'imagine, que comme moi, il n'est pas très content de la partie concernant la politique, la religion et l'idéologie dans la définition. N'est-ce pas?

Le sénateur Joyal : Oui.

Le sénateur Kinsella : On parle aujourd'hui de la notion de profilage statutaire.

Ms. Cameron: Professor Roach is probably the individual in Canada who has studied this legislation with the closest attention. I do not know what he said today, but without having heard him, it is likely that I would have agreed with almost everything.

Senator Kinsella: It is worth noting this is a very important issue for senators. One of our constitutional responsibilities as members of this house is to keep an eye open for issues of minority rights, and this is very much a minority rights' issue.

Ms. Cameron: I think so, yes.

Senator Smith: I did keep notes and I can confirm he recommended it be deleted.

The Chairman: Ms. Cameron, we appreciate your attendance at our committee. You have offered very vigorous points that will undoubtedly be discussed as we continue on through our hearings.

The committee adjourned.

Mme Cameron : Le professeur Roach est probablement la personne qui, au Canada, a étudié le plus ce projet de loi. Je ne sais pas ce qu'il a déclaré aujourd'hui, mais sans l'avoir entendu, il est probable que j'aurais été d'accord avec pratiquement tout ce qu'il a dit.

Le sénateur Kinsella : Il est important de noter que cette question est très importante pour les sénateurs. En tant que membres de cette Chambre, l'une de nos responsabilités constitutionnelles est d'être attentifs aux questions des droits des minorités, et c'est bien de cela qu'il s'agit ici.

Mme Cameron : Je le pense, oui.

Le sénateur Smith : J'ai conservé des notes et je peux confirmer qu'il a recommandé qu'il soit supprimé.

La présidente : Madame Cameron, votre présence à la séance du comité est très appréciée. Vous avez présenté des points très importants qui feront, c'est sûr, l'objet de discussions dans nos prochaines audiences.

La séance est levée.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government Services Canada –
Publishing and Depository Services
Ottawa, Ontario K1A 0S5

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada –
Les Éditions et Services de dépôt
Ottawa (Ontario) K1A 0S5

WITNESSES

Morning session:

University of Toronto:

Mr. Wesley K. Wark, Professor, International Relations Programme.

Afternoon session:

Osgoode Hall Law School:

Mr. Patrick J. Monahan, Professor and Dean;

Ms. Jamie Cameron, Professor.

University of Toronto:

Mr. Kent Roach, Professor, Faculty of Law.

Dalhousie University:

Mr. Wayne MacKay, Professor, Faculty of Law.

TÉMOINS

Séance de l'avant-midi :

Université de Toronto :

Wesley K. Wark, professeur, Programme des relations internationales.

Séance de l'après-midi :

Osgoode Hall Law School :

Patrick J. Monahan, professeur et doyen;

Mme Jamie Cameron, professeure.

Université de Toronto :

Kent Roach, professeur, faculté de droit.

Université Dalhousie :

Wayne MacKay, professeur, faculté de droit.