

Procedure and Accountability in Anti-Terrorism Matters : Due Process and the Adjudication of Terrorism Cases

Procédure et Imputabilité dans le contexte de la lutte contre le terrorisme

Commentary - Commentaire.

Nathalie Des Rosiers

This short paper is divided in two. Part I is in French and provides a framework to reflect on the choices made in the fight against terror¹. In the second part, in English, I summarize some of the conclusions and questions that have come up in the context of a variety of consultations and events done by the Canadian Civil Liberties Association for the 10th Anniversary of September 11th : including some of the unresolved moral and intellectual issues in our understanding of accountability and due process in Anti-terrorism cases.

Partie I- Les principes de justice fondamentale en matière de sécurité nationale

« Le risque que comporte la « guerre contre le terrorisme » n'est pas seulement le préjudice réel que les terroristes peuvent nous causer, mais encore ce que la consternation, la colère, l'anticipation, l'opportunisme ou la dramatisation peut nous amener à faire à nos propres institutions juridiques et politiques ». ²

Le juge Binnie, (en dissidence), 2004

Il y a de cela vingt-ans ans, la Cour suprême du Canada du Canada, déclarait le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*³ que les principes de justice fondamentale, essentiels à notre système,

¹ Part of the text will be published in a forthcoming number of the Ottawa Law Review.

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

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

exigeaient qu'une *mens rea* soit prouvée pour incarcérer un prévenu. Récemment, dans un contexte de réflexion à l'occasion de l'anniversaire de cette décision, je me demandais si en 2011, en matière d'anti-terrorisme, on avait encore besoin d'*actus reus*! Mon propos ici est de réfléchir sur les transformations importantes au niveau des principes de justice fondamentale dans la lutte contre le terrorisme et de la portée théorique et pratique de telles transformations. Le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act* était un message optimiste d'habilitation envers l'appareil judiciaire pour définir le contenu de la « justice fondamentale » et soulignant que le législateur avait toujours la possibilité de justifier ses choix en vertu de l'article 1 de la Charte ou carrément d'exclure la révision judiciaire en vertu de l'article 33. Selon le Renvoi, les juges étaient les grands experts dans la définition des processus suffisamment intègres pour être « justes ». Depuis des siècles, les tribunaux ont développé des principes pour permettre l'obtention de meilleures décisions qui paraissaient plus « justes ». Le processus judiciaire insiste pour que l'information partagée soit pertinente, assujettie à un examen rigoureux par les personnes concernées par les enjeux de la décision, et que le partage d'informations soit encadré de différentes garanties pour minimiser le risque d'erreur. Le système judiciaire a également développé l'idée que non seulement justice devait être rendue, mais que les citoyens devaient avoir confiance qu'il en était ainsi et que les apparences de justice devaient être sauvegardées. C'est donc à ce titre que seront développés les principes d'indépendance et d'impartialité des décideurs, le principe d'*audi alteram partem*, le droit de comprendre ce qui est reproché, le refus du oui-dire, le droit à une représentation efficace, le droit de contre-interroger, le droit à une défense pleine et entière, le droit à une décision raisonnée et à la publicité des débats ou le droit de ne pas être traité arbitrairement, pour n'en nommer que quelques uns. Dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, dans *Charkaoui no 1*, en 2007, la Cour réaffirme la démarche en deux temps :

À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il s'agit de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte. Il faut se demander si la procédure est fondamentalement inéquitable envers la personne touchée. Dans l'affirmative, l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est tout simplement pas conforme aux exigences de l'art. 7. *Il faut alors passer à l'étape de l'application de l'article premier de la Charte, à laquelle le gouvernement peut démontrer que la procédure irrégulière est néanmoins justifiée compte tenu, notamment, de l'intérêt public.*⁴

(Les italiques sont de moi)

⁴ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9, par. 22

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

« de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en "la dignité et la valeur de la personne humaine" (préambule de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III) et en "la primauté du droit" (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).⁵

Le juge Lamer ajoute : « En d'autres mots, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. »⁶

Dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général*⁷), la Juge en chef résume ainsi ce mode d'interprétation :

La jurisprudence relative à l'art. 7 a établi qu'un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions (...). Premièrement, il doit s'agir d'un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D'une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 »; d'autre part, elle évite « de trancher des questions de politique générale ».(...) Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d'un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » (...). Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui sous-tendent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l'État. La société les juge essentiels à l'administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois

⁵ Id., par. 30

⁶ Id., paré 31. Le même langage se retrouve aux par. 63 et 64 de la décision : « ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la Charte, comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

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

⁷ [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4

conditions, il y a notamment la nécessité d'une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires.⁸

La jurisprudence requiert donc qu'un principe de justice fondamentale soit 1) un principe juridique; 2) qui soit le fruit d'un consensus suffisant quant à son caractère primordial dans notre notion de justice et 3) ayant suffisamment de précision et de prévisibilité. La dignité de la personne humaine et la primauté du droit sont au cœur de l'identification de ces principes de justice fondamentale.

Les efforts de lutte contre le terrorisme ont été articulés dans un cadre de différence entre cette lutte et les objectifs du régime pénal, en accentuant ces différences pour justifier des procédures moins contraignantes pour les autorités. Dix ans plus tard, on peut se demander si l'argument de la différence est davantage une question de degré, de ressources ou de collaboration institutionnelle que de nature. Il y a trois façons de répondre à la présumée spécificité du terrorisme : a) on peut procéder à une intensification des activités d'enquête ou de collecte de renseignements des services policiers (y inclus une meilleure formation, augmentation des ressources, davantage de coordination) sans modifier le cadre juridique, b) on peut déclarer une situation d'urgence de manière à s'exempter du cadre juridique normal ou c) on peut tenter de définir un « nouveau » cadre juridique. En d'autres termes, la lutte contre le terrorisme peut prendre deux formes : on peut décider d'investir dans la recherche des preuves de terrorisme ou, à l'inverse, tenter de minimiser la nécessité d'obtenir des preuves (et créer un régime juridique pour justifier cette diminution des exigences). Le dilemme est souvent que les garanties constitutionnelles, telles que l'exigence de mandats, les limites sur les pouvoirs d'arrestation, la protection contre la torture, la publicité des débats, sont présentés comme des entraves à l'efficacité de l'action. Dix ans après le onze septembre 2001, il n'est toujours pas clair quels aspects du régime traditionnel nuisent vraiment à l'efficacité policière et quels autres aspects de la justice fondamentale sont nécessaires au maintien d'un régime démocratique, à la prévention des injustices et à la confiance du public. Quels accommodements sont vraiment appropriés? Quels sont les risques de minimiser les garanties juridiques de telle manière à causer des injustices individuelles (comme les cas maintenant bien connus d'Arar ou

⁸ Ibid., par. 8

d'Abdoulrazik), mais aussi à développer une culture d'impunité ou une perte de confiance dans les services policiers ou même dans le système judiciaire?

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

« Le gouvernement du Canada a choisi notamment d'édicter des dispositions législatives particulières touchant le droit criminel et la procédure en matière criminelle, plutôt que de recourir à des pouvoirs exceptionnels comme ceux conférés par la *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. 1985, ch. 22 (4^e suppl.), ou d'invoquer la disposition de dérogation contenue à l'art. 33 de la *Charte*. »⁹

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

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

⁹ [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42

La réponse judiciaire à ce nouveau cadre, à l'exception de l'arrêt *Charkaoui 1*¹⁰, a donné lieu à une adaptation des principes de justice fondamentale.

Le « nouveau » modèle juridique préconisé par la *Loi Antiterroriste* aspire à prévenir et punir les infractions de terrorisme, et surtout à prévenir et « supprimer (...) la préparation » et la commission d'actes de terrorisme. Il s'agit d'une redéfinition du danger et de l'application des pouvoirs coercitifs de l'État. Dorénavant, les personnes ne sont plus arrêtées, détenues, jugées et punies pour ce qu'elles ont fait, pour des actes perpétrés, mais bien pour leurs pensées, opinions politiques, pour des actes envisagés : on est arrêté parce qu'on a la *mens rea* sans la nécessité de l'*actus reus*. De cette transformation de la conception même des pouvoirs coercitifs de l'État, découlent un grand nombre de modifications au droit canadien : la définition expansive du « terrorisme », la possibilité de détention préventive, la communication accrue de renseignements entre pays, etc.

Le secret de la preuve et des procédures est l'aspect le plus difficile de la lutte contre le terrorisme au Canada. C'est un fardeau énorme que de gérer ce secret. Il est argué que le secret national en matière de renseignements relatifs au terrorisme protège l'atteinte à certains intérêts de l'État : il vise la protection d'une source confidentielle, la divulgation que certaines personnes sont la cible d'enquête par les Services de renseignement et les relations internationales du Canada. À première vue, ce le secret viole deux des principes de justice fondamentale traditionnels : le droit du public à la publicité des débats et le droit à une défense pleine et entière. La résolution du problème est faite par l'établissement de la procédure en vertu de l'Article 38 de la *Loi sur la preuve* qui impose une bifurcation du processus criminel afin de réserver l'évaluation de la preuve secrète à certains juges de la Cour fédérale. Dans *R. c. Ahmad* et dans *Charkaoui no 1*, la Cour suprême reconnaît que le secret des procédures met en péril le droit de connaître ce qui nous est reproché et le droit à une défense pleine et entière. Dans *Charkaoui no 1*, elle invalide le schéma législatif qui sera modifié pour permettre la création d'avocats spéciaux. Dans *Charkaoui no 2*, elle critiquera la politique de destruction des notes du Service de renseignements. Dans *R. c. Ahmad*, la Cour impose au juge à procès le devoir de veiller à ce que les droits de l'accusé soient protégés : insatisfait de la non-divulgation,

¹⁰ *Supra*, note 4.

un juge peut arrêter les procédures contre un accusé : une approche à la « tout ou rien ». La Cour s'exprime ainsi :

« Le juge Dawson [le juge à procès] n'a pas été privé du pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* soulevées par l'ordonnance de non-divulgation. Il est vrai que les dispositions en cause privent le juge du procès de la possibilité d'ordonner la divulgation, et même de la possibilité d'examiner personnellement les renseignements écartés en vertu de l'art. 38, mais il n'en conserve pas moins — malgré l'absence d'accès à ces renseignements — la possibilité d'ordonner, en vertu de la *Charte* et de l'art. 38.14, toute mesure nécessaire pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Lorsqu'il a adopté l'art. 38 de la *LPC*, le législateur savait que, en limitant l'¹¹e pouvoir du juge du procès d'ordonner la divulgation, il ouvrait la voie à l'imposition d'une mesure plus draconienne que ce qui pourrait autrement être justifié. Il a choisi, à l'art. 38.14, d'accepter cette possibilité en prévoyant expressément, en pareilles circonstances, l'arrêt des procédures. »

Ailleurs :

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

(Les italiques sont de moi)

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

Notons ici trois implications pour le système judiciaire. Tout d'abord, la création d'un nouvel ordre d'avocats, les avocats spéciaux dont les responsabilités éthiques sont encore mal définies. Le sujet mérite un traitement qui dépasse le présent article, mais notons que les tribunaux reconnaissent que la séparation entre client et avocat, et la création d'intermédiaire pose des dangers pour le droit à la représentation. De plus, lorsque d'autres solutions « flexibles et souples » sont développées, comme les accords de non-divulgation avec les représentants des accusés, des problèmes peuvent surgir. Dans *R. c. Basi*, par exemple, la Cour reconnaît que

¹¹ 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389

même dans le cas où le client a consenti à un accord de non-divulgation entre lui et son avocat, ces accords mettent « à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s'établir entre eux et leurs clients accusés »¹². De nouvelles questions éthiques se posent parce que dans certains cas, il pourrait y avoir conflit entre le devoir de défendre au mieux les intérêts du client et celui de respecter l'engagement à l'égard des renseignements protégés. L'élaboration d'un « nouveau » cadre juridique doit se comprendre dans le contexte où le système judiciaire est une sorte d'écosystème, ou l'ensemble des règles contribue à un certain équilibre. L'élimination de certaines garanties ne peut se faire sans heurts et sans difficultés. L'incorporation du secret dans un cadre normalement de transparence pose des difficultés qui n'ont pas toutes été envisagées.

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

Finalement, notons que l'approche judiciaire s'inquiète essentiellement des droits de l'accusé, ignorant ainsi un autre aspect de la justice fondamentale qui est le droit du public à la publicité des débats. Selon nous, l'approche préconisée ignore l'effet sur la confiance du public dans ses institutions dans un cadre où les procédures sont secrètes. L'avenir nous dira si le recours au secret a été abusé et si une approche moins draconienne aurait amené des bénéfices pour la compréhension du public et la transparence et l'imputabilité des services policiers et des services de renseignement.

Bien qu'il y ait encore des débats judiciaires, on doit conclure que les tribunaux canadiens ont en grande partie accepté la spécificité terroriste et reconnu la constitutionnalité de procédures extraordinaires, la constitutionnalité des violations du droit à la publicité des débats, du droit de

¹² Ibid., par. 45.

ne pas être contraint de collaborer avec la police et du droit de connaître les allégations précises auxquelles on doit répondre. Pour préserver certains principes de justice fondamentale, les tribunaux ont développé de nouveaux rôles pour les juges et les avocats. Ils n'ont pas exigé l'utilisation de l'article 33 pour effectuer ces transformations et n'ont pas souvent demandé de justification en vertu de l'article 1. Ils ont défini de façon étroite les principes de justice fondamentale, les confinant à la protection des droits de l'accusé et ne s'interrogeant pas beaucoup sur l'effet de ces transformations sur les droits du public ou l'effet sur la confiance envers l'appareil judiciaire. La question demeure si cette redéfinition des principes de justice fondamentale aura des effets néfastes pour l'appareil judiciaire canadien. L'histoire n'est pas terminée et on peut penser que l'avenir pourra permettre de mieux comprendre les enjeux d'équilibre constitutionnel.

Le nouveau cadre juridique mis en place pour lutter contre le terrorisme transforme le rôle des acteurs. Il semble ne pas miser sur l'investissement dans la recherche de la preuve mais davantage sur la création de procédures spéciales, qui soit minimisent l'exigence de preuve ou encore immunise cette preuve contre des processus transparents d'évaluation. Des processus crédibles doivent être mis en place non seulement pour éviter que des personnes innocentes soient incarcérées mais également donner au public confiance que le processus est équitable et qu'ils peuvent donc collaborer avec la police sans crainte s'ils le désirent, et être généralement rassurés qu'aucune injustice n'est commise en leur nom.

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

Part II – Is our legal heritage threatened?

In this part, I first reflect in a provocative manner on the impact of our choices in the fight against terror and list some of the questions that arose in the context of different events and consultations undertaken by CCLA as we move to the second decade of the War on Terror.

a) Did Sept 11 Kill the Presumption of innocence?

When the al-Qaida terrorists crashed two planes into the Twin Towers on Sept 11th, 2001, they killed thousands of people. Did they also kill the presumption of innocence?

Ten years later, the legal world is still coping with the aftermath of September 11th. Like the aftershock of an earthquake, the legacy of 9-11 continues to shake us. The legal heritage of September 11 is well known: the U.S. adopted the P.A.T.R.I.O.T. Act, Canada, its Antiterrorist legislation, Britain and Australia adopted theirs. A legal memo famously justified the non-application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Taliban, and Guantanamo was set up.

Ten years later, the ramifications of all these actions continue to be felt. Some terrorists have been apprehended, some suspects are still in legal Neverland and some innocently tortured are trying to recover. Ten years later, it is not only that the “exceptional” measures adopted are still with us (most of them still are) that should concern us, but that the messages of the War on Terror continue to be heard loud and clear. My point is that when assessing the impact of September 11 on our legal culture, it is not enough to simply look at the Antiterrorist legislation and its uses or abuses, one has to measure the impact that a changing law enforcement culture has had on day to day security operations. The real messages of Antiterrorist legislation were profound : legal protections are an impediment, rather than a condition to, achieving security, rules could and should be dispensed with, and that the end of fighting terrorism justified the means, almost any means. Easily abandoned in the Antiterrorism platform were the idea of habeas corpus (the right not to rot in jail at the pleasure of the King), the open court principle (that open trials are a guarantee of fairness and integrity), the right to defend oneself, and the protection against torture (now reframed as “enhanced interrogation techniques”).

At the core of democratic legal systems was the idea that the coercive powers of the State should be exercised prudently. People should be charged only if there is reasonable suspicion that they have committed a crime. There should be a public trial to test the evidence. If proven guilty beyond a reasonable doubt, individuals would be sentenced and pay their debt to society. The War on Terror eliminated all these requirements: individuals are incarcerated not for what they have done, but for who they are, whom they associate with, and what they could do. Information has replaced evidence. Public trials are dispensed with because the evidence could fall in the wrong hands, and there is no redemption for terrorist suspects. There is no paying a debt whose terms never got settled. So we have guilt by association, pre-emptive detentions and extensive stays in jails without review.

The War on Terror is premised on the idea that rights do not to apply to alleged terrorists because they are the “others”, the undeserving, the “too dangerous”. Fearful, we trusted that the authorities would do no more than necessary, and that there were no alternatives. But the impact went beyond the plight of the many, Muslims and others, who found themselves caught by the suspicions.

Denial of rights creates bad habits, and it can be addictive. The impact of September 11 is resilient, not only because the threat is unabated but because legal norms have been weakened. They could not withstand the blow: even the centuries old habeas corpus had to bend. Once watered down, legal norms can no longer stand and push back.

Today, police accountability is harder to achieve than ever because the antiterrorism messages have been internalized. Police are heard saying that warrants are a technicality, that law is an impediment and not a necessary condition to security, that if “you have nothing to hide why should you worry about surveillance?” So we witness unwarranted arrests, racial profiling, unfair detentions, warrantless surveillance, police brutality, and we are unable to challenge them forcefully. It is impossible to argue for an unyielding respect for warrants, when exceptions have been made to the prohibition against torture! It is difficult to insist on the necessity of police wearing identification badges, when entire proceedings are done in secret!

September 11 did not only change national security or immigration law, it provided bold empowerment to the security sector. Ten years later, the security sector is still hungry for more powers and more money, and more and more reluctant to accept rules or limits. Security is the new untouchable.

We should be afraid: the absence of strong legal norms always leads to abuse of power, to arbitrariness and to insecurity. One of the casualties of the War on Terror may have been our commitment to the Rule of Law itself.

B) The Unresolved Moral and Legal Questions

Below is a list of questions that have come up in the context of the Canadian Civil Liberties Association's consultations and review on the occasion of the ten year anniversary of Sept. 11, 2011:

1. Have we measured the real impact of secrecy on the public's confidence in the judicial system?
2. Do we fully understand the implications of creating a new category of advocates (special advocates) as intermediaries between an accused and his or her right to full defense?
3. What are the ethical obligations of this new category of lawyers?
4. Do we fully understand the pressures on trial judges to stay proceedings against persons accused of terrorism on the basis that the evidence cannot be sufficiently disclosed?
5. Are we comfortable with differences in procedural treatment between citizens and non-citizens?
6. Are we comfortable with providing a right to sue for victims of terrorism, but to victims of torture (as in the Omnibus Bill)?
7. Have some of the dangers highlighted in the Macdonald Commission (State surveillance of political activity and dissent) re-emerged in a different form?
8. Have we really been able to avoid the discriminatory treatment of certain groups?
9. Is the experience of discrimination linking to radicalisation? Or to disempowerment and marginalization? What are the costs to our society?

10. Has there been an overall weakening of the commitment to constitutional due process values, by police, by the judiciary, the government or in society itself?