

Commission d'enquête
relative aux mesures
d'investigation prises à
la suite de l'attentat à la
bombe commis contre
le vol 182 d'Air India



Commission
of Inquiry into
the Investigation
of the Bombing of
Air India Flight 182

Les opinions exprimées dans les présentes études théoriques n'engagent que leurs auteurs et ne traduisent pas nécessairement celles du commissaire.

©Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux – 2010

N^o cat. : CP32-89/5-2010F

ISBN : 978-0-660-97385-2

En vente chez votre libraire local ou auprès des
Éditions et Services de dépôt
Travaux publics et Services gouvernementaux Canada
Ottawa (Ontario)
KIA OS5

Téléphone : (613) 941-5995 ou 1 800 635-7943
Télécopieur : (613) 954-5779 ou 1 800 565-7757
publications@tpsgc.gc.ca
Internet : www.publications.gc.ca

Particularités des poursuites pour terrorisme : Vers une meilleure conciliation du renseignement de sécurité et de la preuve

Kent Roach*

* Professeur de droit à l'Université de Toronto. Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement celles de la Commission ou du Commissaire. Je tiens à exprimer ma gratitude envers Birinder Singh et Robert Fairchild pour leur excellent travail de recherche. Mandat, 1er mai 2006

Introduction

La Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India a reçu pour mandat de se pencher notamment sur les questions suivantes : « Les pratiques et la législation actuelles suffisent-elles pour faire face aux défis uniques – révélés par les poursuites dans l'affaire Air India – que présentent les poursuites engagées à la suite d'actes terroristes... » et « Comment le gouvernement canadien peut-il relever le défi, révélé par l'enquête et les poursuites qui ont suivi l'affaire Air India, de concilier efficacement le renseignement de sécurité et la preuve qui peut être utilisée en matière criminelle? »¹. Le présent document, ainsi que les rapports d'accompagnement consacrés aux aspects structurels des méga-procès intentés contre les auteurs d'actes terroristes² et à l'expérience américaine concernant les infractions de terrorisme³, se veulent une toile de fond pour les délibérations de la Commission qui auront pour but d'identifier les meilleurs moyens de surmonter à l'avenir les nombreuses difficultés que posent les poursuites pour terrorisme.

Le présent document est principalement axé sur les défis uniques qui se rattachent aux poursuites pour terrorisme par opposition aux défis courants qui sont associés à tous les procès criminels complexes et de longue durée, en particulier ceux qui visent plusieurs accusés et comportent de multiples chefs d'accusation et motions préalables au procès. La plupart des problèmes qui caractérisent les procès pour terrorisme peuvent être attribués aux difficultés à concilier efficacement le renseignement de sécurité et la preuve qui peut être utilisée dans un procès criminel. En dernier ressort, il faut trouver un compromis entre le besoin de protéger les renseignements secrets et la nécessité de communiquer la preuve. Le besoin de protéger les renseignements secrets concerne les sources, les méthodes et les activités de recherche du renseignement ainsi que les restrictions ou les oppositions en matière d'utilisation du renseignement imposées par des tiers. La nécessité de communiquer la preuve concerne le droit qu'a l'accusé de connaître la preuve et d'assurer sa défense pleine et entière, et celui qu'a le public d'obtenir un procès équitable et transparent.

Le renseignement de sécurité fait référence à l'information préparée par divers organismes gouvernementaux, comme le Service canadien

² Bruce MacFarlane, c.r., « Structural Aspects of Terrorist Trials ».

³ Robert Chesney, « The American Experience with Terrorism Prosecutions ».

du renseignement de sécurité (SCRS), et des organisations étrangères, à partir de sources de renseignements classifiés et de sources ouvertes au sujet des risques liés à la sécurité nationale du Canada. Le renseignement de sécurité est en général une information secrète destinée à prévenir les représentants du gouvernement de l'existence de risques pour la sécurité nationale afin de leur permettre de mettre en place des mesures de prévention efficaces. À titre d'exemple, il a abouti, en 1985, à l'application de mesures préventives accrues destinées à protéger les vols d'Air India en partance du Canada, mesures qui ont finalement échoué. Le renseignement de sécurité n'est pas recueilli dans le but de constituer une preuve d'acte préjudiciable admissible devant un tribunal ou d'être communiqué à l'accusé afin de s'assurer que celui-ci bénéficie d'un traitement équitable. Il peut être fondé sur des rapports constituant du oui-dire, c'est-à-dire des rapports indiquant ce que certaines personnes ont affirmé avoir entendu d'autres personnes déclarer. Il peut également faire la lumière sur des méthodes et des sources hautement sensibles et confidentielles d'activités secrètes de collecte de renseignements et d'autres informations qui, si elles étaient divulguées, pourraient porter préjudice à la sécurité nationale du Canada, à la défense de ses intérêts ou à ses relations avec d'autres pays. Finalement, le renseignement de sécurité peut être recueilli au moyen de méthodes qui ne sont pas conformes aux normes constitutionnelles ou de common law en matière de constitution de la preuve.

À l'opposé, la preuve est recueillie par les autorités policières dans l'espoir qu'elle permettra de déposer des accusations, et elle doit être transmise aux procureurs qui ont le devoir d'en communiquer le contenu pertinent à l'accusé et de présenter la preuve en audience publique en tentant de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable d'une infraction particulière. La preuve est recueillie conformément à différentes normes juridiques et constitutionnelles et la méthode utilisée pour recueillir les éléments de preuve peut faire l'objet d'un litige dans le cadre du déroulement de la procédure. La preuve est conçue de façon à être présentée en cour où elle pourra être contestée dans le cadre de la procédure accusatoire. Sous réserve de certaines exceptions bien précises, comme le privilège relatif à la preuve qui protège les indicateurs, les autorités policières constituent leurs dossiers et la preuve en sachant que celle-ci sera plus tard communiquée à l'accusé et présentée dans le cadre d'un procès criminel public.

Décrites dans le résumé, les différences entre le renseignement et la preuve sont claires, le renseignement étant destiné à informer les gouvernements au sujet des risques qui pèsent sur la sécurité nationale, et la preuve ayant pour but de fournir de l'information aux décideurs du système de justice pénale au sujet de la commission de crimes particuliers. Parallèlement, il existe entre le renseignement et la preuve une relation dynamique⁴. Les crimes associés au terrorisme sont souvent associés à des comportements qui peuvent également faire l'objet, de façon légitime, de la collecte de renseignements de sécurité. Même avant l'adoption de la *Loi antiterroriste*, les poursuites pour terrorisme pouvaient impliquer des allégations de complot, de consentement à commettre des crimes ou d'autres formes d'infraction avant le fait. Dès sa création, le mandat du SCRS a inclus les enquêtes menées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et le SCRS a été mis sur pied dans la foulée d'attaques terroristes hautement médiatisées, dont la crise d'octobre. La *Loi antiterroriste* criminalise désormais différentes formes de soutien, de préparation et de facilitation d'actes terroristes ainsi que l'appartenance à un groupe terroriste, activités qui constituent de graves infractions et qui peuvent se dérouler bien avant l'acte terroriste à proprement parler. La nature préventive de la *Loi antiterroriste* réduit l'écart qui existe entre le renseignement au sujet des risques pesant sur la sécurité nationale et la preuve en matière criminelle.

Les différences entre le renseignement de sécurité et la preuve admissible entraînent des complications diverses lors des poursuites pour terrorisme. Il est un point fondamental sur lequel on s'est très peu penché : le renseignement de sécurité recueilli par le SCRS, le CST ou un service de renseignement étranger peut-il constituer une preuve admissible dans le cadre d'un procès criminel? La question englobe les différentes normes qui sont utilisées pour obtenir des renseignements de sécurité et des preuves en vertu du *Code criminel*⁵ en faisant appel à la surveillance électronique. L'enquête et la poursuite intentée dans l'affaire Air India soulèvent des questions en ce qui a trait à l'admissibilité, dans le contexte d'un procès criminel, des preuves recueillies par un service de renseignement de sécurité au moyen de la surveillance électronique.

La valeur du renseignement de sécurité, en particulier celui qui a été obtenu auprès de sources humaines vulnérables, dans le cadre

4 Clive Walker, « Intelligence and Anti-Terrorism Legislation in the United Kingdom », (2005) 44 *Crime, Law and Social Change* 387.

5 L.R.C. (1985), chap.C-34, partie VI.

d'opérations secrètes et auprès des services de renseignements étrangers, réside en partie dans le fait qu'il demeure confidentiel et n'est utilisé par le gouvernement qu'en cas de nécessité absolue. À l'opposé, en ce qui concerne la preuve utilisée pour les procès criminels, il existe de fortes présomptions s'appuyant sur la *Charte canadienne des droits et libertés* qu'elle devrait être rendue publique et communiquée à l'accusé afin d'assurer à celui-ci un traitement équitable et de respecter le principe de la transparence de la justice. Les obligations constitutionnelles de la Couronne en matière de communication de la preuve à l'accusé vont beaucoup plus loin que la simple divulgation de la preuve qui sera utilisée dans le cadre du procès criminel, et incluent les autres renseignements pertinents. Toutefois, la Cour suprême a établi une distinction entre les droits généraux en matière de communication de la preuve garantis par l'article 7 de la *Charte* d'une part et, d'autre part, les principes plus restrictifs qui concernent la connaissance des accusations et la capacité d'assurer sa défense pleine et entière⁶. Les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoient également des procédures qui permettent au procureur général du Canada de demander aux tribunaux de prononcer des ordonnances de non-divulgation ou de divulgation partielle de documents sensibles. De cette façon, la perspective établie dans le présent rapport quant à la relation adéquate qui doit exister entre le renseignement de sécurité et la preuve nécessitera que l'on tienne compte du droit qu'a l'accusé d'avoir accès à la preuve et de pouvoir assurer sa défense pleine et entière conformément à la Charte, du principe de la transparence de la justice également garanti par cette dernière, ainsi que des procédures qui permettent de protéger la confidentialité du renseignement de sécurité contre toute divulgation à l'accusé et au public.

L'importance et la difficulté que représentent les nombreux enjeux découlant de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve ne doivent pas être sous-estimées. Ensemble, ils soulèvent des questions fondamentales quant à la viabilité des poursuites criminelles liées au terrorisme et au rôle important des renseignements de sécurité que s'échangent les gouvernements. La loi et la nature du renseignement devraient évoluer afin de tenir compte des dangers du terrorisme et des demandes concurrentes en matière de secret et de divulgation.

⁶ *R. c. Dixon* [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer* [2003] 3 R.C.S. 307. Au sujet de l'importance de connaître les accusations dans le contexte de l'immigration, voir *Charkaoui c. Canada*, 2007 CSC 9.

Il existe entre la preuve et le renseignement une relation dynamique. Notre façon de traiter les renseignements secrets doit évoluer au-delà du paradigme créé par la guerre froide en vertu duquel le contre-espionnage constituait la principale activité des services de renseignement et les secrets glanés à propos de l'ennemi pouvaient être conservés presque indéfiniment. La nécessité de protéger les secrets prend une toute nouvelle dimension lorsque les cibles identifiées par les services de renseignement s'appêtent à faire exploser des avions dans le ciel. Les services de renseignement doivent s'adapter à la nouvelle menace et à la possibilité accrue que les enquêtes qu'ils mènent dans leur lutte contre le terrorisme parviennent à un stade où il devient impératif de procéder à des arrestations et d'intenter des poursuites. Ils doivent résister à la tentation de classer des documents à un niveau plus élevé que nécessaire et de présenter inutilement des demandes d'interdiction de divulguer des renseignements. Cela étant dit, la procédure criminelle doit également évoluer afin de tenir compte des défis propres aux poursuites pour terrorisme. Il faut développer une méthode efficace et équitable qui permettra de demander que seuls les renseignements vraiment pertinents soient divulgués à l'accusé. L'État doit disposer d'un outil pratique et sûr pour faire valoir ses intérêts en ce qui a trait à la confidentialité liée à la sécurité nationale. Les services de renseignement et les services juridiques doivent changer afin de relever les défis que présentent maintenant le terrorisme international, dont l'un des horribles précurseurs aura été l'attentat à la bombe commis contre le vol d'Air India en 1985.

Le renseignement peut être tenu secret s'il est utilisé uniquement pour informer le gouvernement des menaces envers la sécurité nationale⁷. Toutefois, il faut trouver un compromis entre la nécessité de protéger le secret et le souci d'assurer un processus équitable dans les cas où des renseignements secrets sont utilisés contre une personne, comme pour les certificats de sécurité délivrés en application de la Loi sur l'immigration, ou si les renseignements deviennent pertinents dans le cadre du procès d'un accusé. Le défaut de communiquer une preuve et des renseignements pertinents à l'accusé peut mettre en péril l'impartialité du procès et peut entraîner la condamnation injustifiée de personnes innocentes. Il y a eu par le passé, dans d'autres pays, des condamnations injustifiées dans des

7

La Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar a toutefois souligné la nécessité de permettre aux organes d'examen d'avoir accès à des renseignements secrets. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 2006.

affaires de terrorisme⁸. C'est une expérience que le Canada doit éviter de répéter car elle n'a aucun but légitime. Parallèlement, le fait de forcer le gouvernement à divulguer de l'information et des renseignements secrets qui ne sont pas nécessaires à la tenue d'un procès équitable ne sert pas non plus l'intérêt de la justice. Le gouvernement se retrouvera alors dans une situation aussi inutile qu'impossible à résoudre où il devra choisir entre la divulgation de renseignements qui devraient être tenus secrets pour protéger les sources, les méthodes et les renseignements confidentiels provenant de l'étranger, et l'abandon des poursuites dans des affaires liées au terrorisme. Bien que ce choix des plus difficiles soit nécessaire dans les cas où un procès équitable ne peut avoir lieu sans une divulgation de l'information, il ne devrait pas être imposé inutilement au gouvernement.

La décision de divulguer de l'information ou d'intenter des poursuites n'est pas une question théorique ou hypothétique. Dans deux poursuites intentées contre de prétendus terroristes sikhs, notamment contre Talwinder Singh Parmar, généralement reconnu comme le principal responsable de l'attentat à la bombe perpétré contre le vol 182, et dans la poursuite engagée dans une affaire de prétendue conspiration pour faire exploser un autre avion appartenant à Air India en 1986, le gouvernement a essentiellement sacrifié des poursuites criminelles et renoncé à procéder à une divulgation complète qui aurait mis les indicateurs en danger⁹. Bien que le procès de Malik et Bagri dans l'affaire Air India ait débouché sur un verdict en 2005, il aurait pu ne jamais être mené à terme si des mesures sans précédent n'avaient pas été prises pour communiquer aux défendeurs des renseignements secrets, à la condition que les avocats des accusés s'engagent à ne pas révéler lesdits renseignements à leurs clients¹⁰. D'autres poursuites intentées au Canada, dont la première poursuite engagée en vertu de la Loi antiterroriste de 2001¹¹, se sont heurtées à des difficultés et à des retards en raison de procédures visant à obtenir des ordonnances de non-divulgation de renseignements ou d'autre information secrète aux accusés. Des poursuites pour actes de terrorisme pourraient devoir être abandonnées à moins que l'État ne soit disposé à divulguer l'information nécessaire à la tenue d'un procès

⁸ Bruce MacFarlane, « Structural Aspects of Terrorist Trials »; Kent Roach et Gary Trotter, « Miscarriages of Justice in the War Against Terrorism », (2005) 109 Penn. State Law Review 1001.

⁹ *R. c. Parmar* (1987) 31 RRC 256, analysé ci-après à la section 3; *R. c. Khela* [1996] J.Q. no 1940, analysé ci-après à la section 4.

¹⁰ Robert Wright et Michael Code, « The Air India Trial: Lessons Learned ». Voir également Michael Code, « Problems of Process in Litigating Privilege Claims », A. Bryant et al eds. *Law Society of Upper Canada Special Lectures The Law of Evidence* (Toronto: Irwin Law, 2004).

¹¹ *R. c. Khawaja* 2007 CF 463; *R. c. Khawaja* 2007 CF 490, analysé ci-après à la section 5.

équitable, et à moins qu'il n'existe un moyen pratique de déterminer quelle information doit être divulguée. Les deux services de renseignement et le système de justice doivent s'adapter aux défis que présentent de telles poursuites.

Toutefois, avant que l'État ne soit obligé d'abandonner des poursuites afin de protéger des renseignements secrets ou qu'un juge qui préside soit forcé de suspendre la procédure en raison d'une ordonnance de divulgation partielle ou de non-divulgation, le système de justice devrait s'assurer que ces renseignements sont réellement nécessaires à la tenue d'un procès juste et équitable et qu'aucune autre forme de divulgation restreinte ne pourra la rendre possible. L'abandon inutile de poursuites criminelles afin de protéger des renseignements secrets qui n'auront pas vraiment d'incidence sur l'issue d'un procès criminel ou sur l'impartialité de celui-ci ne servira ni l'intérêt du public ni les exigences légitimes imposées par la Charte. Parallèlement, des procès inéquitables au cours desquels des renseignements qui auraient dû être divulgués à l'accusé ou une preuve qui aurait dû être utilisée par l'accusé ne sont pas rendus disponibles, même par souci légitime de protéger la confidentialité des renseignements liés à la sécurité nationale, ne serviront pas non plus l'intérêt du public et les exigences légitimes imposées par la Charte.

La nécessité de faire preuve de souplesse et la quête de solutions raisonnables qui permettront de concilier les exigences en ce qui a trait à l'impartialité et à la protection des renseignements secrets ne sont cependant pas limitées aux processus officiels appliqués par le système de justice. Des efforts doivent être déployés afin de convaincre les indicateurs confidentiels que leur identité peut être révélée tout en assurant leur sécurité au moyen de programmes de protection des témoins. Dans un même ordre d'idées, il faut tenter de persuader les organismes nationaux et étrangers de modifier leurs oppositions à l'utilisation de leurs renseignements secrets devant les tribunaux. Les instructions permanentes des services de renseignement de sécurité en ce qui concerne les enquêtes en matière de contre-espionnage, y compris l'utilisation de mandats et le traitement des sources confidentielles, devraient être révisées à la lumière des besoins en ce qui a trait à la divulgation de l'information et à la preuve dans le cadre des poursuites pour terrorisme. La réalisation d'un compromis entre la nécessité d'assurer un processus équitable et celle de protéger les renseignements secrets est l'une des tâches les plus difficiles et délicates auxquelles sont confrontés les procureurs, les organismes de sécurité, les juges et la société

en général. Il s'agit également de l'une des plus importantes tâches à accomplir pour l'utilisation efficace du système de justice criminelle dans la lutte contre le terrorisme.

Sommaire du rapport

La première partie du présent présentera dans une perspective historique la réflexion dont a fait l'objet la distinction qui existe entre le renseignement de sécurité et la preuve. On ne peut pleinement comprendre cette distinction sans se familiariser d'abord avec les différents rôles des services de renseignement de sécurité et avec ceux des services de police. Notre façon de concevoir ces rôles est en grande partie enracinée dans la création du SCRS en 1984. Ces rôles sont tous fondés sur des principes et des lois. Toutefois, ils ne sont pas immuables et ils continuent d'évoluer. La distinction entre la collecte proactive de renseignements et l'application répressive de la loi qui pouvait être un point de vue acquis et fondé en 1984 peut ne plus être acceptable aujourd'hui. Toute discussion contemporaine au sujet de la distinction entre le renseignement de sécurité et la preuve devrait tenir compte de la Loi antiterroriste de 2001 qui a été conçue de manière à donner aux services de police plus d'outils pour prévenir le terrorisme, principalement en leur permettant d'intenter des poursuites pour différents crimes liés au financement, au soutien et à la préparation d'actes terroristes.

La deuxième partie sera consacrée à certains des objectifs concurrents qui devraient permettre de décrire la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve, par exemple : 1) la nécessité de respecter la nature confidentielle et hautement sensible du renseignement, y compris les méthodes, sources, enquêtes en cours et renseignements fournis par des tiers; 2) la nécessité d'offrir à l'accusé un traitement équitable conformément à la Charte, en particulier en ce qui concerne son droit à une défense pleine et entière; 3) la nécessité de respecter la présomption que les tribunaux seront ouverts au public et à la presse; 4) la nécessité de s'assurer que les tribunaux criminels peuvent efficacement parvenir à des verdicts précis dans des procès pour terrorisme.

La troisième partie donnera un aperçu des différentes normes qui sont utilisées pour autoriser la surveillance électronique afin de recueillir des renseignements de sécurité et des éléments de preuve. Nous établirons principalement des comparaisons entre la disposition concernant les mandats dans la Loi sur le SCRS, adoptée initialement en 1984, le

mécanisme d'autorisation ministérielle que peut utiliser notre service de collecte de renseignements relatifs aux transmissions, le Centre de la sécurité des télécommunications (CST) et les dispositions du Code criminel en matière de mandat, telles que révisées par la Loi antiterroriste de 2001. Parmi les questions à examiner, il faudra déterminer si l'information obtenue au moyen de la surveillance électronique par divers services de renseignement de sécurité est admissible dans le cadre d'un procès criminel, et quelle incidence cette analyse devrait avoir sur la coopération entre les services de renseignement de sécurité et les services de police. De manière à orienter la discussion tout au long du document, nous ferons appel à des études de cas pertinentes. Dans la présente partie, ces études incluront la poursuite contre Talwinder Singh Parmar et d'autres individus relativement à un prétendu complot élaboré à Hamilton dans le but de commettre des actes de terrorisme en Inde, poursuite abandonnée après que l'accusé s'est vu accorder l'accès à un affidavit utilisé pour obtenir une autorisation d'effectuer une surveillance électronique en vertu du Code criminel. La deuxième étude de cas que nous examinerons est celle de l'affaire Atwal, qui comporte des condamnations pour tentative de meurtre et des accusations abandonnées pour complot en vue de commettre un meurtre, relativement à la fusillade visant le ministre indien Malkiat Singh Sidhu.

Dans la quatrième partie, nous examinerons l'étendue des besoins en matière de divulgation au Canada dans la mesure où ils pourraient avoir une incidence sur le renseignement de sécurité ainsi que sur la divulgation de l'identité des indicateurs confidentiels. Tout au long de cette analyse, je m'appuierai sur l'expérience pertinente révélée par les poursuites engagées dans l'affaire Air India, ainsi que dans d'autres procès liés au terrorisme comme l'affaire R. c. Khela qui a par la suite fait l'objet d'une suspension de la procédure après que la Couronne se fut abstenue pendant de nombreuses années de révéler l'identité et le contenu des dépositions d'un indicateur clé ayant participé aux discussions qui ont mené à des accusations de complot relativement à un prétendu plan concernant un attentat à la bombe qui devait être perpétré contre un autre avion d'Air India en 1986. Nous examinerons l'expérience canadienne en ce qui a trait à la définition au moyen de la législation et à la restriction en vertu du privilège relatif à la preuve, des obligations de la Couronne en matière de divulgation.

La cinquième partie du présent document examinera la procédure en vigueur au Canada lorsque l'État fait valoir ses droits en matière

de confidentialité des renseignements relatifs à la sécurité nationale ou d'autres intérêts publics particuliers dans le but de protéger des renseignements de sécurité ou d'autres documents contre la divulgation publique ou la divulgation à l'accusé. Cela nécessitera un examen détaillé de l'article 37 et, en particulier, de l'article 38 de la Loi sur la preuve au Canada, tels qu'ils ont été modifiés par la Loi antiterroriste de 2001. L'article 38, à l'instar d'autres lois comparables, est conçu de manière à permettre de trouver des solutions efficaces et souples aux intérêts concurrents auxquels se rattachent la divulgation et la non-divulgation. Il offre une gamme adaptée de solutions de rechange à la divulgation complète, notamment des ententes entre le procureur général et l'accusé, des rédactions sélectives, l'utilisation de résumés, et diverses ordonnances réparatrices comme les admissions et les faits et constatations, ainsi que la suspension de la procédure pour une partie ou l'ensemble de la poursuite. Toutefois, l'une des caractéristiques particulières de l'article 38 est que la procédure concernant les demandes de traitement confidentiel liées à la sécurité nationale doit être enregistrée devant la Cour fédérale et non devant un tribunal criminel ou une cour d'appel. Comme nous le verrons, le système à deux paliers préconisé par le Canada est différent de celui qu'appliquent d'autres pays. En vertu de ce système, un juge qui préside est lié par la décision d'un juge de la Cour fédérale en ce qui a trait à la divulgation tout en conservant le droit d'ordonner des recours appropriés, comme des suspensions de la procédure, pour protéger les droits de l'accusé à un procès impartial. Bien que la procédure visée par l'article 38 n'a pas été utilisée dans le procès concernant l'affaire Air India, elle aurait pu être appliquée si les avocats de la poursuite et de la défense n'avaient pas été en mesure d'élaborer une solution de rechange en ce qui concerne la divulgation de l'information sous réserve d'un engagement initial de la part des avocats de la défense à ne pas communiquer la preuve à leurs clients. L'usage limité de l'article 38 dans les poursuites pour terrorisme sera examiné à la lumière des affaires Kevork et Khawaja, ainsi que de l'affaire R. c. Ribic relative à une prise d'otages en Bosnie.

La sixième partie du présent document examinera les procédures utilisées aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie pour résoudre les demandes de traitement confidentiel liées à la sécurité nationale afin de comprendre en quoi les approches utilisées dans ces pays diffèrent de celles qui ont été appliquées au Canada, et de déterminer si elles constituent une base plus solide pour le maintien d'une relation pratique et fiable entre le renseignement de sécurité et la preuve. Un point ressort clairement d'une étude comparée de ces régimes : tous permettent à une cour

criminelle de première instance de rendre des décisions et de réévaluer les demandes au sujet du traitement confidentiel lié à la sécurité nationale et des ordonnances de non-divulgence ou de divulgation partielle qui en découlent, à la lumière de la nature changeante des poursuites criminelles. En revanche, l'approche canadienne, fondée sur les ordonnances finales et exécutoires de la Cour fédérale en ce qui a trait à la non-divulgence de l'information, permet à la cour criminelle de première instance de décider ensuite si, compte tenu de ces ordonnances, il est toujours possible de tenir un procès impartial.

La conclusion décrira, dans leurs grandes lignes, certaines des principales solutions qui permettraient à l'avenir de mettre en place un lien plus efficace entre le renseignement et la preuve. Parmi ces solutions, notons le recours à une combinaison adéquate d'autorisations en matière de surveillance électronique relatives au Code criminel et au renseignement de sécurité, la possibilité d'adopter des définitions ou des restrictions législatives concernant les besoins en matière de divulgation, et la capacité du système canadien à deux tribunaux, unique en son genre, à rendre des décisions au sujet des demandes de traitement confidentiel liées à la sécurité nationale. Tous ces enjeux ont en commun le fait qu'ils nécessitent la mise en œuvre d'une relation fiable, pratique et équitable entre le renseignement et la preuve. Cela soulève des questions fondamentales quant à la viabilité des poursuites criminelles en tant que réponse aux menaces terroristes internationales telles que celle qui a mené à l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India.

I. L'évolution de la distinction entre le renseignement de sécurité et la preuve

Dans la présente section, j'analyserai l'opinion publique au sujet de la distinction entre le renseignement de sécurité et la preuve, et la relation de cette distinction avec les différents rôles joués par les services de renseignement de sécurité et les corps de police. J'utiliserai une approche historique afin de décrire l'évolution des perspectives à partir de la fin de la guerre froide, période durant laquelle l'accent a été mis sur les activités de contre-espionnage à l'endroit d'un État hostile, jusqu'à l'ère qui s'est amorcée au lendemain des attentats du 11 septembre, l'attention s'étant tournée dès lors vers la lutte au terrorisme dirigée contre des acteurs hostiles non étatiques. L'attentat à la bombe contre le vol d'Air India en 1985 a une signification particulière dans ce contexte. Il s'agit en effet d'un prélude tragique et horrible aux événements du 11 septembre.

Parallèlement, on ne peut établir clairement que notre façon de concevoir la relation entre le renseignement et la preuve a suffisamment évolué pour tenir compte de la menace du terrorisme et de la nécessité d'intenter des poursuites contre les terroristes.

La Commission Mackenzie

Au Canada, la première recommandation prévoyant que la collecte de renseignements de sécurité devrait s'effectuer de façon distincte par rapport aux activités des corps de police a été formulée en 1969 par une commission royale d'enquête sur la sécurité mieux connue sous le nom de Commission MacKenzie, du nom de son président. Cette commission a analysé un certain nombre de sujets comme les autorisations de sécurité, l'immigration et la sécurité, les affaires extérieures et la sécurité industrielle, aucun d'entre eux n'étant axé sur l'application de la loi. Elle a expliqué que l'objet des mesures relatives à la sécurité qu'elle allait examiner :

n'est pas d'abord de déceler des infractions et de poursuivre les coupables (dans ce cas des définitions juridiques bien précises seraient essentielles) : c'est plutôt de recueillir des informations et de prévenir et déceler les fuites de renseignements ou les tentatives de subversion¹².

Elle a proposé de créer un service de renseignement civil dont le mandat axé sur la prévention serait différent du mandat plus répressif d'application de la loi conféré aux services de police.

La Commission Mackenzie a recommandé que l'écoute téléphonique pour des raisons de sécurité soit soustraite à la législation proposée pour l'obtention d'ordonnances judiciaires et qu'elle soit assujettie à des autorisations ministérielles. Elle a conclu que « les ministres sont mis plus rapidement au fait des détails des affaires qui concernent le gouvernement, parce qu'ils sont mieux placés pour saisir les exigences spéciales de la sécurité et parce qu'ils pourraient davantage centraliser le contrôle de l'ensemble des opérations d'interception »¹³. Elle a reconnu que le nouveau service de renseignement de sécurité « opérerait quand même, lorsque la chose serait nécessaire, en étroite collaboration avec

¹² *Rapport de la Commission royale sur la sécurité* (version abrégée) (Ottawa : Information Canada, 1969), paragraphe 4.

¹³ *Idem*, paragraphe 292.

elle –la GRC– et les autres corps policiers »¹⁴, mais elle ne s’est pas penchée sur les difficultés liées à la gestion de la relation entre le renseignement et la preuve.

La Commission McDonald

La Commission McDonald a examiné les activités de la GRC, y compris les activités illégales réalisées dans la foulée de la crise d’octobre 1970 durant laquelle deux cellules terroristes au Québec ont commis un enlèvement et un meurtre. Elle a constaté que certains actes illégaux avaient été commis par la GRC parce qu’ils en sont venus à croire que, puisqu’ils ne réussissaient à faire respecter la loi qu’après la perpétration d’infractions, leur méthode ne constituait pas un moyen efficace de prévenir des actes de violence politique »¹⁵.

La Commission a recommandé la création d’un service de renseignement de sécurité civil qui pourrait faire enquête au sujet de diverses menaces à la sécurité du Canada, incluant le terrorisme. Elle a défini le rôle du renseignement de sécurité comme étant de « prémunir et de conseiller [les autorités compétentes] au sujet des activités qui menacent la sécurité intérieure du Canada »¹⁶. En ce qui a trait au terrorisme, elle a noté :

Les actes terroristes politiques, une fois qu’ils se sont produits ou qu’on a des raisons de croire qu’ils sont sur le point de se produire, relèvent à proprement parler des organismes chargés de faire respecter la loi. Mais il convient que tous renseignements préalables soient communiqués à nos gouvernements et à nos corps policiers. Par exemple, il faudrait que les services d’immigration fussent renseignés sur l’identité des terroristes internationaux afin de pouvoir les reconnaître s’ils demandent à entrer au Canada. En outre, en tant que signataire de plusieurs conventions sur la participation internationale à la lutte contre le terrorisme..., le Canada est tenu de contribuer au fichier international de renseignements concernant les terroristes¹⁷.

14 *Idem*, paragraphe 297.

15 *Liberté et sécurité selon la loi*, Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981, p. 269.

16 *Idem*, p. 414.

17 *Idem*, p. 416.

La Commission a rappelé que le renseignement de sécurité était obtenu souvent en menant des enquêtes secrètes et « en analysant ces données à la lumière de leur importance dans un contexte tant national qu'international »¹⁸. Elle a conclu que cette fonction ne devrait pas relever de la GRC en raison de la nécessité de pouvoir faire appel au jugement et à l'orientation politique en matière d'activités liées au renseignement de sécurité et du fait des dangers qu'entraînerait la combinaison des pouvoirs des services policiers avec la collecte du renseignement de sécurité¹⁹. La Commission McDonald était plus consciente du terrorisme que ne l'était la Commission Mackenzie qui, comme l'a noté la Commission McDonald, n'a même jamais utilisé le mot terrorisme²⁰. Elle a envisagé aussi la possibilité que la GRC continue à jouer un rôle dans les enquêtes concernant les infractions liées à la sécurité nationale, incluant les actes de terrorisme réels ou appréhendés. Néanmoins, la Commission McDonald n'a pas tourné son attention vers la relation qui naîtrait entre un nouvel organisme de sécurité civile et les services de police²¹, ni vers l'enjeu connexe que représente la relation entre le renseignement et la preuve.

Le Comité Pitfield

En 1983, un comité spécial du Sénat appelé le Comité Pitfield, du nom de son président, le sénateur Michael Pitfield, a analysé la distinction entre le renseignement et la preuve de façon assez détaillée et en des termes qui continuent d'avoir une incidence sur notre approche. Le Comité Pitfield a clairement souligné les différences entre l'application de la loi et le renseignement de sécurité :

L'application des lois est une activité réactive qui, si elle n'exclut pas la collecte de renseignements et des mesures de prévention, n'intervient, dans l'ensemble, qu'après la perpétration d'un acte criminel précis. La protection de la sécurité ne se contente pas simplement de réagir aux événements, elle vise à détecter à l'avance les menaces à la sécurité et ne s'intéresse pas nécessairement aux infractions à la loi. Une publicité considérable accompagne les activités visant à faire respecter la loi et en fait même essentiellement

18 *Idem*, p. 419.

19 *Idem*, p. 423 et 614.

20 *Idem*, p. 40.

21 L'examen des activités des services de police réalisé par la Commission McDonald a essentiellement porté sur des questions comme les plaintes, la consultation et les pouvoirs juridiques, et la relation avec le solliciteur général. *Idem*, pages 957 à 1053.

partie. Le travail du renseignement de sécurité, à l'inverse, exige le secret. Faire respecter la loi est une activité "qui cherche des résultats", notamment l'appréhension et le jugement du coupable, les "intervenants" du système – policiers, procureurs, avocats de la défense et juges – jouissant d'une très grande autonomie d'action. Le renseignement de sécurité est, tout au contraire, "tourné vers l'information". Le rôle des intervenants est beaucoup moins clairement défini et la direction et le contrôle dans un cadre hiérarchique sont absolument nécessaires. Enfin, faire respecter la loi est une activité qui se déroule pratiquement en "vase clos" et dans des limites bien définies – perpétration, enquête, appréhension, jugement. Les opérations du renseignement de sécurité sont beaucoup moins délimitées : l'accent est mis sur l'enquête, l'analyse et l'énoncé de renseignements²².

Les observations du Comité Pitfield sont particulièrement pertinentes du fait qu'elles représentent la pensée qui régnait à l'époque de la création du SCRS et durant l'enquête initiale concernant l'affaire Air India. Le Comité a donné une définition de l'exercice des pouvoirs de police qui se caractérise par l'énoncé de responsabilités purement réactives. Les services de police et les procureurs sont des acteurs autonomes qui entrent en scène après qu'un crime a été commis. Les services de police, de façon indépendante, recueillent des preuves qui seront présentées dans le cadre d'un procès public alors que les services de renseignement de sécurité, soumis à l'autorité politique, recueillent de façon proactive des renseignements au sujet de menaces. Les différences caractérisant la collecte de renseignements et d'éléments de preuve n'auraient pu être décrites plus clairement. Le rôle proactif des services de police dans la prévention du crime et dans les poursuites liées aux tentatives et aux complots visant à commettre des actes de terrorisme a été ignoré. Sans surprise, la possibilité que le renseignement puisse tenir lieu de preuve dans le cadre d'un procès criminel a également été ignorée.

22 Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité, *Équilibre délicat : Un service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1983, p. 6, paragraphe 14.

La Loi sur le SCRS de 1984 et la Loi sur les infractions en matière de sécurité

Le SCRS a été créé en 1984 et son mandat consistait à mener des enquêtes au sujet de différentes menaces contre la sécurité du Canada, des menaces et des actes de grave violence visant pour des raisons politiques des personnes ou des biens se trouvant au Canada ou dans des États étrangers, mais aussi des activités d'espionnage, des opérations clandestines influencées par des pays étrangers, et des activités secrètes illégales visant à saper le gouvernement canadien constitutionnellement établi. La Loi sur le SCRS a été édictée durant la guerre froide dans un contexte caractérisé par des rapports indiquant que la surveillance exercée par le SCRS à l'endroit de Parmar avait été interrompue au profit de la surveillance d'un diplomate soviétique en visite au pays²³.

Le SCRS a été créé de manière à permettre aux organes politiques de déterminer l'orientation du nouvel organisme ainsi que d'examiner et de surveiller ses activités d'une façon différente par rapport aux normes régissant les relations entre les services policiers et le gouvernement²⁴. Il peut être chargé par le ministre de la Défense et le ministre des Affaires étrangères de recueillir de l'information et des renseignements dans certaines circonstances²⁵. L'article 12 de la Loi sur le SCRS a prévu qu'il recueillerait de l'information et des renseignements à propos de menaces envers la sécurité du Canada en s'appuyant sur des normes différentes de celles qui sont utilisées par les services de police. L'article prévoit que « le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard ». La Loi fait expressément référence à l'information et aux renseignements en tant qu'éléments qui diffèrent de la preuve et elle autorise la réalisation d'enquêtes pour des motifs valables liés à des soupçons de menaces envers la sécurité du Canada.

²³ Kim Bolan, *Loss of Faith How the Air India Bombers Got Away with Murder*, (Toronto : McClelland and Stewart, 2005), p. 63.

²⁴ Au sujet des normes évolutives relatives à l'autonomie des services de police qui mettent l'accent sur le rôle légitime des directives ministérielles transparentes à l'intention des corps policiers, voir le rapport de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (2006) ch. 9; *Rapport de la Commission d'enquête sur l'pperwash* (2007), ch. 12.

²⁵ Loi sur le SCRS, art.13-16.

La Loi sur le SCRS a instauré un régime de mandat distinct qui excluait à dessein le mécanisme prévu au terme de la partie VI Code criminel²⁶. Un mandat autorisant le SCRS à installer un dispositif d'écoute nécessitait des motifs raisonnables pour conclure qu'une surveillance électronique était justifiée lors d'une enquête sur la menace envers la sécurité du Canada ou sur des états étrangers ou des personnes pour des questions liées à la défense du Canada et à la conduite de ses affaires internationales, par opposition à des motifs valables de croire qu'un crime a été commis et que la surveillance permettrait d'obtenir des preuves relativement à ce crime²⁷. Toutes ces questions ont permis d'établir une distinction entre le rôle du SCRS consistant à fournir des renseignements de sécurité au gouvernement, et le rôle des services de police en matière de collecte d'éléments de preuve justifiant le dépôt d'accusations et les poursuites qui s'en suivent.

La Loi sur le SCRS a mis l'accent sur la confidentialité de l'information. En vertu de celle-ci, commet une infraction quiconque divulgue de l'information concernant une personne « qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel » ou un employé du Service « occupé à des activités opérationnelles cachées du Service »²⁸. Parallèlement, la Loi sur le SCRS ne prévoyait pas que le secret absolu serait toujours observé ou que les renseignements ne seraient jamais transmis aux autorités policières. En vertu du paragraphe 19(2) de la Loi sur le SCRS, l'organisme peut divulguer des informations aux services de police et aux procureurs pertinents « lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale... »²⁹. Même en 1984, il était admis que le SCRS pouvait détenir des renseignements qui pourraient s'avérer utiles pour les enquêtes et les poursuites criminelles. La Loi sur le SCRS n'a érigé aucun mur étanche entre le renseignement et l'information pertinente qui peut être fournie à la police. Sa perception implicite de la relation entre la collecte de renseignements et la collecte d'éléments de preuve était plus complexe et nuancée que le contraste clairement défini qu'avait établi le Comité Pitfield. En effet, la possibilité que des renseignements puissent devoir être divulgués dans le cadre d'une action en justice avait été admise de manière implicite en 1982 lorsque la Loi sur la preuve au Canada avait été modifiée afin de reconnaître que les revendications de l'autorité exécutive exigeant que l'information qui concerne la sécurité

26 *Idem*, art. 26.

27 *Idem*, art. 21.

28 *Idem*, art. 18.

29 *Idem*, alinéa 19(2)(a).

nationale ne soit pas divulguée dans le cadre d'actions en justice n'étaient plus absolues et sans appel, mais plutôt qu'elles pouvaient faire l'objet d'un examen par la Cour fédérale³⁰.

Le rôle proactif des services de police dans la prévention et les enquêtes relatives aux crimes dans le domaine de la sécurité nationale a également été reconnu dans une législation complémentaire à la Loi sur le SCRS et dont on a beaucoup moins fait état, la Loi sur les infractions en matière de sécurité³¹. Dans cette loi, les agents de la GRC se sont vu accorder « la responsabilité première d'exercer les fonctions attribuées aux agents de la paix » en rapport avec les infractions découlant « d'une conduite qui représente une menace à la sécurité du Canada », telles que définies dans la Loi sur le SCRS. Les responsabilités des agents de la GRC incluent la prévention du crime et l'arrestation des contrevenants³². Les activités constituant une menace envers la sécurité du Canada pourraient inclure diverses infractions, notamment les meurtres, les tentatives de meurtre, les autres formes de violence ou de menaces, l'espionnage, le sabotage et la trahison. De plus, le Code criminel interdit non seulement la perpétration d'infractions, mais également les tentatives qui vont au-delà de la simple préparation à commettre de telles infractions, les ententes ou complots entre deux personnes ou plus en vue de commettre des infractions, et les tentatives de conseiller, d'amener ou d'inciter d'autres personnes à commettre des infractions, ainsi que diverses formes d'assistance à des activités criminelles.

Une lecture attentive de la Loi sur le SCRS et de la Loi sur les infractions en matière de sécurité donne à penser que la dichotomie clairement définie par le Comité Pitfield quant à l'application répressive de la loi et à la collecte préventive de renseignements était simpliste. La législation fondamentale de 1984 prévoyait la divulgation de renseignements aux autorités policières afin qu'ils puissent être utilisés dans le cadre d'enquêtes et de poursuites criminelles. Elle a donné lieu à un chevauchement des compétences en accordant au SCRS un mandat qui lui permet de faire enquête au sujet d'actes de terrorisme définis comme des menaces et des actes de grave violence dirigés contre des personnes ou des biens à des fins politiques, menaces et actes qui pouvaient, tant avant qu'après le fait, constituer des crimes. La GRC s'est vu accorder la principale compétence en ce qui a trait à ces crimes. Son rôle n'était pas seulement

30 Voir ci-après à la section V.

31 *Loi sur les infractions en matière de sécurité*, L.R.C. (1985), chap. S-7, art. 6.

32 *Loi sur la G.R.C.*, art. 18.

répressif, puisqu'elle avait pour mandat de prévenir les crimes et qu'elle pouvait enquêter et déposer des accusations avant et après des actes de terrorisme.

La distinction entre la preuve et le renseignement durant la période qui a suivi l'attentat à la bombe contre le vol d'Air India

Un protocole d'entente établi en juillet 1984 prévoyait un cadre de travail minimal pour le partage de l'information entre la GRC et le SCRS. Après avoir défini de façon générale les secteurs pour lesquels l'information pouvait être partagée, il précisait que [traduction] « ni le SCRS ni la GRC ne bénéficieront d'un droit d'accès illimité aux dossiers opérationnels de l'autre organisme » et qu'« ils ne pourront prendre de mesures fondées sur les renseignements fournis sans obtenir au préalable l'accord de l'autre organisme ». Vague, le terme « mesures » devait probablement englober les actions en justice, mais cela pouvait également faire référence à diverses autres activités d'enquête. Le protocole d'entente prévoyait également que les « renseignements opérationnels » recueillis dans le cadre d'opérations conjointes de la GRC et du SCRS [traduction] « devraient être librement partagés entre les deux organismes », mais que cela « n'incluait pas la divulgation de l'identité des sources et les renseignements fournis par des tiers »³³.

En 1986, un protocole d'entente plus détaillé a consacré un chapitre au partage de l'information entre les deux organismes. Il prévoyait qu'un sous-directeur du SCRS et un sous-commissaire de la GRC assureraient « la liaison » entre les deux services en ce qui a trait au partage de l'information, mais que [traduction] « tout différend concernant le partage de l'information ou les mesures à prendre en fonction d'une telle information et qui ne peut être réglé par le directeur (SCRS) ou le Commissaire (GRC) sera soumis au solliciteur général (ou à son représentant d'office) ». Comme la GRC et le SCRS étaient tous deux placés sous l'autorité du même ministre, il était possible de résoudre les différends sur la mise en commun de l'information et son utilisation subséquente. Le solliciteur général, avec l'accord du Cabinet, pouvait décider, en dernier ressort, s'il était plus important de protéger les secrets ou d'intenter des poursuites.

Contrairement au protocole d'entente de 1984, celui de 1986 faisait expressément référence au paragraphe 19(2) de la Loi sur le SCRS en stipulant que le SCRS avait consenti à fournir [traduction] « à la GRC des renseignements :

³³ Protocole d'entente conclu le 17 juillet 1984, publication de la GRC 00001.0352.

- i. pertinents par rapport au processus d'enquête et d'application de la loi concernant de prétendues infractions en matière de sécurité ou aux arrestations qui en découlent et dont la responsabilité principale incombe à la GRC en vertu du paragraphe 6(1) de la Loi sur les infractions en matière de sécurité³⁴ ».

Cette disposition établissait que la Loi sur le SCRS et la Loi sur les infractions en matière de sécurité prévoyaient le maintien des responsabilités de la GRC en matière de sécurité nationale. Parallèlement, le protocole d'entente n'apportait aucune précision quant au traitement de l'information fournie par le SCRS à la GRC en ce qui concerne les poursuites judiciaires. Il ne comportait aucune référence relativement aux mesures qui pouvaient être appliquées pour protéger les renseignements secrets en vertu de la Loi sur la preuve au Canada.

En 1987, un Comité spécial du Sénat sur le terrorisme et la sécurité publique a formulé des commentaires au sujet de rapports alléguant un manque de coopération « entre, d'une part, la police fédérale et les organismes de collecte de renseignements et, d'autre part, les avocats de la Couronne (provinciaux) relativement aux poursuites de présumés terroristes ». Il a indiqué qu'il y avait « au moins un cas où les procureurs provinciaux n'avaient pas réussi à obtenir un arrêt contre un présumé terroriste, en partie au moins par suite d'une décision du Service de ne pas permettre à ses agents de témoigner ou de divulguer certains renseignements »³⁵. Comme nous le verrons dans les prochaines parties du présent document, à ce stade, un certain nombre de poursuites pour terrorisme avaient été interrompues ou avaient été prolongées indûment en raison de problèmes liés à la divulgation de renseignements du SCRS ou à la divulgation de l'identité d'indicateurs.

Le Comité spécial du Sénat a conclu que les problèmes que soulevait la relation entre le SCRS et les organismes d'application de la loi étaient attribuables à une mauvaise compréhension du rôle du SCRS qui, selon lui, « a essentiellement pour mandat de recueillir des renseignements et de l'information en vue de permettre une évaluation des risques » et non

³⁴ Protocole d'entente conclu en novembre 1986, chapitre 13.

³⁵ Sous la présidence de l'honorable William Kelly, *Rapport du Comité spécial du Sénat sur le terrorisme et la sécurité publique*, (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1987), p. 41.

de « recueillir des preuves à l'appui de poursuites pénales »³⁶. Le Comité a également conclu que le SCRS «[adoit] doit offrir son entière collaboration aux avocats de la Couronne [provinciaux] dans les poursuites intentées contre des terroristes présumés, sans aller jusqu'à compromettre la sécurité des agents du Service, de leurs contacts ou d'enquêtes importantes en cours »³⁷. Selon toute vraisemblance, cette recommandation n'allait pas régler les problèmes ou les conflits concernant la relation entre le SCRS et les organismes d'application de la loi, étant donné le rôle prépondérant que le SCRS, et par le fait même la Loi sur le SCRS, accordait à la protection de l'identité de ses indicateurs et de ses agents ainsi qu'à la confidentialité de ses activités.

Une des recommandations qui auraient potentiellement permis de résoudre les conflits entre les services de renseignement de sécurité et les services de police visait à ce que le procureur général du Canada invoque sa compétence dans les poursuites pour terrorisme dans le cadre desquelles on pourrait faire appel à des renseignements et à des témoins du SCRS. Cette recommandation permettrait de limiter à l'intervention du gouvernement fédéral le règlement des différends sur la question de savoir si les intérêts du public sont mieux servis en protégeant les renseignements secrets ou en divulguant l'information. De tels différends pourraient faire intervenir le solliciteur général, qui est responsable du SCRS et de la GRC, et le procureur général du Canada, lequel aurait la responsabilité, à titre indépendant, d'établir si les poursuites sont dans l'intérêt du public. La revendication par le gouvernement fédéral de sa prééminence au chapitre des poursuites pour terrorisme a été envisagée dans la Loi sur les infractions en matière de sécurité. Même si cela ne réglait pas tous les dilemmes relatifs à la divulgation et à la protection du secret, cela permettrait de s'assurer qu'ils sont tous examinés par les mêmes autorités.

Le rapport déposé en 1987 par le Comité du Sénat a essentiellement accepté la nette dichotomie entre la collecte d'éléments de preuve et la collecte de renseignements qui avait été établie dans le rapport Pitfield de 1983. Il n'a entrepris aucun réexamen de la relation entre le renseignement et la preuve à la lumière de l'attentat à la bombe commis contre le vol d'Air India. Bien qu'il pressait la GRC et le SCRS de coopérer, il maintenait qu'il est plus important de protéger la confidentialité des enquêtes du SCRS et

³⁶ *Idem*, p. 41.
³⁷ *Idem*, p. 41.

l'identité de ses agents et indicateurs que de révéler ces informations et renseignements dans le cadre de poursuites criminelles.

En 1987, le Groupe consultatif indépendant sur le SCRS a également établi une nette distinction entre les responsabilités du SCRS en matière de collecte et d'analyse de renseignements et les responsabilités des services de police en matière de collecte d'éléments de preuve et de poursuites. Dans ses recommandations relatives à l'accroissement des efforts concernant le transfert de tâches à des civils et l'analyse, le Groupe consultatif a résumé les « différences fondamentales entre les fonctions d'un service de renseignement de sécurité et celles d'un corps policier » de la façon suivante :

- la police s'occupe de faits (éléments de preuve), généralement à la suite d'un incident, alors que le service de renseignement de sécurité tâche de prévoir les événements;
- les services de police doivent jouir d'un certain degré d'autonomie alors que ceux de renseignement de sécurité doivent au contraire être assujettis à un contrôle plus rigoureux, dont l'objet est de s'assurer que l'on ne porte pas atteinte indûment aux droits de l'individu et, si atteinte il y a, que l'on respecte l'obligation de rendre compte sur le plan politique;
- les activités policières sont assujetties à un ensemble de règlements explicites (le Code criminel et la jurisprudence), alors que les activités du Service de renseignement de sécurité, bien que prévues dans la Loi sur le SCRS, exigent davantage l'exercice du jugement;
- un service de renseignement de sécurité doit tenir son gouvernement au courant de toute menace envers la sécurité nationale, alors que la police s'occupe généralement de fournir à un procureur de la Couronne des éléments de preuves qui seront présentés devant le tribunal³⁸.

Ce rapport mettait l'accent sur l'amélioration de la capacité du SCRS à recueillir et à évaluer les renseignements et non sur sa capacité à

³⁸ *Des ressources humaines et un processus en transition, Rapport du Groupe consultatif indépendant au solliciteur général sur le Service canadien du renseignement de sécurité, octobre 1987, p. 5.*

collaborer avec les services de police. Aucun de ces rapports déposés en 1987 ne s'est penché sur les questions essentielles posées par l'enquête en cours au sujet de l'affaire Air India.

Dans son rapport annuel de 1988-1989, le CSARS a formulé des commentaires au sujet des tensions qui existaient entre divers corps de police et le SCRS. Il mentionnait :

Avec son mandat d'amener les criminels en justice, la police a un motif de traiter toute forme d'information comme un élément de preuve susceptible d'être produit devant un tribunal. Le SCRS détient un mandat différent, celui de recueillir des renseignements pour conseiller le gouvernement, et il éprouve de toute évidence des réticences à partager des renseignements qui pourraient "brûler" une source³⁹.

Ces commentaires ont confirmé l'écart traditionnel qui existe entre le mandat des services de police, qui consiste à recueillir des éléments de preuve, et celui du renseignement de sécurité, qui est de recueillir des renseignements confidentiels. Ces clichés ont pour la première fois été énoncés par le Comité Pitfield en 1983 et ne semblent pas avoir changé après l'attentat à la bombe contre le vol d'Air India en 1985.

En 1988, le juge Addy a examiné certaines des différences entre les renseignements recueillis par le SCRS et les éléments de preuve recueillis dans le cadre d'enquêtes criminelles. Dans sa confirmation de la décision de refuser la divulgation de renseignements du SCRS dans le cadre du contrôle judiciaire concernant le refus d'une autorisation de sécurité, il a déclaré que :

l'objectif fondamental et de fait la raison d'être d'une enquête en matière de renseignement de sécurité différent et se distinguent considérablement de ceux d'une enquête qui porte sur l'application de la loi en matière criminelle, où l'on est généralement en présence d'une infraction commise fournissant un cadre dans les paramètres duquel l'enquête doit se tenir et peut facilement être contenue. Son but est l'obtention d'éléments de preuve admissibles dans des poursuites au criminel. D'autre part, les enquêtes

³⁹ Rapport annuel du CSARS, 1989-1990, p. 42.

de sécurité visent la collecte de renseignements et elles tendent généralement à prédire des événements futurs en reconnaissant des tendances dans les événements passés et présents.

Il existe peu de limites aux sortes de renseignements de sécurité, souvent obtenus à long terme, qui peuvent aider à reconnaître une menace... Un renseignement, qui en lui-même pourrait sembler anodin, se révélera souvent, rapproché d'autres renseignements, extrêmement utile et même vital à la reconnaissance d'une menace. La nature et la source mêmes du renseignement le rendent bien souvent irrecevable en preuve devant tout tribunal judiciaire. Certains renseignements sont le résultat d'échanges d'informations entre des pays amis du monde occidental, et leur source ou leur mode d'obtention est rarement divulgué par le pays informateur.

Les enquêtes criminelles se tiennent généralement pendant une période assez brève alors que les enquêtes de sécurité s'étendent systématiquement sur une période de plusieurs années, aussi longtemps qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner l'existence d'activités qui constitueraient une menace envers la sécurité de la nation...

[L']observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu'il possède déjà, être en mesure d'en arriver à des déductions préjudiciables à l'enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale...⁴⁰.

Ces commentaires laissent sous-entendre que la nature secrète des renseignements, souvent obtenus grâce à des « échanges d'informations entre des pays amis du monde occidental » les rend « irrecevable en preuve devant tout tribunal judiciaire ». Le juge Addy s'est également dit préoccupé par l'effet de mosaïque qu'entraînerait la divulgation des renseignements. On prétendait en effet qu'un « observateur bien informé »,

⁴⁰ *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)* (1988) 53 D.L.R.(4th) 568, pages 577-578, conf. par (1992) 88 D.L.R.(4th) 575.

probablement des agents de renseignement de l'Union soviétique ou de ses alliés, serait en mesure de reconstituer des opérations en cours ou d'identifier des sources à partir d'un « renseignement apparemment anodin ». La nette dichotomie tracée entre le renseignement et la preuve était probablement un concept logique à l'apogée de la guerre froide. Le SCRS et ses homologues se préoccupaient principalement des activités d'espionnage de l'Union soviétique et de ses partenaires. Les poursuites criminelles n'occupaient pas une place importante dans ces activités. Cette approche n'avait toutefois aucune valeur face à des activités antiterroristes qui pourraient déboucher sur des poursuites contre des acteurs non étatiques. Tandis que les années 1980 s'achevaient et que l'Union soviétique et son empire commençaient à s'effondrer, la perception traditionnelle de la démarcation nette et absolue entre le renseignement secret et la preuve à caractère public a lentement commencé à être remise en question.

Reconnaissance initiale des problèmes liés à la conversion des renseignements en éléments de preuve

En 1990, un Comité spécial de la Chambre des communes a réalisé un examen quinquennal de la Loi sur le SCRS. Avec ce rapport, on reconnaissait publiquement pour la première fois ce que le Comité décrivait comme étant les « importants problèmes techniques à résoudre lorsqu'il s'agit de transformer en preuve criminelle les renseignements rassemblés par le SCRS, notamment dans les cas d'actes violents ayant des motifs politiques »⁴¹. Le Comité a rapporté des plaintes formulées par la GRC selon lesquelles, bien que le SCRS lui transmettait des renseignements, « l'information reçue était trop souvent manipulée pour être vraiment utile ». Le Comité s'est toutefois dit inquiet du fait que la transmission du renseignement brut pourrait mettre en péril les sources d'information du SCRS et s'est demandé si « les preuves obtenues directement du SCRS [pouvaient être] utilisées devant les tribunaux sans être contestées en vertu de la Charte »⁴². Cela soulevait des préoccupations au sujet des différentes normes appliquées pour autoriser l'écoute électronique aux termes de la Loi sur le SCRS et du Code criminel et qui feront l'objet d'une analyse plus détaillée dans la troisième partie du présent document, ainsi qu'au sujet de la divulgation de l'identité des indicateurs ou des agents du SCRS à qui on pourrait devoir faire appel dans des poursuites criminelles. Même s'il a identifié certains des obstacles à la conversion

41 *Une période de transition mais non de crise*, p. 105.

42 *Idem*, p. 104.

des renseignements en éléments de preuve admissibles qui pourraient être divulgués dans des poursuites pour terrorisme, le Comité de la Chambre des communes n'a cependant pas proposé, dans son examen quinquennal, des solutions qui permettraient d'abolir ces obstacles.

Un nouveau protocole d'entente conclu entre la GRC et le SCRS en 1990 démontrait également une plus grande sensibilisation par rapport aux difficultés associées à la gestion de la relation entre le renseignement secret et la preuve à caractère public. L'article 7 de ce protocole d'entente se lisait comme suit :

[traduction] Le SCRS et la GRC reconnaissent que, de temps à autre, l'information et les renseignements fournis à la GRC par le SCRS pourront être utilisés comme éléments de preuve dans des enquêtes ou des poursuites relativement à des infractions criminelles. De plus, les deux parties reconnaissent que, étant donné que le SCRS ne recueille habituellement pas des renseignements dans le but de constituer des éléments de preuve, un tel usage représente un cas exceptionnel et ne pourra être envisagé sans le consentement préalable du SCRS. On tiendra alors pleinement compte de l'intérêt du public dans l'affaire en cause, y compris la gravité du crime, l'importance et le caractère unique de l'information fournie par le SCRS, et des effets potentiels d'une divulgation pour les sources d'information, les méthodes et les opérations du SCRS et pour les relations de celui-ci avec des tiers.

Cette disposition prévoyait que, dans des « cas exceptionnels », on peut utiliser le renseignement comme élément de preuve, et elle a fourni certains critères d'intérêt public fort utiles pour orienter de telles décisions. Ces critères concernent la nécessité et l'importance d'avoir accès à des éléments de preuve dans une affaire donnée ainsi que le préjudice que l'utilisation de la preuve peut causer aux activités du SCRS et à ses relations avec des tiers.

L'article 9 du protocole d'entente de 1990 prévoyait également qu'en vertu de l'alinéa 19(2)a) de la Loi sur le SCRS qui vise la communication par le SCRS de renseignements pouvant être utilisés par les services de police dans leurs enquêtes ou leurs poursuites, [traduction] « le SCRS accepte de fournir à la GRC de l'information et des renseignements "indirects" »

pertinents à l'enquête menée au sujet d'actes criminels pour lesquels la compétence de la GRC a été établie. La signification du terme « indirect » appliqué à l'information et au renseignement n'est pas claire, mais cela semble indiquer que l'information et les renseignements primaires recueillis par le SCRS ne doivent pas nécessairement être divulgués. Le protocole d'entente soulignait que le renseignement pourrait être utilisé dans des poursuites criminelles, mais uniquement pour des « cas exceptionnels » et seulement à titre d'information « indirecte » découlant du mandat du SCRS qui consiste à recueillir des renseignements secrets pour informer le gouvernement au sujet des menaces envers la sécurité nationale.

En dernier lieu, l'article 24 du protocole d'entente prévoyait qu'en plus du respect des mises en garde et de la confidentialité de l'information :

[traduction] Sous réserve uniquement d'exigences de la part de tribunaux, l'information fournie par l'une ou l'autre des parties au présent protocole d'entente ne pourra être utilisée dans le but d'obtenir des mandats de perquisition ou des autorisations d'interception de communications privées, utilisée à titre de preuve dans le cadre d'actions en justice ou divulguée aux avocats de la couronne ou à un tiers sans le consentement explicite préalable de la partie qui a fourni l'information.

Aucune disposition du présent protocole d'entente ne pourra être interprétée comme obligeant l'une ou l'autre des parties à divulguer l'identité de ses sources d'information ou à divulguer de l'information assortie d'une mise en garde et fournie par un tiers⁴³.

En vertu de cette disposition, le SCRS ou la GRC devait consentir à ce que l'information soit utilisée pour obtenir des ordonnances judiciaires. Autrement dit, cette information serait assujettie aux exigences en matière de divulgation afin de permettre à l'accusé de contester la légalité de l'ordonnance. À ce stade, les services de police aussi bien que le SCRS avaient fait l'expérience de la divulgation d'informations utilisées pour obtenir les autorisations nécessaires à l'installation de dispositifs d'écoute, conformément au Code criminel et à la Loi sur le SCRS, dans les enquêtes antiterroristes⁴⁴.

⁴³ Protocole d'entente conclu le 21 août 1989, publication de la GRC 0001.0352.

⁴⁴ Voir l'analyse de *R. c. Parmar et Atwal c. Canada* dans la partie IV du présent rapport.

Le protocole d'entente de 1990 prévoyait également que le SCRS devait donner son consentement avant que l'information ne soit divulguée aux procureurs ou utilisée dans une cour de justice. Toutefois, comme nous le verrons plus en détail dans la quatrième partie de cette analyse, la Cour suprême a constitutionnalisé un droit général d'accès à l'information dans l'affaire Stinchcombe en 1991, un an après la signature du protocole d'entente. Les obligations relatives à la divulgation concernaient l'information détenue par les procureurs de la Couronne, mais la décision rendue dans l'affaire Stinchcombe exigeait une divulgation complète des renseignements pertinents et non confidentiels détenus par les services de police pour une affaire donnée alors que le protocole d'entente reconnaissait au SCRS, relativement à l'information qu'il avait lui-même transmis aux services de police, un droit de veto concernant sa divulgation par lesdits services de police aux procureurs, lesquels pourraient, à leur tour, la divulguer à l'accusé. Le protocole de 1990 constituait un pas dans la bonne direction pour régler les problèmes liés à la gestion de la relation entre le renseignement et la preuve, mais l'importance qu'il accordait à la confidentialité de l'information et au consentement du SCRS ne correspondait toujours pas aux besoins changeants en matière de divulgation.

Rapports du CSARS au sujet de l'enquête sur l'affaire Air India ainsi que de la coopération entre la GRC et le SCRS

Le rapport de 1991 du CSARS concernant l'affaire Air India comportait également une analyse de certaines questions liées à la distinction existant entre le renseignement de sécurité et la preuve. Le CSARS a indiqué dans son rapport que des responsables du SCRS avaient informé la GRC au sujet de ce qu'ils croyaient être un coup de carabine entendu durant les activités de surveillance à l'endroit de Parmar et de Reyat, à Duncan. Cela était conforme au paragraphe 19(2) de la Loi sur le SCRS qui prévoyait que le SCRS pouvait transmettre aux services de police de l'information qui pourrait s'avérer pertinente dans une enquête criminelle. Au lendemain de l'attentat à la bombe, le CSARS s'est déclaré préoccupé de ce que la haute direction du SCRS n'avait pas précisé la nature de mandat du SCRS par opposition à celui de la GRC ou « [formulé] des lignes de conduite concernant le partage avec cette dernière de l'information et des renseignements recueillis »⁴⁵. En dépit de l'absence de politiques concernant le partage d'informations avec la GRC, le CSARS a attribué les

⁴⁵ Rapport annuel du CSARS, p.10.

problèmes entre les deux organismes qui sont survenus dans la foulée de l'attentat à la bombe à certaines différences au niveau de leurs mandats. Il a indiqué ce qui suit :

À mesure que l'enquête avançait, les agents de la GRC ont cru bon d'examiner de plus près les dossiers du SCRS concernant certaines cibles extrémistes sikhes. Mandaté pour recueillir des renseignements et non des éléments de preuve, le SCRS était d'abord peu disposé à montrer ses dossiers à la GRC, et du même coup ses méthodes et ses sources, pour qu'elle y puise des preuves. De longues négociations ont eu lieu entre les deux organismes et les dossiers ont finalement été mis à la disposition des enquêteurs de la GRC, mais à des conditions mutuellement convenues concernant l'utilisation ultérieure de l'information.

Somme toute, nous n'avons rien trouvé qui montre que la GRC se soit vu déraisonnablement refuser l'accès à des informations du SCRS qui auraient pu servir à son enquête sur le désastre⁴⁶.

Le CSARS s'est également appuyé sur sa compréhension du mandat du SCRS lorsqu'il a évalué les circonstances de l'effacement, par le SCRS, des enregistrements provenant de l'écoute électronique dont Parmar avait fait l'objet. Bien qu'il ait critiqué le manque de clarté de la politique du SCRS au chapitre de la conservation des renseignements, il a indiqué que la directive qui « lui a retiré le pouvoir d'enregistrer et de conserver des rubans d'enregistrement susceptibles de servir de preuve dans des affaires criminelles » était « conforme aux dispositions de la Loi sur le SCRS qui créait un organisme de renseignements n'ayant aucun pouvoir ni responsabilité en matière policière »⁴⁷. Même si les problèmes éprouvés dans la conversion du renseignement en preuve avaient été identifiés par le comité d'examen quinquennal et dans le protocole d'entente de 1990 intervenu entre la GRC et le SCRS, les efforts visant à surmonter ces difficultés ont été neutralisés par la référence aux mandats différents de la GRC et du SCRS et par la notion voulant que le renseignement ne serait utilisé à des fins de poursuites que dans des cas exceptionnels.

⁴⁶ *Idem*, p. 11 (italiques ajoutés par l'auteur).

⁴⁷ *Idem*, p. 12.

En 1998 et 1999, le CSARS a procédé à une analyse des relations entre la GRC et le SCRS. Il a indiqué que « des difficultés et des différends étaient survenus entre les deux organismes, dénotant peut-être des problèmes graves sous-jacents au niveau de leurs rapports de coopération. Ces problèmes et différends ont semblé affecter l'échange d'informations et de renseignements entre la GRC et le SCRS sur le plan opérationnel surtout, mais pas uniquement, de sorte que, s'ils sont généralisés ou systémiques, ils pourraient saper la coopération dans des assises mêmes »⁴⁸. Ce rapport décrivait un système dans lequel les agents de liaison de la GRC détachés auprès du SCRS avaient accès à une grande quantité d'information à laquelle étaient généralement rattachées des mises en garde en restreignant l'utilisation. Même des lettres d'avis du SCRS dans lesquelles on envisageait l'utilisation de l'information pour obtenir des mandats de perquisition incluaient des dispositions en vertu desquelles le SCRS se réservait le droit de contester par n'importe quel moyen la diffusion des renseignements du SCRS sans avoir au préalable consulté le SCRS ou obtenu son approbation⁴⁹. Le CSARS a indiqué ce qui suit :

À l'origine des problèmes découlant de l'échange d'informations entre le SCRS et la GRC se situe l'obligation, pour le Service, de protéger l'information dont la divulgation pourrait révéler l'identité de ses sources, dévoiler ses méthodes de fonctionnement ou compromettre des opérations en cours. D'autre part, des enquêteurs de la GRC estiment que certaines informations du SCRS sont des preuves vitales pour mener à bien leurs poursuites, mais elles leur sont toutefois interdites à cause des mises en garde dont le Service les assortit. Ils croient aussi que, s'ils les utilisent, celui-ci invoquera les articles 37 et 38 de la Loi sur la preuve au Canada, ce qui pourrait nuire sérieusement à la bonne marche de leurs dossiers. De l'avis du Service, son travail n'est pas de recueillir des éléments de preuve. En raison de cette erreur possible des enquêteurs, certains renseignements ou informations du SCRS pourraient être traités comme tels sans toutefois résister à un examen judiciaire, leur collecte n'étant pas soumise aux mêmes règles applicables en matière de preuve⁵⁰.

48 Coopération du SCRS avec la Gendarmerie royale du Canada – partie 1 (Étude du CSARS - 1998-04)
16 octobre 1998, p. 2.

49 *Idem*, p. 8

50 *Idem*, p. 9

Dans ce passage, le CSARS s'inquiète de ce que les renseignements du SCRS pourraient ne pas être admissibles dans des procès criminels parce qu'ils n'auraient pas été recueillis conformément aux normes relatives à la preuve, et que l'application des articles 37 et 38 de la Loi sur la preuve au Canada dans le but d'empêcher la divulgation des renseignements du SCRS pourrait mettre en péril certaines poursuites criminelles. Comme nous le verrons plus loin, ces préoccupations sont sérieuses et légitimes. Néanmoins, elles concernent principalement la partie poursuivante. Cela ne devrait avoir une incidence sur le SCRS que dans la mesure où l'on pourrait demander à celui-ci dans certains cas de modifier ses pratiques en matière de collecte de renseignements, comme lorsqu'il s'agit de procéder à de la surveillance physique, conformément aux normes relatives à la preuve, ou d'aider la GRC à obtenir des mandats de perquisition conformément au Code criminel. Le fond du problème, comme l'a adéquatement souligné le CSARS, ne tient pas tant des difficultés à utiliser le renseignement dans les poursuites criminelles, bien que ces difficultés puissent être considérables, que du refus exprimé par le SCRS de risquer la divulgation du contenu de ses enquêtes et de l'identité de ses sources et de ses agents. Cette attitude du SCRS s'appuyait sur le mandat qui lui a été confié de recueillir des renseignements secrets, ainsi que sur les infractions prévues à l'article 18 de la Loi sur le SCRS sur la divulgation des sources confidentielles et des opérations secrètes. Pourtant, la défense globale du maintien du secret faisait chaque fois ressortir la nécessité de déterminer si, dans un cas particulier, la poursuite et la divulgation étaient dans l'intérêt du public.

Le CSARS a également souligné que les préoccupations de la GRC et du SCRS avaient été accentuées en raison de l'impact de la décision rendue en 1991 par la Cour suprême en 1991 dans l'affaire Stinchcombe. Il a d'ailleurs annexé à son rapport le texte complet de la décision et formulé le commentaire suivant :

Son incidence est que tous les renseignements communiqués par le Service à la GRC, qu'ils servent ou non d'éléments de preuve au ministère public, sont susceptibles d'être divulgués devant les tribunaux. Toute information communiquée à la GRC, verbalement ou dans une lettre officielle d'autorisation, peut éveiller des enquêtes du SCRS. Cela veut dire que même des informations fournies lors de discussions conjointes sur des enquêtes ou à titre de pistes d'enquête sont soumises à des risques⁵¹.

51 *Idem*, p. 9.

C'était là une interprétation très libérale, et quelque peu alarmiste, des implications de l'arrêt Stinchcombe. En effet, même si elle définissait de façon très générale les obligations en matière de divulgation, cette décision n'en abolissait pas pour autant les limites. Comme nous le verrons dans la quatrième partie du présent document, les obligations en matière de divulgation étaient assujetties à certaines réserves selon la pertinence de l'affaire, le privilège, le privilège relatif aux indicateurs, ainsi que le choix du moment pour la divulgation. De plus, le procureur général du Canada pourrait faire valoir son privilège d'interdire la divulgation pour des raisons d'intérêt public. En réalité, cette approche avait déjà été utilisée avec succès dans au moins une poursuite liée à une affaire de terrorisme⁵².

L'argument du CSARS selon lequel la décision Stinchcombe avait envenimé les relations entre le SCRS et la GRC a également minimisé les difficultés qui avaient entaché la relation bien avant la décision de 1991 de la Cour suprême. Un exemple concret, que nous examinerons plus loin, est la décision rendue en 1987 dans l'affaire Atwal, qui avait mené à la divulgation de l'information utilisée par le SCRS pour obtenir un mandat d'écoute électronique et à l'éventuelle démission du directeur du SCRS en raison des inexactitudes contenues dans cet affidavit. Bien avant l'arrêt Stinchcombe, le SCRS savait que la divulgation de l'information était une conséquence probable de son implication dans les poursuites pour terrorisme.

Le rapport du CSARS mentionnait également que l'examen des documents du SCRS par le Groupe de travail Air India de la GRC [traduction] « pourrait mettre à risque une grande quantité d'informations recueillies par le SCRS, eu égard à la décision Stinchcombe, peu importe que ces renseignements soient ou non utilisés par la suite comme éléments de preuve »⁵³. Toutefois, le CSARS a ajouté que le SCRS aidait ses employés à se préparer à témoigner dans l'affaire Air India. Il s'est également dit préoccupé au sujet de la nature décentralisée de la GRC qui a entraîné différentes interprétations à propos des obligations définies dans la décision Stinchcombe en matière de divulgation⁵⁴.

Dans une deuxième étude consacrée à la coopération régionale et achevée en 1999, les agents de la GRC disaient craindre que les agents

52 Voir l'étude de cas concernant la poursuite contre Kevork présentée ci-après.

53 *Idem*, pages 14 et 15.

54 *Idem*, p. 18.

du SCRS ne leur communiquent pas tous les renseignements nécessaires, allégation que les agents du SCRS ont réfutée⁵⁵. On y fait également état de la frustration de la GRC concernant le fait que les lettres d'autorisation du SCRS l'habilitaient dorénavant à échanger moins d'information que ce que prévoyaient ses notes de communication initiales. En même temps, le CSARS concluait que le refus du SCRS de communiquer des renseignements pour protéger des tiers, leurs sources d'origine humaine et les méthodes de travail [traduction] « était conforme à la politique en vigueur au Service et était clairement prévu dans le protocole d'entente. »⁵⁶. Le CSARS a appris que la Division O avait diminué de 90 % le nombre de ses demandes de notes de communication adressées au SCRS, cela en grande partie du fait que [traduction] « l'affaire Stinchcombe avait fini par transformer les renseignements du SCRS en véritable « pilule empoisonnée » dès qu'une poursuite était engagée »⁵⁷, en raison de la réticence à divulguer des renseignements de sécurité. Certains agents de la GRC se plaignaient que le SCRS surprotégeait ses sources d'origine humaine et que la police avait de toute façon l'expérience de ce type de source et des questions liées à la protection des témoins. Selon le CSARS, la question de la divulgation était [traduction] « un problème qui semblait être devenu insoluble ... et qui était susceptible de compromettre les relations entre le SCRS et la GRC et de nuire au bon fonctionnement des deux organisations »⁵⁸. Dans le rapport du CSARS, on semble envisager l'adoption d'une législation apte à résoudre les difficultés créées par les obligations de divulgation, sans préciser cependant la manière dont cette législation pourrait accomplir cette tâche.

Dans les rapports du CSARS publiés en 1998 et 1999, on soutenait que la distinction traditionnelle entre renseignement de sécurité et preuve était encore bien ancrée et que les craintes exprimées au sujet du préjudice causé au renseignement de sécurité avaient considérablement augmenté depuis l'arrêt Stinchcombe. Bien que le CSARS en ait peut-être exagéré certaines des retombées, bon nombre des membres de la GRC et du SCRS n'estiment pas moins que l'arrêt Stinchcombe a exacerbé les tensions nées des mandats différents confiés aux deux organisations.

55 *Coopération du SCRS avec la Gendarmerie royale du Canada - Partie II*, (CSARS 1998-04), 12 février 1999, p. 5.

56 *Ibid.*, p. 6.

57 *Ibid.*, p. 7.

58 *Ibid.*, p. 18.

Les différentes manières de comprendre la distinction entre la preuve et le renseignement de sécurité après le 11 septembre

Réactions aux États-Unis

Le dilemme entre la nécessité de préserver la confidentialité du renseignement de sécurité et l'obligation de communiquer des éléments de preuve en vue d'un procès est une caractéristique universelle des systèmes de justice développés. Comme il en sera plus amplement question dans la partie six de la présente étude, bon nombre d'alliés du Canada ont pris des mesures efficaces pour faciliter le recours au renseignement de sécurité lors de poursuites au criminel. En 1986 déjà, un observateur américain éclairé déclarait ceci :

[traduction] « Les causes faisant intervenir de l'information classifiée donnent souvent lieu à des frictions entre le Département de la Justice et l'organisme du renseignement qui détient cette information. Le conflit surgit du fait que les organismes en question sont en général réticents à divulguer des renseignements classifiés, même si ceux-ci permettraient d'engager des poursuites judiciaires. Le Département de la Justice, de son côté, hésite à se lancer dans des poursuites sans qu'on lui ait d'abord assuré que l'organisme du renseignement concerné déclassifiera l'information requise. Ces positions contradictoires aboutissent souvent à une impasse et à la libération du coupable présumé⁵⁹.

En 1986, aux États-Unis, ces tiraillements entre la volonté de préserver la confidentialité de l'information et la nécessité de fournir des éléments de preuve surgissaient principalement dans les affaires d'espionnage et ce qu'on pourrait appeler les affaires de chantage à l'information confidentielle (greymail cases) où des poursuites sont intentées contre d'anciens fonctionnaires ayant eu connaissance de renseignements classifiés. Tout au long de la présente étude, une question essentielle revient sans cesse : le changement souhaité au chapitre des attitudes et des méthodes relatives au renseignement de sécurité et aux éléments de preuve s'est-il produit de façon à permettre de relever de façon efficace et équitable les défis posés par les poursuites pour terrorisme?

⁵⁹ Tamanaha, Brian. « A Critical Review of The Classified Information Procedures Act », 1986, 13 Am. J. Crim. L. 277, p. 280 et 281.

Même si les États-Unis ne se sont pas dotés d'un service civil de renseignement national indépendant tel que le SCRS, ils ont établi des obstacles administratifs, qu'on appelle de façon imagée et quelque peu inexacte « le mur », en vue de réglementer la communication aux procureurs chargés d'affaires criminelles de renseignements de sécurité recueillis en vertu de la Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA). Bon nombre de ces obstacles ont été adoptés du fait des craintes que le recours par des organismes d'exécution de la loi à des mandats en vertu de la FISA ait pu faire échouer le procès dans l'affaire d'espionnage Aldrich Ames. On s'est par la suite servi de ces restrictions pour freiner l'échange de renseignements entre les agents du FBI travaillant sur des enquêtes menées en vertu de la FISA et ceux qui travaillent sur des enquêtes criminelles ordinaires. Ces obstacles ont joué un certain rôle dans le cadre d'au moins une enquête concernant l'un des pirates de l'air impliqués dans les attentats du 11 septembre. C'est ainsi qu'un agent du FBI travaillant pour le renseignement de sécurité a refusé de participer une enquête menée par un collègue chargé de l'exécution de la loi, en partie parce que le dossier renfermait des renseignements électromagnétiques. L'agent du FBI chargé de l'exécution de la loi a alors répliqué ceci : [traduction] « un jour, quelqu'un sera tué et – mur ou pas - le public ne comprendra pas pourquoi nous avons été si peu efficaces ... Espérons que la National Security Law Unit saura à ce moment-là défendre ses décisions, puisque c'est la menace la plus importante, Bin Laden, qui reçoit le plus de "protection" »⁶⁰.

La Commission du 11 septembre a conclu que le refus de l'agent du renseignement de sécurité au FBI de divulguer des renseignements électromagnétiques à un autre agent du FBI avait semé la confusion du fait que le suspect faisait déjà l'objet d'une enquête relative à l'application de la loi. Néanmoins, elle est encore parvenue à la conclusion qu'un échange de renseignements plus approfondi aurait permis d'identifier au moins deux des pirates de l'air et de démanteler le complot du 11 septembre⁶¹. Voici ce que la Commission a déclaré :

[traduction] « Cette perception a été poussée encore plus loin, au point de faire croire que le FBI ne pouvait plus divulguer aucun renseignement de sécurité aux enquêteurs criminels, même dans les cas où aucune procédure n'aurait été engagée aux termes de la FISA.

⁶⁰ Rapport de la Commission du 11 septembre, section 8.2.

⁶¹ Rapport de la Commission du 11 septembre, section 3.2

Ainsi, des renseignements pertinents provenant de la National Security Agency et de la CIA n'auraient finalement pas été transmis aux enquêteurs criminels. Des études indépendantes menées en 1999, en 2000 et en 2001 ont chacune conclu qu'il n'y avait pas de véritable échange de renseignements ...La NSA a donc décidé d'imposer des conditions relativement à ses rapports sur Bin Laden, obligeant ses agents à obtenir une approbation préalable avant d'en communiquer le contenu à des enquêteurs et des procureurs au criminel. Ces nouvelles mesures n'ont fait que bloquer davantage les voies de circulation de l'information⁶².

Une enquête mixte menée par les comités du Sénat et de la Chambre des représentants sur le renseignement de sécurité a également conclu à l'existence de problèmes d'échange de renseignements entre les services du renseignement et le FBI. Selon eux, cette [traduction] « rupture des communications » serait attribuable aux « différences existant sur les plans des missions, des autorisations légales et des cultures respectives de ces organismes »⁶³. L'enquête mixte, à l'instar d'un rapport de l'inspecteur général sur le sujet, a conclu que la CIA avait omis de transmettre au FBI les renseignements relatifs au séjour que deux des auteurs des détournements du 11 septembre avaient effectué aux États-Unis. L'inspecteur général a fait observer que la communication des renseignements de cet ordre, suivie des mesures appropriées, [traduction] « aurait permis de mettre al Mihdhar et Al-Hazmi sous surveillance, et de là, de recueillir des renseignements sur leur formation de pilote, le financement dont ils avaient bénéficié et leurs liens avec d'autres complices des attentats du 11 septembre »⁶⁴.

Les événements du 11 septembre ont mis en lumière l'importance de l'échange de renseignements de sécurité avec les organismes d'exécution de la loi. Par ailleurs, les poursuites pour terrorisme intentées depuis dans différents pays montrent que les tensions persistent entre la volonté de préserver le caractère secret des renseignements de sécurité et les exigences relatives à la communication de renseignements. À certains égards, on peut même affirmer qu'elles ont été amplifiées du fait que

62 Rapport de la Commission du 11 septembre, section 3.2.

63 Report of the Joint Inquiry into the Terrorist Attacks of 9/11 by the House Permanent Select Committee on Intelligence and the Senate Select Committee on Intelligence December 2002 , p. 77.

64 Rapport de l'inspecteur générale de la CIA, juin 2005, résumé non classifié, p. xv, à l'adresse https://www.cia.gov/library/reports/Executive%20Summary_OIG%20Report.pdf.

les procureurs jugent primordial que ces exigences soient respectées afin qu'ils puissent obtenir des verdicts de culpabilité, alors que de leur côté les services du renseignement de sécurité soutiennent qu'il est plus vital que jamais de préserver la confidentialité de leurs activités, de leurs méthodes et de leurs sources si l'on veut éviter la répétition des attentats du 11 septembre. Bien que l'exécution des mandats confiés aux autorités policières et aux organismes de renseignement ait acquis un caractère plus pressant depuis, il est clair qu'il va falloir réexaminer la teneur de ces mandats à la lumière de la nécessité de poursuivre et de punir les terroristes.

Réactions en Grande-Bretagne

Le service de sécurité intérieure britannique, mieux connu sous le nom de MI5, illustre bien la façon dont un service du renseignement de sécurité peut adapter ses activités de façon à mieux respecter l'obligation de présenter des éléments de preuve susceptibles d'incriminer des terroristes présumés. Son site Web officiel renferme à cet effet une section explicative intitulée Evidence and Disclosure, ou en français « preuve et divulgation » :

[traduction] « Des agents du Service ont été appelés à comparaître en qualité de témoins dans le cadre d'un certain nombre de grands procès criminels, et il est fréquemment arrivé que des documents secrets soient admis en preuve ou communiqués à la défense en tant que « documents inutilisés ». Le plus souvent, cette méthode a été suivie dans le contexte de notre travail de lutte contre le terrorisme et les crimes graves.

La participation accrue du Service à des poursuites criminelles signifie qu'en planifiant et en effectuant des enquêtes de sécurité susceptibles d'aboutir à une poursuite, nous faisons en sorte de respecter à la fois les exigences du droit de la preuve et celles de l'obligation de communication.

Nos agents, qui travaillent en étroite collaboration avec les membres des organismes d'exécution de la loi, veillent à une bonne coordination des activités dans le but de présenter en preuve devant le tribunal les renseignements

de sécurité ainsi recueillis. C'est pourquoi, tout en exerçant les contrôles internes appropriés et en respectant les obligations que nous avons en vertu de la Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA), nous conservons des dossiers détaillés sur nos activités, y compris toutes les réunions avec nos agents ainsi que les opérations d'écoute clandestine, de perquisition et de surveillance.

Les juges ont autorisé nos agents à témoigner sous le couvert de l'anonymat lors de procès criminels, notamment en se dissimulant derrière des écrans. Ces arrangements sont du même ordre que ceux pris à l'égard des agents d'infiltration, des agents de police spécialisés et des membres des forces spéciales requis de présenter des éléments de preuve. La décision relative à ces questions revient cependant dans tous les cas au juge lui-même. Même si le juge rend une ordonnance prescrivant des mesures comme la tenue d'écrans et l'anonymat pour les témoins du Service du renseignement, ceux-ci seront quand même soumis au contre-interrogatoire habituel de la part de la défense.

En ce qui a trait aux renseignements de sécurité pertinents qui ne sont pas utilisés en preuve, les procureurs ont le devoir de communiquer à la défense ces « documents inutilisés » comme le prescrit la Criminal Procedure and Investigations Act 1996. Cette loi reconnaît cependant que l'obligation de communication doit respecter la nécessité de protéger les renseignements de nature délicate dont la divulgation pourrait entacher un des aspects importants de l'intérêt public, comme la sécurité nationale.

Par conséquent, lorsqu'une enquête aboutit à une action en justice, le procureur examine au préalable nos dossiers afin de recommander ceux qui peuvent être communiqués à la défense. Si la communication d'un dossier risque de porter préjudice à l'intérêt public en révélant, par exemple, l'identité d'un agent ou une technique d'enquête secrète, le procureur peut demander au juge l'autorisation de garder le document confidentiel. Ce type de demande prend la forme d'une revendication d'immunité d'intérêt public (IIP).

C'est au moyen d'un certificat signé par le secrétaire de l'Intérieur que ces revendications d'immunité d'intérêt public sont présentées à l'égard de nos dossiers. Avant de décider si cette revendication est fondée, le Secrétaire de l'Intérieur procède au délicat exercice consistant à concilier des intérêts publics concurrentiels dans le cadre d'une saine administration de la justice et la protection de la sécurité nationale. Cet exercice tient compte des conseils détaillés émis par le procureur de la poursuite sur la pertinence des documents pour l'affaire en l'espèce.

Si, à l'issue de son examen, le secrétaire de l'Intérieur estime que la balance penche davantage en faveur de la non-divulgateion, une revendication d'IIP sera présentée. La décision d'accéder ou non à cette revendication revient au juge seul : ce sont les tribunaux, et non le Service ou le gouvernement, qui décident en dernier ressort de ce qui doit être communiqué dans une cause en particulier. Même s'il accepte la revendication, le juge continuera de soupeser le bien-fondé de sa décision tout au long des procédures⁶⁵.

La Grande-Bretagne a codifié les normes de common law relatives aux renseignements que la poursuite détient et qu'elle est tenue de communiquer au prévenu. En outre, dans le cadre des procès pour terrorisme en Grande-Bretagne, la poursuite peut présenter au juge des requêtes en vue d'obtenir une ordonnance de non-communication au prévenu de renseignements de sécurité au motif de l'immunité d'intérêt public. Dans le cadre d'une allocation prononcée en 2006, l'ancienne directrice du MI5 faisait observer ce qui suit : [traduction] « Nous cherchons, dans la mesure du possible, à recueillir des éléments de preuve suffisants pour pouvoir engager des poursuites, mais nous ne disposons pas toujours d'éléments de preuve admissibles et les tribunaux exigent, à juste titre, un degré de certitude élevé. Pour assurer la sécurité du public, la police est souvent forcée de démanteler des complots en se fondant sur des renseignements de sécurité avant même que des éléments de preuve suffisants pour déposer des accusations criminelles aient pu être recueillis »⁶⁶. Dame Eliza Manningham-Buller a également reconnu que

⁶⁵ MI5 « Evidence and Disclosure » à <http://www.mi5.gov.uk/output/Page87.html> (consulté le 21 janvier 2007).

⁶⁶ Dame Eliza Manningham-Buller « The International Terrorist Threat to the United Kingdom », 2006, à <http://www.mi5.gov.uk/output/Page374.html>.

les renseignements de sécurité peuvent être [traduction] « trop inégaux, fragmentaires et incertains pour être interprétés et évalués. Trop souvent aussi, nous ne disposons pas d'éléments de preuve suffisants pour étayer des accusations au criminel permettant de traduire un individu en justice, ce qui constitue la meilleure solution si on y parvient. Qui plus est, comme je l'ai mentionné plus tôt, nous devons protéger les fragiles sources de renseignement dont nous disposons, y compris nos sources d'origine humaine »⁶⁷. On observe donc qu'en Grande-Bretagne, la séparation est bien tranchée entre le renseignement de sécurité et la preuve, et qu'il existe une volonté croissante d'admettre des renseignements de sécurité dans le cadre de procédures non criminelles où ils peuvent être communiqués non pas à la partie directement concernée, mais uniquement à un agent spécial investi d'une cote de sécurité⁶⁸. En examinant l'expérience britannique, on constate que les organismes du renseignement de sécurité de même que les tribunaux ont adapté leurs procédures pour pouvoir relever les défis inhérents aux poursuites engagées contre des terroristes qui mettent en jeu des renseignements de sécurité.

Réactions au Canada

La Loi antiterroriste

Le Canada a réagi de multiples façons aux événements du 11 septembre. Il a notamment augmenté les budgets et élargi les mandats respectifs du SCRS et du CST, adopté un certain nombre de dispositions érigeant en infraction diverses formes d'appui, de préparation et de facilitation d'actes de terrorisme, et mis en place de nouveaux régimes en vertu de la Loi sur la preuve au Canada prescrivant la non-divulgaration de documents au motif de la confidentialité liée à la sécurité nationale. Nous examinerons en détail les modifications apportées à la Loi sur la preuve au Canada plus loin dans le présent document, mais disons en résumé qu'en vertu de ces dispositions, le prévenu et d'autres intervenants du système de justice sont tenus d'aviser le procureur général du Canada aussitôt qu'ils souhaitent présenter en preuve des documents qui, selon une définition large, sont sensibles ou potentiellement préjudiciables. Le procureur général peut alors autoriser l'utilisation de ce type de renseignements ou la contester devant des juges de la Cour fédérale qui ont été spécialement désignés à cet effet et à qui il incombe d'évaluer l'intérêt

⁶⁷ Dame Eliza Manningham-Buller « The International Terrorist Threat and the Dilemmas of Countering It », 2005, à <http://www.mi5.gov.uk/output/Page375.html>.

⁶⁸ Walker, Clive. « Intelligence and Anti-Terrorism Legislation in the United Kingdom », 2005, 44 *Crime, Law and Social Change*, 387.

public concurrent par rapport à la divulgation et à la non-divulgation. Ces juges sont habilités à ordonner la divulgation, la non-divulgation ou la divulgation partielle, y compris l'utilisation de résumés d'information. Si le juge est lié par des ordonnances de confidentialité, il peut en revanche rendre une ordonnance visant à protéger le droit qu'a l'accusé d'être jugé équitablement. Le procureur général peut bloquer une ordonnance de divulgation à l'aide d'un certificat interdisant, pour une période de 15 ans, la communication de renseignements qui touchent la sécurité ou la défense nationale ou qui ont été recueillis auprès d'entités étrangères.

La création de nombreuses infractions de terrorisme dans le Code criminel entraîne des conséquences au chapitre de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve. Plusieurs d'entre elles concernent le financement du terrorisme, notamment le fait de fournir ou de réunir des biens dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés en vue de diverses formes de terrorisme⁶⁹, de rendre disponibles des biens ou des services financiers dans l'intention d'en faire bénéficier un groupe terroriste ou en sachant qu'ils seront utilisés pour faciliter une activité terroriste⁷⁰, d'utiliser ou d'avoir en sa possession des biens dans l'intention de les voir utiliser ou en sachant qu'ils seront utilisés pour une activité terroriste ou pour la faciliter⁷¹, d'effectuer ou de fournir sciemment des services portant sur des biens appartenant à un groupe terroriste⁷², d'omettre de communiquer au directeur du SCRS et au commissaire de la GRC des renseignements portant sur des biens appartenant à un groupe terroriste ou sur des opérations mettant en cause des biens de cette nature⁷³ et le fait pour des institutions financières d'omettre de déclarer des biens en leur possession ou à leur disposition qui appartiennent à un groupe terroriste⁷⁴. Hormis ces infractions relatives au financement, six autres nouvelles infractions de terrorisme ont été ajoutées au Code. Ces infractions visent la participation à une activité d'un groupe terroriste dans le but d'accroître la capacité de ce groupe de se livrer à une activité terroriste⁷⁵, le fait de faciliter une activité en sachant ou non qu'une activité terroriste en particulier est envisagée ou mise à exécution⁷⁶, de commettre un acte criminel au profit ou sous la direction d'un groupe

69 *Code criminel*, article 83.02 .

70 *Ibid.* art.83.03.

71 *Ibid.* art.83.04.

72 *Ibid.* art.83.08, 83.12.

73 *Ibid.* art.83.1, 83.12.

74 *Ibid.* art.83.11, 83.12.

75 *Ibid.* art.83.18.

76 *Ibid.* art.83.19.

terroriste, ou en association avec lui⁷⁷, de charger une personne de se livrer à une activité dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste⁷⁸, de charger une personne de se livrer à une activité terroriste⁷⁹, et d'héberger ou de cacher sciemment une personne en sachant qu'elle s'est livrée à une activité terroriste ou est susceptible de le faire⁸⁰. Les nouvelles dispositions du Code criminel définissent de façon large l'activité terroriste, puisqu'elle comprend les tentatives, les complots, les encouragements et les menaces en vue de commettre des actes terroristes.

Parmi les nouveaux actes criminels que la Loi antiterroriste ajoute au Code criminel, notons les menaces proférées à l'égard de membres du personnel des Nations Unies, les méfaits motivés par la haine en matière de culte religieux, et la mise en place d'explosifs dans des lieux publics. Comme toujours, le complot, les tentatives et l'encouragement de ces actes criminels peuvent faire l'objet de poursuites en justice à titre d'infractions distinctes avant même qu'aient été commis les actes criminels visés. Qui plus est, on a renommé la Loi sur les secrets officiels et élargi sa portée en partie pour y inclure le fait de transmettre des renseignements protégés à des groupes terroristes, de demander à une personne de commettre des infractions sous la direction de groupes terroristes ou d'inciter une personne par menaces, accusations ou violence, à accomplir ou à faire accomplir quelque chose en vue d'accroître la capacité d'un groupe terroriste de porter atteinte aux intérêts canadiens.

Bien que la portée précise de l'expansion du droit criminel fasse l'objet d'un certain débat, la Loi antiterroriste de 2001 a criminalisé un vaste éventail d'agissements qui précèdent largement la commission d'un acte terroriste. L'expansion du droit criminel implique que des renseignements de sécurité antérieurs à 2001 et susceptibles d'indiquer que des menaces pèsent sur la sécurité du Canada pourraient, à l'heure actuelle, constituer des éléments de preuve relatifs aux nouveaux actes criminels précités.

On commence seulement à entrevoir toutes les retombées de la Loi antiterroriste au chapitre de la relation qui existe entre le renseignement de sécurité et la preuve. De 2001 à 2004, le Canada a recouru aux certificats de sécurité prévus dans nos lois sur l'immigration pour détenir des terroristes présumés. Jusqu'à la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire

77 *Ibid.* art.83.2.

78 *Ibid.* art.83.21.

79 *Ibid.* art.83.22.

80 *Ibid.* art.83.23.

Charkaoui c. Canada⁸¹, le gouvernement pouvait, grâce à ces certificats, protéger ses propres renseignements de sécurité ainsi que ceux d'entités étrangères et les soumettre au juge de la Cour fédérale désigné en vue de faire confirmer le certificat et la détention du terroriste présumé. Aucune accusation criminelle n'a été déposée en vertu de la Loi antiterroriste de 2001 jusqu'en 2004, et la première poursuite a été retardée en raison des procédures visées à l'article 38 et des procédures d'appel. La deuxième poursuite engagée au Canada en matière de terrorisme est demeurée à l'étape préliminaire. Par rapport à l'Australie, à la Grande-Bretagne et aux États-Unis, le Canada a acquis beaucoup moins d'expérience en matière de poursuites pour terrorisme après le 11 septembre.

Le rapport Rae

En 2005, l'honorable Bob Rae recommandait qu'une enquête publique sur l'affaire Air India explore la nécessité d'établir des liens fiables et efficaces entre le renseignement de sécurité et la preuve. Il a replacé ces liens dans leur contexte politique, historique et juridique élargi en faisant observer ceci :

La séparation des fonctions touchant le renseignement de sécurité de la GRC et la création d'un nouvel organisme, le SCRS, se sont produites juste au moment où le terrorisme était une source croissante d'inquiétudes à l'échelle internationale. À cette époque, le contre-espionnage (par opposition au contre-terrorisme) absorbait 80 % des ressources du SCRS. On était toujours en pleine guerre froide, et le milieu du contre-espionnage créé après 1945 avait donné lieu à une culture axée sur le secret. Le nouvel organisme était profondément marqué par le principe du « besoin de savoir.

Il a ensuite abordé certaines des conséquences des événements du 11 septembre :

Le rapport de la Commission américaine sur les événements du 11 septembre 2001 est truffé d'exemples des difficultés que pose aux stratégies antiterroristes efficaces la persistance du cloisonnement entre la police et le milieu de la sécurité. Il est bien connu que les organismes étaient

81 2007 CSC 9.

réticents à échanger de l'information et étaient incapables de coopérer suffisamment pour éliminer les menaces pour la sécurité nationale. Malheureusement, il n'est guère réconfortant de savoir que le Canada n'était pas le seul pays à devoir faire face à des difficultés dans ce domaine. Dans le présent cas, il faut se demander si les relations institutionnelles entre le SCRS et la GRC ont connu de graves ratés, si, le cas échéant, ces problèmes ont été cernés correctement par les deux organismes, ainsi que par le gouvernement, et si les relations aujourd'hui sont telles qu'on puisse dire avec confiance que nos opérations en matière de sécurité et de police peuvent faire face aux menaces terroristes de toutes sortes avec la coopération et la consultation qui s'imposent.

Le débat concernant les preuves reposant sur des renseignements de sécurité est tout aussi important. Si un organisme estime que sa mission n'englobe pas l'application de la loi, il n'est guère étonnant que ses agents estiment qu'il ne leur appartient pas de recueillir des éléments de preuve devant être utilisés au cours d'un procès. Toutefois, à une époque où le terrorisme et ses activités connexes sont clairement des actes criminels, la surveillance de comportements potentiellement violents peut, au bout du compte, être liée au concept d'application de la loi. De même, les policiers participent inévitablement à la collecte de renseignements de nature générale et de sécurité qui ont trait à des crimes violents commis dans un dessein terroriste.

La commission d'enquête sur l'affaire Arar porte également sur ces questions. À quel stade le « besoin de communiquer » remplace-t-il le « besoin de savoir » dans la culture qui prévaut? Comment gérons-nous les questions touchant la protection de la vie privée et les droits individuels lorsque tombent les cloisons entre les organismes? Les critères régissant les mandats de surveillance en vertu de la Loi sur le SCRS et les dispositions du Code criminel relatives à des mandats du même genre sont différents. Comment pouvons-nous obtenir l'équilibre adéquat entre, d'une part, la protection des droits individuels et, d'autre part, la nécessité d'assurer la protection et la sécurité des citoyens et des citoyennes?

Le rapport Rae pose la question cruciale de savoir si les attitudes traditionnelles concernant les renseignements protégés et certains des comportements observés dans l'enquête consacrée à l'affaire Air India

prenaient leur source dans le paradigme de la guerre froide, époque à laquelle le SCRS consacrait 80 % de ses ressources aux activités de contre-espionnage.

Bien que le rapport Rae se concentre sur l'évolution du contexte actuel de la menace, il insiste également sur le fait qu'une meilleure gestion des rapports entre le renseignement de sécurité et la preuve permettrait aux personnes accusées de terrorisme de bénéficier de l'application régulière de la loi. Le fait, par exemple, que le SCRS ait effacé les enregistrements de l'écoute électronique de M. Parmar aurait pu compromettre soit l'intérêt de l'État en matière de contrôle de la criminalité, soit le bénéfice d'une application régulière de la loi pour l'accusé. Les enregistrements auraient pu contenir des preuves utilisables dans le cadre d'un procès criminel, mais ils auraient tout aussi bien pu renfermer aussi des éléments disculpatoires. Quoiqu'il en soit, en raison de la destruction de ces enregistrements et des notes d'entrevue du SCRS, l'accusé a soutenu qu'il avait été privé des preuves le disculpant. C'est seulement à cause du verdict d'acquiescement rendu en 2005 que le juge Josephson n'a pas été obligé d'ordonner une réparation pour la violation des dispositions de la Charte, conclusion à laquelle il était parvenu en raison de la destruction des enregistrements et des notes d'entrevue. À ce propos, Bob Rae émet le commentaire suivant :

L'effacement des enregistrements pose problème tout particulièrement à la lumière de l'arrêt-clé de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Stinchcombe, qui a statué que la Couronne avait l'obligation de divulguer à la défense toutes les preuves pertinentes, et ce, même si elle n'entendait pas les utiliser lors du procès. Le juge Josephson a statué que toutes les autres informations détenues par le SCRS devaient être divulguées par la Couronne, conformément aux normes établies dans l'affaire Stinchcombe. Par conséquent, des renseignements que possédait le SCRS n'auraient pas dû être cachés à l'accusé.

Le rapport Rae a souligné avec pertinence la nécessité d'examiner plus à fond les rapports entre le renseignement de sécurité et la preuve à la lumière de l'affaire Stinchcombe et de la nouvelle priorité donnée au contre-terrorisme, ce qui a conduit à ériger en infraction criminelle tout ce qui touche à la préparation et à l'appui d'activités terroristes.

Le SCRS et la conversion du renseignement de sécurité en éléments de preuve

Il n'est pas certain que le SCRS et les autres organismes de sécurité se soient ajustés aux conséquences, au chapitre de l'établissement de la preuve, de l'expansion du droit criminel en matière de terrorisme. Dans un discours prononcé en mars 2002, M. Ward Elcock, alors directeur du SCRS, a signalé que la plupart des terroristes potentiels d'intérêt pour le SCRS ne commettraient pas de crimes, et que même s'ils le faisaient, les éléments de preuve déjà recueillis ne pourraient être utilisés contre eux en raison des enjeux associés à la divulgation d'une source humaine, d'une technologie ou de renseignements classifiés provenant d'organismes étrangers. À son avis, « il devient essentiel de maintenir l'équilibre entre la détection et l'avertissement, d'une part, et l'application de la loi au Canada, d'autre part ». M. Elcock a insisté sur les dangers de perdre « tout accès à des renseignements et, par conséquent, toute capacité de surveiller les cibles qui suscitent des inquiétudes » pour une « poursuite au criminel mineure »⁸². À la même occasion, M. Elcock a reconnu que les dispositions de la Loi antiterroriste de 2001, plus particulièrement celles qui se rattachent aux nouvelles infractions relatives au financement des activités terroristes, « permettront aux organismes responsables de l'application de la loi de contrer avec succès des activités terroristes »⁸³.

Dans son « Discours à la mémoire de John Tait » en 2003, M. Elcock a évoqué certaines différences qu'il a constatées entre la sphère de l'application de la loi et celle du renseignement :

L'exécution de la loi est généralement réactive; essentiellement, elle s'effectue après la perpétration d'une infraction criminelle donnée. Les policiers veulent des résultats, veulent que les malfaiteurs soient poursuivis en justice. Ils utilisent un cadre « fermé » défini par le Code criminel, d'autres lois et les tribunaux. Et dans ce cadre, ils ont souvent tendance à agir de façon hautement décentralisée. Les preuves recueillies par les policiers servent à obtenir une condamnation au criminel devant des tribunaux où les témoins sont tenus de comparaître. Les procès sont des événements publics dont les médias parlent beaucoup.

82 *Ibid.*, p. 35 et 36.

83 *Ibid.*, p. 36.

En revanche, le travail des services de renseignements est préventif et axé sur l'information. Au mieux, il s'effectue avant que ne survienne un événement violent afin que la police et les autres autorités puissent intervenir. Les informations sont recueillies auprès de gens qui ne sont pas tenus par la loi de les communiquer. Les agents de renseignements jouent un rôle nettement plus vague, rôle dont ils s'acquittent le mieux au sein d'une structure de gestion hautement centralisée. Ils s'intéressent à des personnes qui ne commettront peut-être jamais un acte criminel, mais qui fréquentent des gens qui, eux, font peut-être peser une menace directe sur les intérêts de l'État.

Les agents du SCRS ne procèdent à aucune arrestation, mais ils font appel au corps de police compétent quand une personne doit être arrêtée. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont sans cesse appelés à faire des nuances et des distinctions de toutes sortes. Les informations qu'ils collectent ne servent pas à établir la preuve devant les tribunaux; elles servent plutôt à éclairer les gouvernements dans leur prise de décisions. À cet égard, le contrôle de gestion est essentiel, car il permet de vérifier souvent les observations de l'enquêteur et d'empêcher que les points de vue personnels ne viennent fausser les résultats. Enfin, les agents de renseignements agissent en secret de manière à protéger l'identité et la réputation des gens ainsi que les options stratégiques de l'État.

En raison de sa nature ouverte, délicate et confidentielle, le travail des agents de renseignements doit être régi par un système de contrôle et de reddition de comptes qui est marqué au coin de la rigueur et fait une large part à la responsabilité politique⁸⁴.

Ces commentaires semblent se fonder sur une relation dichotomique entre la nature réactive des activités des corps de police et celle, proactive, des services du renseignement. Nous l'avons vu précédemment, cette dichotomie rend compte des idées reçues qui avaient cours au moment

84 Ward Elcock. « Discours à la mémoire de John Tait », octobre 2003, à l'adresse : http://www.csis.gc.ca/fr/newsroom/speeches/speech17102003.asp?print_view=1

de la publication du rapport Pitfield, en 1983, mais elle ne s'avère guère utile face au défi que présentent les poursuites au criminel pour activités terroristes, comme on a pu le constater lors de l'enquête sur l'attentat à la bombe contre l'appareil d'Air India ou de l'après-11 septembre. Dans ces deux situations, on a effectivement fait preuve d'une certaine réticence à soumettre le SCRS aux exigences rigoureuses en matière de divulgation qui régissent habituellement tout procès au criminel.

Le directeur actuel du SCRS, M. Jim Judd, a prononcé une série de discours dans lesquels il a insisté sur la modification du contexte de la menace pesant sur le Canada : « Certes, en 1984, lorsque le SCRS a été créé, le monde était différent de ce qu'il est aujourd'hui. À l'époque, nous étions en pleine guerre froide et, évidemment, nous nous intéressions beaucoup aux activités d'espionnage au Canada. Mais les années passent et le contexte de la sécurité nationale évolue lui aussi ». M. Judd a décrit les différences observées entre le mandat du SCRS et celui des corps de police, dans les termes suivants :

Le SCRS travaille en étroite collaboration avec la GRC et d'autres services de police canadiens, même si l'exécution de la loi et le renseignement sont deux activités qui se différencient grandement par diverses caractéristiques, dont les suivantes :

- Le SCRS est un service de renseignement de sécurité civil et non un organisme d'exécution de la loi. Il n'a pas le droit d'arrêter des individus ni de les forcer à collaborer et, bien entendu, le personnel n'est pas armé.
- L'objectif du SCRS est d'enquêter sur les menaces avant que des mesures soient prises ou qu'un crime soit commis, alors que la police consacre la plupart du temps plus d'efforts et de ressources aux enquêtes sur des crimes après leur perpétration.
- Ainsi, l'objectif principal du SCRS est de recueillir des renseignements et d'avertir, au besoin, le gouvernement, d'une menace potentielle. Contrairement à la police, il ne cherche pas de preuves en soi (ni ne recueille d'informations selon des normes en matière de preuve) pour accuser des individus et les faire condamner devant les tribunaux.

- Le SCRS a besoin de moins de preuves que la police pour entreprendre des enquêtes. Il n'a besoin que d'avoir « des motifs raisonnables de croire » que certaines activités constituent une menace pour la sécurité du Canada.
- Le mandat et les pouvoirs du SCRS sont définis dans une seule loi, adoptée en 1984 et très légèrement modifiée il y a cinq ans au moment de l'adoption de la Loi antiterroriste en 2001.
- Les processus d'examen externe et de surveillance du SCRS sont différents de ceux de la police et généralement plus lourds⁸⁵.

Bien qu'il reconnaisse clairement le nouveau contexte de la menace et qu'il emploie un ton différent, par certaines nuances, de celui de son prédécesseur, M. Judd conceptualise toujours les services de police comme des services agissant principalement en réaction aux crimes perpétrés. Il a confirmé le rôle du SCRS comme celui d'une organisation dont le mandat ne consiste pas à recueillir des éléments de preuve, ni [des] informations selon des normes en matière de preuve ».

L'idée selon laquelle le SCRS n'applique aucune norme en matière de preuve dans sa collecte de renseignements a ses défenseurs et ses détracteurs. Même s'il est d'accord avec le principe voulant que les services de police partagent leurs renseignements avec les services du renseignement de sécurité, et même s'il reconnaît que l'article 19 de la Loi sur le SCRS autorise la communication dans l'autre sens, Me Stanley Cohen, expert de la protection des renseignements personnels et d'autres questions de droit pénal, a formulé plusieurs mises en garde sensées contre l'utilisation des services du renseignement dans le cadre de poursuites pour activités terroristes. Il soutient en effet ce qui suit :

[traduction] En règle générale, les enjeux entourant la sécurité nationale sont incompatibles avec toute politique d'entière divulgation de renseignements aux services d'exécution de la loi, (au préalable, il faut prouver que l'on possède une cote de sécurité appropriée pour obtenir et garder en sa possession des renseignements de sécurité). L'importance d'une enquête criminelle ou des accusations portées contre un individu peut s'avérer

85

Notes d'allocation Royal Canadian Military Institute, Toronto, 28 septembre 2006, à l'adresse <http://www.csis-scrs.gc.ca/fr/newsroom/speeches/speech28092006.asp>

négligeable par rapport aux enjeux d'une opération complexe ayant pour objet la sécurité nationale. Dans certains cas, la divulgation de renseignements risque de mettre en danger responsables de l'enquête ou encore de révéler leur identité; elle risque également de révéler des techniques opérationnelles qui devraient rester secrètes et protégées. La divulgation de renseignements sensibles peut compromettre une enquête en cours⁸⁶.

Me Cohen a également exprimé certaines inquiétudes au sujet de l'incidence, sur la protection des renseignements personnels, de transferts plus fréquents de l'information détenue par les services du renseignement aux services de police, car [traduction] « tout dossier de renseignement de sécurité contient, par sa nature même, des informations de toutes sortes, souvent brutes ou non filtrées, de même que des insinuations, des ouï-dire et des spéculations ». Me Cohen laisse entendre que le transfert de tels renseignements aux mains des services de police pourrait mener [traduction] « à la création de dossiers et de listes généralisées de suspects »⁸⁷. Comme on le verra plus loin, les constatations faites dans le cadre de la Commission Arar ont confirmé bon nombre des inquiétudes exprimées par Me Cohen quant au mauvais usage des renseignements de sécurité transmis aux services de police.

Me Marlys Edwardh, criminaliste réputée qui a participé à des procès pour activités terroristes dans les années 1980, de même qu'à celui de Maher Arar, est d'avis que le SCRS devrait, dans certaines circonstances, recueillir ses renseignements dans le respect des normes en matière de preuve. Pour elle, le SCRS n'a tiré aucune leçon de l'enquête sur l'affaire Air India, qui a révélé qu'il avait détruit les enregistrements des dispositifs d'écoute, les notes et les enregistrements d'entrevues de témoins importants. Elle conclut ce qui suit :

[traduction] Les politiques du SCRS n'ont pas changé. Deux illustrations des dommages causés par un tel entêtement suffiront à en faire la démonstration. Nous nous pencherons d'abord sur l'affaire Bhupinder Singh Liddar [...]. Le rapport du [CSARS] indique que les enquêteurs du SCRS ont détruit, comme ils ont couramment l'habitude

⁸⁶ Stanley Cohen. *Privacy, Crime and Terror Legal Rights and Security in a Time of Peril* (Toronto: LexisNexis, 2005), p. 403.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 404.

de le faire, les notes relatives aux entrevues de dépistage, et que le SCRS utilise le mensonge et la manipulation de renseignements pour arriver à ses fins. Je citerai ensuite l'affaire Adil Charkaoui [...] Charkaoui a été interrogé par le SCRS, et les transcriptions des entretiens en question ont été détruites après que le SCRS eut procédé à la rédaction d'un compte rendu de ces derniers, conformément à sa politique. [...] Les entretiens en question ont eu lieu au début de l'année 2002, ce qui laisse entendre que la politique de destruction des éléments de preuve du SCRS est demeurée en place dix ans après la mise en garde du CSARS par suite de l'enquête sur les attentats contre Air India⁸⁸.

Dans l'affaire Charkaoui, l'autorisation donnée au SCRS de détruire ses notes venait de la Cour suprême du Canada. Les inquiétudes exprimées par Me Edwardh portent essentiellement sur le fait que le SCRS n'a pas tenu compte des conséquences de ses méthodes de collecte de renseignements sur la procédure régulière. Le rapport Rae ajoute à cela d'autres répercussions au niveau de la lutte contre la criminalité, particulièrement dans la lutte contre le terrorisme.

La Commission Arar

La Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar s'est également penchée sur les distinctions entre les services du renseignement de sécurité et les services d'exécution de la loi. La Commission Arar n'a rien trouvé à redire sur la décision du SCRS de livrer à la GRC une série de noms de suspects, immédiatement après les attentats du 11 septembre 2001, dans le cadre de l'enquête A-O Canada. Le juge O'Connor a indiqué qu'il était faux d'interpréter la Commission McDonald et les réformes connexes comme un indicatif selon lequel « la GRC ne doit en aucun cas participer à des activités visant la sécurité nationale ». Bien que le mandat du SCRS et celui de la GRC diffèrent, ils :

prévoient une continuité dans la collecte d'informations concernant les menaces envers la sécurité nationale. Le SCRS recueille de l'information plus tôt et sur une base

⁸⁸ Marlys Edwardh. "Problems of Proof in Terrorist Offences", 2006 préparé pour le Programme national de droit pénal.

plus large que la GRC. Il recueille, en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS, de l'information et des renseignements à l'égard d'activités « dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada », et il informe le gouvernement des menaces perçues envers la sécurité du Canada. Cependant, le SCRS n'est pas un organisme d'exécution de la loi; une fois qu'il constate la présence d'un nombre suffisant d'indicateurs de criminalité pour justifier une enquête criminelle, la GRC peut entrer en jeu.

[...]En plus de mener des enquêtes pénales à des fins de poursuites, la GRC a, en vertu de l'article 18 de la Loi sur la GRC, un mandat de prévention qui l'autorise à mener des enquêtes visant le maintien de la paix et la prévention du crime.

Certains ont soutenu que le 11 septembre 2001 avait malheureusement replongé la GRC dans les activités liées à la sécurité nationale, contrairement à ce que préconisait la commission McDonald, mais ce n'est pas le cas. La GRC a mené des enquêtes ayant des implications pour la sécurité nationale dans les années qui ont suivi la commission McDonald. Pour s'acquitter de cette responsabilité, la GRC a créé au fil du temps, sur le terrain et à la Direction générale, des unités précises consacrées à ce genre d'enquêtes, et a adopté les politiques connexes. Ce qui a changé depuis le 11 septembre 2001 c'est le nombre et l'intensité des enquêtes de la GRC liées à la sécurité ainsi que l'adoption du projet de loi C-36. Celui-ci prévoit, entre autres choses, de nouvelles infractions criminelles liées à la sécurité nationale et de nouveaux pouvoirs d'enquête. Depuis le 11 septembre 2001, la GRC consacre une importante proportion de ses ressources à ce type d'enquêtes, et il semble qu'il faudra maintenir ce niveau d'activité accru dans l'avenir prévisible⁸⁹.

La toute première recommandation formulée par le juge O'Connor est la suivante : « La GRC devrait prendre des mesures actives pour s'assurer

⁸⁹ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Analyse et recommandations* (Ottawa : Approvisionnement et Services, 2006), p. 73-74.

de demeurer en deçà des limites de son mandat de service policier d'exécuter les fonctions d'agents de la paix de façon à prévenir les crimes et à poursuivre ceux qui les commettent », et respecter « le rôle distinct du SCRS visant à recueillir et analyser des informations et du renseignement ayant trait aux menaces envers la sécurité du Canada »⁹⁰. Le juge O'Connor reconnaît la nécessité de hausser le degré de coopération et de partage d'information entre la GRC et le SCRS, mais il conclut tout de même que le principe fondamental qui sous-tend la séparation des services du renseignement et des services d'exécution de la loi est fondé.

La Commission Arar a toutefois critiqué la GRC relativement à la conduite de l'enquête A-O Canada pour n'avoir fixé aucune restriction ni aucune réserve relativement à l'utilisation des renseignements partagés avec les représentants officiels américains, et pour n'avoir pas respecté les restrictions applicables au partage des renseignements reçus d'autres organismes. La Commission a insisté à la fois sur l'importance de restreindre l'utilisation des renseignements partagés et sur le respect des réserves appliquées par d'autres organismes sur ces renseignements. Le juge O'Connor a fait l'observation suivante :

Pourtant, certains agents de la GRC ont témoigné qu'en raison de la menace imminente d'un nouvel attentat après ceux du 11 septembre 2001, il n'était plus pratique ou souhaitable de respecter les politiques sur le contrôle de l'information ou d'appliquer des réserves à l'information partagée avec les États-Unis. Comme d'aucuns l'ont exprimé, "les réserves ne tenaient plus"⁹¹.

Le juge O'Connor convenait avec les cadres supérieurs de la GRC qu'une telle approche n'était pas nécessaire, même après les attentats du 11 septembre 2001. Il l'a d'ailleurs indiqué en ces termes :

Il est faux de croire qu'il faut que les réserves "ne tiennent plus", comme l'ont indiqué plusieurs témoins devant la Commission, pour que l'information soit partagée efficacement. Les réserves ne devraient pas être considérées comme un obstacle au partage de l'information, surtout lorsqu'il s'agit de partage d'information dépassant les limites de ce qui est de prime abord envisagé. Elles peuvent

⁹⁰ *Ibid.*, p. 312.

⁹¹ *Ibid.*, p. 108.

aisément être assorties de modalités claires permettant de demander la modification ou l'assouplissement des restrictions imposées à l'utilisation et à la dissémination de l'information lorsque les circonstances le justifient. La procédure n'a pas à être longue ou complexe. Grâce aux communications modernes et à la surveillance centralisée du partage de l'information au sein de la GRC, les demandes des destinataires devraient pouvoir être traitées d'une façon diligente et efficace⁹².

La Commission Arar a souligné l'importance des réserves restreignant l'utilisation subséquente d'information, mais elle n'a pas donné à ces réserves le statut de barrières impénétrables dans l'utilisation de renseignements de sécurité comme éléments de preuve. Elle a plutôt conclu qu'il fallait demander à la source d'information de modifier les réserves en place afin de permettre l'utilisation des renseignements dans le cadre de poursuites subséquentes. Dans certains cas, la source pourra refuser de modifier les réserves, mais dans d'autres cas, les réserves pourront être modifiées de manière à permettre l'utilisation des renseignements de sécurité comme éléments de preuve, et ce, même si une telle utilisation faisait, à l'origine et constamment par la suite, l'objet de restrictions.

La Commission Arar a reconnu l'existence, dans le contexte juridique et politique de l'après-11 septembre 2001, de changements profonds qui se sont répercutés sur la relation entre la preuve et le renseignement de sécurité. L'un de ces changements est, sans contredit, la mise en vigueur de la Loi antiterroriste, qui a eu pour effet d'augmenter le mandat de la GRC en matière de criminalité. À cet égard, le juge O'Connor a fait la déclaration suivante :

Il ne faudrait toutefois pas conclure que le respect de son mandat institutionnel impose à la GRC d'attendre qu'un acte de terrorisme se soit produit avant d'intervenir. Le mandat de la GRC comprend la prévention du crime et non seulement les enquêtes a posteriori. En outre, de nombreux crimes liés au terrorisme sont commis bien avant qu'un acte terroriste ne cause un préjudice réel. Le mandat de la GRC a toujours compris les enquêtes sur les complots, tentatives et incitations aux crimes graves.

⁹² *Ibid.*, p. 339.

Depuis l'adoption de la Loi antiterroriste, il comprend aussi les enquêtes sur une vaste gamme d'agissements liés à d'éventuelles activités terroristes, comme le financement du terrorisme et l'incitation au terrorisme, la participation aux activités de groupes terroristes ainsi que les tentatives, complots et menaces connexes⁹³.

Bien qu'elle ait rejeté l'idée que la GRC soit exclue des enquêtes en matière de sécurité nationale, la Commission Arar a souligné les changements majeurs mis en place par la Loi antiterroriste ainsi que la manière avec laquelle ces changements rehaussent l'importance des renseignements de sécurité pour la constitution d'éléments de preuve.

Autre changement remarqué par la Commission Arar : l'élaboration de « l'application de la loi axée sur le renseignement » depuis le début des années 1990, lorsque la GRC a reconnu que « l'absence de capacités améliorées dans le domaine du renseignement stratégique et tactique » a « influé grandement sur l'aptitude de la GRC à évaluer correctement et à prévenir la criminalité organisée, les crimes graves ou reliés à la sécurité nationale au Canada, ou encore les crimes à l'étranger qui touchent le Canada »⁹⁴. La Commission Arar a reconnu que :

« dans le contexte de la sécurité nationale, les mêmes données peuvent ressortir à la fois au renseignement criminel et au renseignement de sécurité, et il est clair que les deux types de renseignements peuvent être recueillis et analysés de la même façon. En outre, bien que le « renseignement criminel » soit recueilli pour que la GRC s'acquitte de son mandat en matière criminelle, il se peut que la relation entre la collecte de renseignements et une poursuite criminelle soit assez lointaine »⁹⁵.

La Commission a recommandé la poursuite de l'approche de l'application de la loi axée sur le renseignement, sous réserve toutefois des mesures appropriées de manière à ce qu'elle dans les limites du mandat et de l'expertise de la GRC en matière d'application de la loi, et à ce qu'elle soit assujettie à subir des examens serrés.

93 *Ibid.*, p. 313.

94 Guide de mise en oeuvre de la GRC – 1991, tel que cité dans Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (Ottawa: Approvisionnement et Services, 2006), p. 43.

95 *Ibid.*, p. 43.

Qui plus est, la Commission Arar a rendu compte de modifications fondamentales apportées à la structure organisationnelle du maintien de la sécurité nationale au sein de la GRC, qui visaient à centraliser davantage ces services d'exécution de la loi et à mieux les intégrer à ceux des autres organismes, comme le SCRS. Ces modifications à grande portée comportaient notamment les directives ministérielles formulées en novembre 2003, qui ont été conçues dans le but de centraliser davantage les enquêtes de la GRC touchant la sécurité nationale afin de rehausser le degré de responsabilisation opérationnelle du Commissaire ainsi que le degré de sensibilisation et de responsabilisation du ministère en ce qui concerne les enquêtes en matière de sécurité nationale à grande incidence ou controversées. Le poste de directeur général, Sécurité nationale, a également été créé en 2003 au Quartier général de la GRC, à Ottawa. Le titulaire de ce nouveau poste doit se charger d'approuver et de superviser les enquêtes de la GRC en matière de sécurité nationale. En outre, on a créé des équipes intégrées de la sécurité nationale (EISN) à Vancouver, Ottawa, Toronto et Montréal, composées de représentants du SCRS, de même que de représentants d'autres corps de police.

Dans son deuxième rapport, la Commission Arar a rendu compte de l'intégration rehaussée des activités de sécurité nationale, ce qui a obligé la GRC à travailler en collaboration plus étroite avec, notamment, le SCRS, un nouveau Centre intégré d'évaluation des menaces, le CST, l'Agence des services frontaliers du Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE), et le ministère des Affaires étrangères. En raison du degré d'intégration plus élevé et du partage accru de l'information qui ont suivi les attentats du 11 septembre, la Commission a recommandé que l'on procède à un examen plus approfondi de ces organismes, notamment que l'on envisage la possibilité d'effectuer des examens conjoints et intégrés, afin de refléter les activités conjointes et intégrées en matière de sécurité nationale. La Commission Arar n'a pas insisté sur la relation entre le renseignement de sécurité et l'établissement de la preuve, mais elle a fait certaines constatations au sujet de l'intégration et du partage de l'information qui indiquent qu'il existe une possibilité plus marquée que les renseignements de sécurité recueillis par divers organismes nationaux et étrangers puissent servir d'éléments de preuve dans le cadre d'enquêtes pénales touchant la sécurité nationale ou se voir divulgués en qualité de renseignements pertinents appartenant à la Couronne.

Le protocole d'entente de 2006 entre la GRC et le SCRS

Le nouveau protocole d'entente qui a été signé par le commissaire de la GRC et le directeur du SCRS, en septembre 2006, reconnaît quelques unes des modifications susmentionnées. Il se penche de manière plus approfondie que les protocoles d'entente précédents sur la relation entre le renseignement de sécurité produit par le SCRS et les éléments de preuve pouvant être divulgués à un accusé et utilisés dans le cadre d'un procès criminel. L'article 21 du protocole d'entente de 2006 se lit comme suit :

[traduction] « Le SCRS et la GRC reconnaissent que l'information et les renseignements de sécurité transmis par le premier à la seconde sont susceptibles de présenter une certaine valeur comme éléments de preuve dans le cadre d'enquêtes ou de poursuites pénales. Le cas échéant, les parties appliqueront les principes suivants :

- a. Les deux parties reconnaissent que le SCRS ne recueille habituellement pas d'information ou de renseignements de sécurité aux fins d'en faire des éléments de preuve.
- b. Les deux parties reconnaissent que lorsque l'information ou les renseignements de sécurité ont été divulgués à la GRC par le SCRS, ils sont considérés, aux fins de la procédure juridique, comme étant sous le contrôle et la propriété de la GRC et de la Couronne et donc sujets à l'application des dispositions législatives en matière de divulgation, qu'ils soient ou non utilisés par la Couronne comme éléments de preuve devant les tribunaux.
- c. Les dispositions de la Loi sur la preuve au Canada seront invoquées, au besoin, pour assurer la protection de l'information et des renseignements de sécurité relatifs à la sécurité nationale⁹⁶.

Ce nouveau protocole d'entente reconnaît que l'information et les renseignements de sécurité recueillis par le SCRS [traduction] « peuvent présenter une certaine valeur comme éléments de preuve dans le cadre d'enquêtes ou de poursuites pénales ». Comme on l'a suggéré plus haut, le grand nombre de nouvelles infractions criminelles figurant à la Loi antiterroriste de 2001 fait en sorte que beaucoup plus de renseignements recueillis par le SCRS dans le cadre d'enquêtes antiterroristes pourraient désormais représenter des éléments de preuve extrêmement précieux.

Le protocole d'entente reconnaît également que dès que les informations détenues par le SCRS ont été transmises à la GRC, elles devront peut-être être communiquées à l'accusé, ce qui témoigne de l'importance donnée aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*. Enfin, il reconnaît le pouvoir du procureur général du Canada d'utiliser les dispositions améliorées de la Loi sur la preuve au Canada pour empêcher la divulgation d'information touchant la sécurité nationale et de renseignements de sécurité. On le verra plus loin, ces pouvoirs comprennent non seulement celui de faire des présentations ex parte à la Cour fédérale au sujet des dangers de la divulgation de certains renseignements, mais aussi celui de faire objection à une ordonnance de divulgation de la cour au moyen d'un certificat de confidentialité fondé sur la défense ou la sécurité nationale, ou encore de renseignements obtenus de sources étrangères, pour une période de 15 ans. Le protocole d'entente fait état d'un degré croissant de sensibilisation aux liens étroits qui existent entre le renseignement de sécurité et le terrorisme depuis le 11 septembre. Cela dit, le recours aux dispositions améliorées de l'article 38 de la Loi sur la preuve au Canada ne constitue toutefois pas une panacée. Comme on le verra dans les prochaines sections, il aurait plutôt pour effet de fragmenter et de prolonger les procès criminels.

Résumé

Bien que la GRC et le SCRS soient chargés de mandats différents, qu'ils sont d'ailleurs tenus de respecter, ils œuvrent dans des contextes juridique et politique dynamiques. Le mandat de la GRC au chapitre des enquêtes criminelles et de la collecte de la preuve a pris de l'ampleur du fait de la mise en vigueur de la Loi antiterroriste de 2001, laquelle érige en infraction des activités précédant de beaucoup l'exécution proprement dite de l'acte terroriste. La GRC a aussi reconnu que les enquêtes touchant le terrorisme devraient être plus centralisées que les autres enquêtes policières, qu'elles devraient être alimentées de renseignements de sécurité et qu'elles

devraient s'effectuer dans un plus grand esprit de collaboration avec toute une variété d'intervenants, dont le SCRS. Par ailleurs, les services du renseignement de sécurité pourraient bien avoir en leur possession, et plus fréquemment qu'auparavant, de l'information pouvant s'avérer utile dans le cadre d'enquêtes et de poursuites au criminel, particulièrement aux termes de la Loi antiterroriste. Ces nouveaux développements soulèvent le besoin de repenser la dichotomie relevée entre l'application réactive de la loi et la collecte proactive de renseignements de sécurité, entre l'application décentralisée de la loi et la collecte centralisée de renseignements de sécurité, et entre les renseignements de sécurité gardés secrets et la preuve rendue publique. Toutes ces relations dichotomiques se fondent sur les idées reçues qui avaient cours en 1984, pendant la Guerre froide, à l'époque où le SCRS a été créé, et ce, même si une lecture attentive de la Loi sur le SCRS et de la Loi sur les infractions en matière de sécurité nous permet de constater que celles-ci reconnaissent que les renseignements de sécurité peuvent devoir être transmis à un corps policier lorsqu'ils sont pertinents à une enquête policière ou à une poursuite. L'attentat contre un appareil d'Air India, en 1985, a fait 331 morts. Il aurait dû faire éclater les dichotomies simplistes dont nous avons fait état, mais celles-ci ont persisté et semblent avoir contribué à la création de certaines tensions entre la GRC et le SCRS. Les attentats du 11 septembre 2001 et l'entrée en vigueur de la Loi antiterroriste, la même année, devraient, cependant, entraîner une réévaluation complète de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve.

La discussion qui précède a servi d'introduction à une réflexion au sujet des distinctions entre le renseignement de sécurité et la preuve qui ont orienté les politiques canadiennes en matière de sécurité au cours des 25 dernières années. Certes, il faut respecter les caractéristiques propres du mandat du SCRS et de celui des services de police, mais il faut également repenser les dichotomies traditionnellement véhiculées entre le renseignement de sécurité et la preuve. Quantité de renseignements de sécurité sur le terrorisme s'avèrent pertinents pour les enquêtes au criminel qui touchent une foule de crimes graves comportant des formes variées de soutien, d'association et de participation à des activités terroristes et à des groupes terroristes. Même s'il demeure nécessaire de protéger les sources d'information et les méthodes de collecte des renseignements de sécurité, y compris ceux qui proviennent de l'étranger, cette nécessité doit être revue à la lumière de la menace terroriste actuelle et de la capacité des services étrangers de tenir compte des modifications apportées aux réserves couramment appliquées aux informations qu'ils mettent

en commun. Les services du renseignement de sécurité pourraient devoir améliorer leurs connaissances en ce qui a trait aux programmes de protection des témoins utilisés par le système de justice pénale ainsi qu'aux exigences en matière de collecte de la preuve. À cet égard, il faut souligner que le MI5 reconnaît la nécessité de recueillir certains renseignements (sans recourir toutefois à la surveillance électronique, pareils moyens étant toujours jugés inadmissibles par les tribunaux britanniques) conformément aux normes en matière de preuve. Le monde a bien changé depuis la rédaction de la version originale de la Loi sur le SCRS. Il est grand temps de remettre en question les idées reçues, dans un esprit d'innovation et de création, afin d'assurer la viabilité de la relation entre le renseignement et la preuve.

II. Principes fondamentaux concernant le renseignement de sécurité et la preuve

Les quatre principes formulés ci-dessous correspondent en gros aux sept principes définis par Bruce MacFarlane dans son étude connexe sur les aspects structurels du procès criminel. Autrement dit, les principes que nous exposons ici englobent les valeurs du respect de la légalité et de la Charte, notamment les droits de l'accusé, ainsi que le droit de la collectivité à la publicité des procédures judiciaires et à la recherche efficace et rigoureuse de la vérité dans les procès criminels, qui comprend la nécessité de prévenir les condamnations injustifiées⁹⁷. Cependant, le principe relatif à la nécessité de garder les secrets s'inscrit dans le contexte particulier des rapports entre les renseignements de sécurité et la preuve, qui fait l'objet de la présente étude.

La nécessité de garder les secrets et de respecter la confidentialité des renseignements intéressant la sécurité nationale

Même s'il s'avère nécessaire de réévaluer et de mettre à jour nos conceptions sur les rapports entre les renseignements de sécurité et la preuve, nul ne saurait nier l'importance de maintenir la confidentialité de ces renseignements. La divulgation des renseignements de sécurité peut avoir des effets nuisibles sur les enquêtes et les opérations de sécurité en cours. Par exemple, c'est un fait notoire qu'Oussama ben Laden a cessé

⁹⁷

Les sept principes recensés par Bruce MacFarlane dans « Structural Aspects of Terrorist Trials » sont : 1) la recherche de la vérité, 2) la confiance du public et la légitimité des procédures dans l'opinion, 3) l'équité et la primauté du droit, 4) l'efficacité, 5) la publicité des procédures pénales, 6) l'équilibre entre les droits individuels et l'intérêt public, et 7) la réduction au minimum du risque de condamnation d'innocents.

d'utiliser un téléphone satellite après que des fuites eurent révélé à la presse que les services de renseignement américains étaient capables d'intercepter les communications de cette nature. La divulgation de secrets risque même d'avoir des conséquences encore plus graves : que l'on songe au cas où elle exposerait des informateurs clandestins à des dangers pouvant aller jusqu'à la torture ou à l'exécution.

La Cour suprême, dans le cadre d'un arrêt confirmant les dispositions impératives de la Loi sur l'accès à l'information relatives à la tenue d'audiences ex parte et à huis clos dans les cas où l'on invoque l'obligation de protéger des renseignements fournis sous le sceau du secret par des services étrangers ou des dérogations motivées par la sécurité nationale, a mis l'accent sur la nécessité pour le Canada de garantir à ses alliés que les renseignements qu'ils lui communiquent resteront confidentiels. La juge Arbour a formulé à ce sujet les observations suivantes au nom de la Cour :

Les dispositions impératives pourvoyant à la tenue d'audiences ex parte et à huis clos ont pour objet d'éviter que les alliés et les sources de renseignements du Canada aient l'impression qu'une divulgation accidentelle pourrait survenir et que, pour cette raison, ils soient moins disposés à communiquer des renseignements à notre pays. Dans ses motifs, madame le juge Simpson a examiné cinq affidavits déposés par l'intimé, trois ayant été établis par le SCRS, la GRC et le ministère de la Défense nationale (« MDN ») respectivement, et deux par le ministère des Affaires étrangères (« MAE »). Les auteurs de ces affidavits insistent sur le fait que le Canada est un importateur net d'information et que l'information recueillie est nécessaire à la sécurité et à la défense du Canada et de ses alliés. Ils ajoutent que les sources de renseignements connaissent les dispositions législatives canadiennes en matière d'accès à l'information. Tous affirment que l'assouplissement des dispositions impératives aurait un effet néfaste sur la circulation des renseignements et la qualité de ceux-ci. L'extrait suivant de l'un des affidavits du MAE est représentatif :

[TRADUCTION] « Le Canada n'est pas une grande puissance. Il n'a pas la même capacité de recueillir et d'évaluer l'information que les États-Unis,

le Royaume-Uni ou la France, par exemple. Il ne peut offrir en échange le même volume et la même qualité de renseignements qu'il obtient des pays qui sont sa principale source d'information. Si la confiance de ces partenaires dans notre aptitude à protéger ces renseignements venait à être ébranlée, le fait que nous soyons une source d'information relativement moins importante que d'autres accroît le risque que les portes d'accès aux renseignements délicats nous soient fermées⁹⁸.

La confirmation par la Cour suprême, dans l'arrêt *Ruby c. Canada*, des dispositions impératives de la législation sur l'accès à l'information touchant les procédures ex parte a certainement été déterminée dans une certaine mesure par le contexte de cette affaire, qui ne comportait ni poursuites au criminel ni autres risques de privation de liberté.

Dans le contexte différent des certificats de sécurité utilisés pour détenir et expulser des non-citoyens, la Cour suprême a manifesté plus d'inquiétude relativement aux dispositions impératives conférant à l'État le droit de présenter au juge des conclusions ex parte. Cependant, bien qu'elle ait conclu dans *Charkaoui c. Canada*⁹⁹ que les procédures ex parte relatives aux certificats de sécurité que prévoit la législation sur l'immigration constituent une violation injustifiée de l'art. 7 de la Charte, elle a reconnu volontiers ce qui suit sous le régime de l'article premier de celle-ci :

La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel. Les dispositions de la LIPR prévoyant la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ont un lien rationnel avec cet objectif. Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements : voir *Ruby*. Il reste donc à déterminer si le moyen choisi par le législateur, c'est-à-dire une procédure de délivrance et d'examen de certificats entraînant la détention et l'expulsion des non-citoyens qui constituent un danger pour la sécurité du Canada, porte le moins possible atteinte à leurs droits¹⁰⁰.

98 *Ibid.*, par. 44 et 45.

99 2007 CSC 9.

100 *Ibid.*, par. 68.

Dans Ruby aussi bien que Charkaoui, la Cour suprême a reconnu l'importance du secret des renseignements de sécurité que le Canada reçoit de ses alliés et la position particulière de ce dernier comme importateur net de tels renseignements. En outre, la Commission du 11 septembre aussi bien que la Commission Arar ont affirmé l'importance de l'échange de renseignements entre les États. Or cet échange est souvent subordonné à la condition que les renseignements ainsi communiqués restent secrets.

L'importance de protéger les renseignements secrets dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité nationale est aussi soulignée dans un certain nombre d'autres instruments juridiques. L'un de ceux-ci est la Loi sur la protection de l'information, qui érige en infraction grave divers actes de divulgation de renseignements secrets. Une partie de cette loi a récemment été déclarée inconstitutionnelle, mais le juge de première instance qui en a été saisi a reconnu l'urgente et réelle nécessité qu'il y a à punir et à décourager la divulgation de certains renseignements d'État, une démarche qui, pour reprendre sa formule, a acquis [TRADUCTION] « un supplément d'importance [...] dans le climat d'incertitude touchant la sécurité nationale qui s'est installé après les attentats terroristes de 2001 »¹⁰¹.

Un autre instrument juridique pertinent, que nous examinerons plus loin de manière plus détaillée, est l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada, qui prescrit à tous les participants au système juridique d'aviser le procureur général de la possibilité de divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables aux relations internationales, ainsi qu'à la défense ou à la sécurité nationales¹⁰². L'importance de protéger les renseignements intéressant la sécurité nationale est également soulignée par l'art. 38.13 de la même loi, qui confère au procureur général du Canada le pouvoir d'interdire la divulgation, même ordonnée par un tribunal judiciaire, de renseignements relatifs à la défense ou à la sécurité nationales, ou obtenus d'une entité étrangère¹⁰³. Il s'agit là d'un moyen de dernier recours pour protéger les intérêts de l'État canadien et assurer le respect de ses engagements de confidentialité envers d'autres États. Cependant, le secret n'en devient pas pour autant une valeur absolue, puisque l'art. 38.14 de la Loi sur la preuve au Canada autorise le juge de première instance pénale à ordonner toute mesure corrective qui s'avère

101 *O'Neill c. Canada* (2006), 82 O.R.(3d) 241 (C. sup. Ont.), par. 95 et 96.

102 LPC, art. 38.01.

103 *Ibid.*, art. 38.13.

nécessaire, étant donné les ordonnances de confidentialité, pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable.

Même en dehors du contexte de la sécurité nationale et des relations internationales, la Cour suprême a constaté l'importance de protéger les informateurs secrets, aussi bien pour assurer leur sécurité que pour garantir que l'on continuera à informer l'État. Ainsi, dans *R. c. Leipert*¹⁰⁴, elle a statué que la police n'était pas tenue de révéler l'identité du dénonciateur anonyme ayant fourni, dans le cadre du programme Échec au crime, les renseignements qui l'avait amenée à enquêter sur une personne soupçonnée de cultiver de la marijuana. Elle a rejeté le moyen de l'accusé selon lequel il avait droit, en vertu des obligations formulées dans l'arrêt *Stinchcombe*, à la communication de la fiche sur laquelle on avait consigné les renseignements en question, encore qu'expurgée de manière à protéger l'identité du dénonciateur. Notant à la fois la nécessité de protéger la sécurité du dénonciateur et celle d'inciter les autres citoyens à communiquer des renseignements à la police, la Cour a conclu que « le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'il ne saurait être soupesé en fonction d'autres intérêts ». « Une fois que son existence est établie, poursuivait-elle, ni la police ni les tribunaux n'ont le pouvoir discrétionnaire de le restreindre¹⁰⁵. » La Cour a aussi conclu que le juge du fond avait commis une erreur en communiquant à l'accusé une version expurgée de la fiche en question, en raison du danger de lui révéler par inadvertance des renseignements qui eussent pu permettre l'identification du dénonciateur¹⁰⁶. La Cour a rejeté l'argument voulant que le privilège relatif aux indicateurs de police soit incompatible avec les obligations de divulgation formulées dans *Stinchcombe*, au motif que les règles régissant la communication sont elles-mêmes subordonnées à des privilèges afférents à la preuve, notamment le privilège de l'indicateur de police. Celui-ci, a-t-elle fait observer, est un privilège consacré, qu'on ne peut lever qu'en démontrant que la preuve de l'innocence de l'accusé est en jeu. Et même lorsque cette exception limitée se révèle applicable, « l'État assure [...] en général la protection de l'indicateur au moyen de divers programmes de sécurité, ce qui démontre encore une fois l'importance de ce privilège pour le public »¹⁰⁷.

104 [1997] 1 R.C.S. 281.

105 *Ibid.*, par. 14.

106 « Un détail aussi anodin que l'heure de l'appel téléphonique peut suffire à l'identification. En pareilles circonstances, les tribunaux doivent bien prendre soin de ne pas priver involontairement les indicateurs du privilège que la loi leur accorde. » *Ibid.*, par. 16.

107 *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 45.

Le survol qui précède montre que le droit canadien reconnaît tout à fait l'importance de protéger les renseignements relatifs à la sécurité nationale et les informateurs secrets. La loi fournit en effet à l'État de nombreux et solides instruments pour protéger les renseignements secrets contre la divulgation.

La nécessité de traiter équitablement l'accusé et de respecter son droit à une défense pleine et entière

La nécessité de traiter l'accusé équitablement et de lui garantir un procès juste constitue l'assise même de la justice fondamentale. La Cour suprême a réaffirmé à l'unanimité l'importance de l'équité juridictionnelle dans le récent arrêt *Charkaoui c. Canada*¹⁰⁸, où elle a statué que le régime obligatoire de communication ex parte d'éléments de preuve secrets susceptibles d'être utilisés contre une personne détenue en vertu d'un certificat de sécurité de l'Immigration constituait une violation injustifiée de l'art. 7 de la Charte. La Cour a bien précisé que, si la nécessité de protéger les secrets d'État et d'autres préoccupations relatives à la sécurité nationale peuvent autoriser certaines adaptations, la procédure ainsi modifiée doit au bout du compte rester fondamentalement équitable. La juge en chef McLachlin a formulé à ce sujet les observations suivantes :

Ainsi, bien que l'analyse visant à déterminer si une procédure est fondamentalement inéquitable puisse tenir compte de contraintes administratives particulières liées au contexte de sécurité nationale, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. Dans les cas où le contexte ne permet pas l'utilisation des moyens habituels de satisfaire aux principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables. La procédure doit néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale pour résister à l'analyse dictée par l'art. 7. C'est ce qui est essentiel.

[...] Les mesures requises pour assurer la justice fondamentale doivent tenir compte des exigences propres au contexte de la sécurité. Il faut toutefois s'assurer que l'essence de l'art. 7 demeure intacte. Les principes de justice fondamentale ne peuvent être réduits au point de ne plus

108 2007 CSC 9.

offrir la protection de l'application régulière de la loi qui constitue le fondement même de l'art. 7 de la Charte. Il se peut que cette protection ne soit pas aussi complète qu'en l'absence de contraintes liées à la sécurité nationale. Mais il demeure qu'il ne saurait y avoir conformité avec l'art. 7 sans une protection véritable et substantielle¹⁰⁹.

La Cour a affirmé dans *Charkaoui* qu'« une audition équitable suppose que l'intéressé soit informé des allégations formulées contre lui et ait la possibilité d'y répondre »¹¹⁰. Tout en constatant l'indépendance et l'impartialité des juges désignés pour examiner les certificats de sécurité, elle a conclu au caractère inconstitutionnel de l'utilisation de renseignements secrets non communiqués à la personne détenue et ne pouvant faire l'objet d'un contre-interrogatoire. Cette procédure privait la personne détenue de « la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle en prenant connaissance de la preuve et en ayant la possibilité de la contester ou de présenter une contre-preuve ». La Cour est ainsi arrivée à la conclusion suivante :

La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l'essentiel, le principe vénérable voulant qu'une personne dont la liberté est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre. Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise. C'est là une réalité de la société moderne. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'un ni l'autre n'a été fait en l'espèce¹¹¹.

Donc, l'art. 7 autorise une certaine souplesse et une certaine créativité lorsqu'il s'agit de concilier les exigences du secret et de l'équité, mais « l'essentiel » est que la procédure ainsi modifiée reste équitable.

109 *Ibid.*, par. 23 et 27.

110 *Ibid.*, par. 53.

111 *Ibid.*, par. 61.

Même après avoir conclu que la procédure attaquée ne remplissait pas les conditions fondamentales de l'art. 7 de la Charte, la Cour s'est demandé si le gouvernement avait démontré la justification, au sens de l'article premier de la Charte, de la restriction des droits de la personne détenue. Elle a examiné toutes sortes de mécanismes susceptibles de concilier l'équité et le secret, notamment le recours à des avocats spéciaux ou à des conseillers juridiques ayant les habilitations de sécurité voulues, comme ceux du CSARS ou de la Commission Arar, pour mettre à l'épreuve et contester les renseignements produits aux fins de justifier la détention en vertu d'un certificat de sécurité. La Cour a aussi fait observer ce qui suit :

Dans le récent procès concernant Air India (R. c. Malik, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350), les avocats du ministère public et de la défense ont été appelés à gérer des renseignements de sécurité et à tenter de protéger l'équité procédurale. Le ministère public avait en main le fruit de 17 longues années d'enquête sur l'attentat terroriste perpétré contre un avion de passagers ainsi que sur une explosion liée à la même affaire survenue à Narita, au Japon. Il a retenu des renseignements en invoquant la pertinence, le privilège de la sécurité nationale et le privilège relatif au litige. Le ministère public et la défense ont convenu que les avocats de la défense obtiendraient le consentement de leurs clients pour procéder à un examen préliminaire des documents retenus après s'être engagés par écrit à ne pas en divulguer le contenu à qui que ce soit, y compris leurs clients. La divulgation dans le cadre d'un procès spécifique, à un groupe limité d'avocats sous réserve d'engagements, ne constitue peut-être pas une solution pratique dans le contexte d'une loi générale sur l'expulsion qui suppose l'intervention de nombreux avocats différents dans un très grand nombre de causes. Néanmoins, les procédures adoptées pour le procès concernant Air India indiquent qu'il faut chercher une solution moins attentatoire que celle retenue dans la LIPR¹¹².

Le recensement qu'elle a opéré dans Charkaoui de solutions possibles qui seraient moins attentatoires aux droits montre que la Cour suprême est disposée, sous le régime de l'art. 7 aussi bien que de l'article premier

112 *Ibid.*, par. 78.

de la Charte, à faire des compromis en faveur de la nécessité du secret tout en garantissant le respect de l'équité fondamentale¹¹³.

Bien que Charkaoui soit un arrêt récent et important sur la question de la conciliation de l'équité et du secret et que cette affaire ait porté sur la détention de longue durée et les restrictions de liberté qu'autorise le régime des certificats de sécurité de la législation sur l'immigration, il faut aussi faire sa place au problème particulier des poursuites pénales. Dans le cadre de l'examen qu'elle propose des méthodes envisageables de conciliation de l'équité et du secret, la Cour reconnaît implicitement dans cet arrêt le caractère distinct de la procédure pénale lorsqu'elle retient l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada comme solution possible. Elle analyse ce point dans les termes suivants :

Les modifications apportées récemment à la LPC par la Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, obligent tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer, prévoit divulguer ou s'attend à ce que soient divulgués des renseignements qu'il croit sensibles ou potentiellement préjudiciables à aviser le procureur général de la possibilité de divulgation. Ce dernier peut alors demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements : art. 38.01, 38.02 et 38.04. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si les renseignements devraient être divulgués. S'il conclut que la divulgation de renseignements serait préjudiciable pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgation, le juge peut ordonner la divulgation de tout ou partie des renseignements aux conditions qu'il estime indiquées. La LIPR ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable; elle commande aux juges de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. En outre, la LPC ne contient aucune disposition relative à l'utilisation des renseignements qui n'ont pas été divulgués. Bien que la LPC ne traite pas du même problème que la LIPR et, qu'en conséquence, elle ne soit que d'une utilité limitée

113 *Ibid.*, par. 139.

en l'espèce, elle illustre le souci qu'a eu le législateur, dans une autre loi, d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus.

La procédure pénale se distingue à plusieurs égards du droit de l'immigration. Premièrement, l'art. 38.14 de la LPC confère explicitement au juge de première instance pénale le pouvoir discrétionnaire d'ordonner toute mesure corrective qu'il estime indiquée pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, y compris l'arrêt des procédures. Deuxièmement, l'art. 38.06 de la LPC permet au juge de rendre une ordonnance autorisant la divulgation de renseignements, même si elle est susceptible de porter préjudice à la sécurité nationale, dans le cas où l'emportent sur les motifs de secret les raisons d'intérêt public qui justifient cette divulgation. Enfin, l'art. 38 de la LPC ne fait qu'offrir à l'État un moyen d'obtenir des ordonnances d'interdiction de divulgation; il ne prévoit pas l'usage d'éléments de preuve secrets dans les procès criminels.

Même si l'on n'utilise pas dans les procès criminels d'éléments de preuve secrets qui ne sont pas communiqués à l'accusé, ce serait une erreur d'en conclure que les dilemmes que suscite la nécessité de concilier le secret et l'équité ne se posent pas dans les procédures de cette nature. Dans un bon nombre d'affaires criminelles, les tribunaux se sont montrés attentifs à ne pas mettre l'accusé dans la situation sans issue d'avoir à établir le contenu ou la pertinence de documents auxquels il n'aurait pas accès. C'est ainsi que, dans l'arrêt *R. c. Garofoli*¹¹⁴, la Cour suprême a affirmé l'importance d'ordonner l'ouverture des paquets scellés contenant des affidavits pour permettre à l'accusé d'exercer son droit à une défense pleine et entière et de contester l'autorisation d'écoute électronique. De même, dans *R. c. Mills*¹¹⁵, la Cour suprême a de nouveau souligné l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière :

Notre jurisprudence a reconnu, à maintes reprises, qu'il est « dangereux de placer l'accusé dans une situation sans issue comme condition pour présenter une défense pleine et entière » : *O'Connor*, précité, au par. 25; voir également *Dersch*, précité, aux pp. 1513 et 1514; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1463 et 1464; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. Ce facteur

114 [1990] 2 R.C.S. 1421.

115 [1999] R.C.S. 668.

est important dans le contexte de la communication de dossiers, car souvent l'accusé peut se trouver dans la situation délicate où il doit présenter des observations concernant l'importance, aux fins d'assurer une défense pleine et entière, de dossiers qu'il n'a pas vus. Lorsque les dossiers font partie de la preuve du ministère public, cette préoccupation est d'autant plus grande qu'une telle situation influe très directement sur la capacité de l'accusé de soulever un doute quant à sa culpabilité [...] Toutefois, lorsque les dossiers auxquels l'accusé cherche à avoir accès ne font pas partie de la preuve du ministère public, des considérations de vie privée et d'égalité peuvent exiger qu'il lui soit difficile d'avoir accès à des dossiers thérapeutiques ou autres.

[...] Plusieurs principes relatifs au droit à une défense pleine et entière émanent de l'analyse qui précède. Premièrement, le droit à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable. À cette fin, les tribunaux doivent tenir compte du danger de placer l'accusé dans une situation sans issue à titre de condition pour présenter une défense pleine et entière, et ils vont même passer outre à des intérêts opposés pour protéger le droit à une défense pleine et entière dans certains cas comme celui de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé, qui s'applique au privilège de l'indicateur de police. Deuxièmement, le droit de l'accusé doit être défini dans un contexte qui englobe d'autres principes de justice fondamentale et dispositions de la Charte. Troisièmement, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire¹¹⁶.

Dans cet arrêt, la Cour suprême a confirmé les restrictions législatives frappant aussi bien la communication de documents privés détenus par le ministère public que la production de tels documents en la possession de tiers dans les affaires d'agression sexuelle. Il s'ensuit que le droit de l'accusé à la production et à la communication de l'ensemble de la

116 *Ibid.*, par. 71 et 76.

preuve n'est pas absolu, mais aussi que les tribunaux ne souscriront pas volontiers à la non-communication ou à la non-production d'éléments dans les cas où elle porterait atteinte à la capacité de l'accusé à répondre aux allégations formulées contre lui, ainsi qu'à son droit à une défense pleine et entière.

Les dilemmes que suscite la nécessité de concilier l'équité et le secret ne découlent pas tous de requêtes en communication de documents que l'accusé n'a pas vus. Des questions d'équité peuvent aussi se poser lorsque sont rendues des ordonnances d'interdiction de divulgation ou d'autorisation de divulgation partielle sous le régime de l'art. 38 de la LPC, et que le juge de première instance pénale doit décider si un procès équitable reste possible étant donné une ordonnance d'interdiction de divulgation ou une ordonnance n'autorisant qu'une divulgation partielle, par exemple sous la forme de résumés. Un autre dilemme possible est celui qui se pose lorsque l'accusé souhaite faire citer des témoins à décharge dont les déclarations éventuelles, et peut-être même l'identité, font l'objet d'une revendication de confidentialité motivée par la sécurité nationale. Tous ces dilemmes peuvent se manifester dans un procès criminel et en compromettre l'équité.

Nous avons examiné dans la section précédente la grande importance que la tradition judiciaire attribue à la protection de l'identité des informateurs et la façon dont la Cour suprême a dispensé de l'obligation de communication formulée dans *Stinchcombe* les renseignements relevant du privilège de l'indicateur de police. Cela dit, la protection des informateurs n'est pas une valeur absolue; elle est subordonnée sous au moins deux rapports au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Dans l'arrêt *R. c. Leipert* examiné plus haut, la Cour suprême a conclu que l'on pouvait protéger l'identité de la personne qui avait informé la police sous le couvert de l'anonymat (dans le cadre du programme Échec au crime), mais que, pour des raisons d'équité, on aurait dû obliger l'État à défendre le mandat de perquisition sans invoquer les renseignements communiqués par ce dénonciateur anonyme¹¹⁷. La preuve dont l'accusé ne pouvait prendre connaissance ne pouvait être utilisée contre lui. Il restait possible de concilier les exigences de l'équité et du secret en permettant à l'État de défendre le mandat sans s'appuyer sur les renseignements qui ne pouvaient être communiqués à l'accusé. Comme on le verra plus loin, une approche analogue a été suivie dans certains procès importants pour terrorisme¹¹⁸.

117 *Ibid.*, par. 40.

118 Voir l'affaire *R. c. Parmar*, analysée plus loin.

Le privilège relatif aux indicateurs de police fait l'objet d'une autre exception, fondée sur l'importance primordiale de ne pas condamner un innocent. La juge McLachlin formule à ce sujet les observations suivantes :

Dans la mesure où des règles et privilèges empêchent une personne innocente d'établir son innocence, ils doivent céder le pas au droit à un procès équitable garanti par la Charte. Or, la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police ne contrevient pas à ce principe. Dès son origine, la règle a reconnu la priorité du principe de droit selon lequel [TRADUCTION] « il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence », en permettant de faire exception au privilège dans le cas où l'innocence d'une personne est en jeu : *Marks c. Beyfus*, précité. Il n'est donc pas étonnant que notre Cour ait, à maintes reprises, décrit le privilège relatif aux indicateurs de police comme un exemple du principe de droit voulant qu'on ne doive pas condamner une personne innocente, plutôt que comme une dérogation à ce principe¹¹⁹.

Cependant, même lorsque s'applique l'exception limitée de la preuve de l'innocence, le tribunal « ne [doit] révéler que les renseignements essentiels à l'établissement de l'innocence » et, avant d'ordonner la communication, donner au ministère public la possibilité de demander la suspension de l'instance¹²⁰.

Me Ken Macdonald, c.r., qui en sa qualité de Director of Public Prosecutions (procureur général) a mené de nombreuses poursuites pour terrorisme en Grande-Bretagne, a récemment rappelé dans un discours le risque de condamner des innocents et l'effet néfaste de telles erreurs dans les affaires de terrorisme. Sans minimiser en aucune façon la menace réelle que représente le terrorisme ou la nécessité de poursuites énergiques, Me Macdonald a fait la mise en garde suivante :

[TRADUCTION] « Il y a un risque très réel que les mesures de lutte contre les infractions liées au terrorisme aillent à l'encontre du but recherché. En compromettant l'intégrité du processus judiciaire, on discréditerait le système

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 24.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 33.

de justice pénale pour des décennies et on ébranlerait gravement la confiance du public. Qu'on se rappelle l'effet qu'a eu l'affaire des Six de Birmingham sur la confiance du public dans les années 1970 et 1980. Il n'est pas de pire outrage à la Constitution d'un pays que le sort d'hommes et de femmes qui languissent en prison durant des années pour des crimes qu'ils n'ont pas commis. Quelle meilleure façon pourrait-on trouver de produire la désillusion et la désaffection? Il ne faut pas s'aliéner les secteurs de la population dont on a justement besoin de l'adhésion et de l'étroite collaboration pour tenter des poursuites qui débouchent sur des condamnations justifiées¹²¹.

De même, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*¹²², a établi un lien entre, d'une part, le droit constitutionnel général à la communication de la preuve qu'elle a reconnu à l'occasion de cette affaire et, d'autre part, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, ainsi que le souci de prévenir les erreurs judiciaires :

Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. Or, certains événements récents démontrent que l'affaiblissement de ce droit résultant de la non-communication de la preuve a été pour beaucoup dans la condamnation et l'incarcération d'un innocent. En effet, dans *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1: Findings and Recommendations (1989) (le « rapport de la Commission Marshall »), les commissaires ont conclu que des déclarations antérieures contradictoires n'avaient pas été divulguées à la défense. C'était là un facteur important qui a contribué à l'erreur judiciaire commise et qui a amené la Commission à affirmer que [TRADUCTION] « la décence et le franc-jeu ne commandent rien de moins que la communication intégrale de sa preuve par le ministère public » (vol. 1, à la p. 238).

121 Ken MacDonald, c.r., « Security and Rights », janvier 2007, à l'adresse http://www.cps.gov.uk/news/nationalnews/security_rights.html

122 [1991] 3 R.C.S. 326.

La Cour ajoutait dans le même arrêt qu'« [i] est reconnu, en principe, que la recherche de la vérité est facilitée plutôt qu'entravée par la divulgation de tous les renseignements pertinents ».

Il n'est ni dans l'intérêt de la société ni dans celui des victimes que l'on condamne un innocent pour un acte de terrorisme. L'expérience montre que les condamnations injustifiées jettent le discrédit sur l'administration de la justice de bien des façons, notamment en rendant souvent impossible d'arrêter, de poursuivre et de punir les véritables auteurs de crimes odieux. Les affaires de terrorisme dans lesquelles l'État peut avoir des raisons légitimes de ne pas révéler des renseignements sur des suspects possibles présentent un risque particulier de condamnations injustifiées¹²³.

Ce bref examen montre l'importance de traiter équitablement les personnes accusées de terrorisme et de leur donner accès aux renseignements qui leur sont nécessaires pour présenter une défense pleine et entière. Comme la Cour suprême l'a fait observer dans *Charkaoui*, le droit de prendre connaissance des éléments invoqués contre soi et d'y répondre est une condition fondamentale de l'équité juridictionnelle, et il s'applique même en dehors du contexte des poursuites pénales. La jurisprudence pénale, notamment l'arrêt *Stinchcombe* et les décisions relatives au privilège de l'indicateur de police, reconnaît l'importance fondamentale de la communication de renseignements à l'accusé, en particulier des renseignements qui lui sont nécessaires pour présenter une défense pleine et entière. Même le privilège de l'indicateur de police doit céder le pas lorsque l'établissement de l'innocence est en jeu. Cependant, l'application du principe selon lequel l'accusé doit faire l'objet d'un traitement équitable dépend du contexte de l'affaire, notamment de la nature du procès criminel aussi bien que de la nécessité de protéger les secrets.

Le respect de la présomption de publicité des procédures judiciaires

Un autre principe dont doit tenir compte quiconque veut concilier les exigences du secret des renseignements de sécurité et de l'équité en matière de preuve est la présomption de publicité des procédures judiciaires. Le droit canadien reconnaît depuis longtemps le principe de

123

Bruce MacFarlane, « Structural Aspects of Terrorist Trials »; ainsi que Kent Roach et Gary Trotter, « Miscarriages of Justice in the War Against Terrorism », (2005) 109 *Penn State Law Review* 1001.

la publicité des débats, auquel les garanties de liberté d'expression de la Charte ont donné une nouvelle vigueur. La Cour suprême a formulé les observations suivantes à l'occasion d'une affaire où il s'agissait d'appliquer la présomption de publicité aux investigations judiciaires que prévoit la Loi antiterroriste :

L'accès du public aux tribunaux assure l'intégrité des procédures judiciaires en démontrant « que la justice est administrée de manière non arbitraire, conformément à la primauté du droit » : *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité, par. 22. La publicité est nécessaire au maintien de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux. Elle fait partie intégrante de la confiance du public dans le système de justice et de sa compréhension de l'administration de la justice. En outre, elle constitue l'élément principal de la légitimité du processus judiciaire et la raison pour laquelle tant les parties que le grand public respectent les décisions des tribunaux.

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte et sert à promouvoir les valeurs fondamentales qu'elle véhicule [...] La liberté de la presse de faire rapport sur les instances judiciaires constitue une valeur fondamentale. De même, le droit du public d'être informé est également protégé par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression [...] Étant donné que c'est elle qui véhicule au public l'information concernant le fonctionnement des institutions publiques, la presse joue un rôle vital [...] Par conséquent, le moins qu'on puisse dire est qu'il ne faut pas modifier à la légère le principe de la publicité des débats en justice¹²⁴.

La Cour suprême relie donc le principe de la publicité des procédures judiciaires à la liberté d'expression garantie par la Charte et à la confiance du public dans l'administration de la justice.

Le principe de la publicité des procédures judiciaires n'est pas absolu : on peut en justifier la restriction. Dans l'arrêt *Vancouver Sun (Re)*, la

124 *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 25 et 26.

Cour suprême, appliquant la jurisprudence relative aux ordonnances de publication à la question de la restriction de la publicité des investigations judiciaires, a conclu que la restriction du principe de la publicité des débats par une ordonnance de non-publication ne se justifie qu'aux conditions suivantes : 1) « elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque »; 2) « ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice »¹²⁵. Suivant ce critère rigoureux, la restriction du principe de la publicité doit se justifier en fonction de facteurs de proportionnalité, notamment la possibilité de recourir à des mesures moins restrictives et la comparaison globale entre les atteintes à la libre expression et les effets bénéfiques de l'interdiction de publication.

La Cour suprême reconnaît dans *Vancouver Sun (Re)* que certaines procédures judiciaires doivent par nature se tenir à huis clos. Elle admet que les demandes d'investigation judiciaire ex parte, comme d'autres demandes ex parte telles que celles visant un mandat de perquisition, doivent être entendues à huis clos. « Il est fort possible, constate la Cour, qu'une grande partie des investigations judiciaires soient, par nécessité, tenues secrètes. Il est également fort possible que leur existence même doive parfois demeurer secrète¹²⁶. » Cependant, la majorité a conclu d'après les faits de l'espèce qu'on aurait dû appliquer la règle du secret à la demande d'investigation judiciaire et au nom du témoin qui devait être contraint à comparaître, mais qu'il aurait fallu dévoiler l'existence de l'ordonnance d'investigation judiciaire et rendre publique l'audition de la contestation de l'investigation sous le régime de la Charte. Elle ajoutait que, dans les affaires où l'existence même d'une investigation judiciaire aurait fait l'objet d'une ordonnance de mise sous scellés, le juge devrait mettre en œuvre, une fois l'investigation achevée, un mécanisme de publication de son existence et, dans la mesure du possible, de son contenu¹²⁷.

125 *Ibid.*, par. 29.

126 *Ibid.*, par. 41.

127 Il est à noter que deux juges ont exprimé leur dissidence dans cette affaire, arguant de la crainte que « si la police ne peut faire enquête et recueillir les renseignements en toute confidentialité, son enquête ou sa tentative d'empêcher la perpétration d'une infraction de terrorisme [ne soit] compromise parce que les suspects pourraient être "mis au courant" », et les témoins intimidés. *Ibid.*, par. 75.

La Cour suprême a confirmé la présomption de publicité des procédures judiciaires dans le contexte d'une demande, formée par le ministère public, de mise sous scellés de mandats et des dénonciations utilisées pour les obtenir. « Dans tout environnement constitutionnel, a-t-elle rappelé, l'administration de la justice s'épanouit au grand jour – et s'étiole sous le voile du secret¹²⁸. » Une norme rigoureuse de justification des atteintes à la liberté d'expression s'applique à l'étape de l'enquête aussi bien qu'à celle du procès. Le juge Fish écrit à ce propos :

Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l'avocat du ministère public a parlé à cet égard de [TRADUCTION] « l'avantage lié à l'effet de surprise ». À cet égard, le juge Doherty a rappelé la conclusion énoncée par le juge Iacobucci, au par. 34 de l'arrêt *Mentuck*, que l'accès à des documents du tribunal ne saurait être refusé dans le seul but de conférer aux responsables de l'application de la loi un avantage pour le déroulement de l'enquête; au contraire, la partie qui demande le secret doit au moins alléguer l'existence d'un risque grave et précis pour l'intégrité de l'enquête criminelle¹²⁹.

Bien que la présomption de publicité ne fût pas absolue, on ne pouvait la repousser en invoquant l'affirmation générale que cette publicité nuirait à l'enquête.

Dans *Ruby c. Canada*¹³⁰, la Cour suprême a statué que les dispositions impératives d'interdiction de publication ne pouvaient se justifier même dans le cadre d'instances intéressant la sécurité nationale. Tout en reconnaissant que la protection des renseignements qui sont susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale et dont la divulgation risquerait de tarir les sources d'information étrangères constituait un objectif important et que l'obligation du huis clos diminuait « le risque de divulgation accidentelle de renseignements délicats », elle a conclu que l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire d'interdire la publication serait moins attentatoire à la liberté d'expression. Des tribunaux de juridiction inférieure ont invalidé, conformément à cette approche, des restrictions de publication prononcées sous le régime non atténué de l'art. 38 de la

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

129 *Ibid.*, par. 39.

130 [2002] 4 R.C.S. 3, par. 54 et 55.

LPC¹³¹. Cependant, la justification du huis clos a été confirmée à l'égard des parties des instances où l'on examine des renseignements secrets¹³².

Les cas où il s'avère nécessaire de limiter la publicité des débats pour garantir l'équité envers l'accusé peuvent aussi militer en faveur de la restriction du principe de la publicité. Dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*¹³³, la Cour suprême a rejeté la conception hiérarchique des droits selon laquelle le droit à un procès équitable doit automatiquement l'emporter sur la liberté d'expression. Néanmoins, elle a reconnu que le droit de l'accusé à un procès équitable peut, sous certaines conditions, justifier l'interdiction de publication. Les faits de l'espèce ne justifiaient pas cette interdiction, car il y avait d'autres moyens raisonnables de concilier la liberté d'expression et l'équité. Cependant, dans le contexte des renseignements secrets intéressant la sécurité nationale, il est moins évident qu'on puisse trouver d'autres moyens raisonnables que la restriction de la publicité des débats. Cette restriction sera conforme à la fois au principe de la protection des secrets et à celui du traitement équitable de l'accusé si, par exemple, elle permet à l'accusé, ou à un avocat ayant l'habilitation de sécurité voulue, de contester les moyens du ministère public. On peut aussi ramener à de faibles proportions l'atteinte globale à la liberté d'expression en autorisant, dans la mesure du possible et peut-être sous réserve de certains délais, la publicité partielle de l'instance. Toutefois, il faut dire aussi que l'interdiction de publication peut se révéler très efficace pour atteindre des objectifs tels que le traitement équitable de l'accusé et la prévention des atteintes à la sécurité nationale ou aux relations internationales.

Le principe de la publicité des débats judiciaires comporte aussi une dimension procédurale. Depuis l'arrêt *Dagenais*, la Cour suprême reconnaît l'importance pratique de donner avis et qualité pour agir aux médias afin d'assurer au principe de la publicité toute la place qui lui revient. Dans la mesure où les poursuites pour terrorisme mettent ce principe en jeu, le juge peut avoir affaire à de multiples parties représentant de multiples intérêts, notamment les procureurs provinciaux, le procureur général du Canada – pour qui l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada prévoit des attributions spéciales de protection des renseignements confidentiels –, les représentants des médias et l'accusé. En outre, les témoins peuvent aussi avoir besoin d'être représentés s'il leur faut une protection

131 *Toronto Star c. Canada*, 2007 CF 128, par. 2. Voir aussi *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052, par. 35 à 40.

132 *Ruby c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 3. Voir aussi *Khawaja c. Canada*, 2007 CF 469.

133 [1994] 3 R.C.S. 835.

particulière ou s'ils sont tenus de ne pas divulguer des éléments de preuve secrets. La multiplicité des parties aux intérêts divergents et de ces intérêts mêmes accroît la complexité de la gestion des rapports entre le secret des renseignements de sécurité et la publicité de la preuve.

Le Code criminel confère aux juges, dans les cas où l'exige la bonne administration de la justice, le pouvoir d'exclure le public de la salle d'audience¹³⁴ et de rendre des ordonnances interdisant la diffusion de tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'un témoin, d'une victime ou d'une personne associée au système judiciaire qui participe à la procédure¹³⁵. Bien que la Cour suprême ait infirmé une interdiction de publication touchant l'identité d'un témoin dans l'affaire d'investigation judiciaire relative au procès Air India – en grande partie parce que le témoin n'avait pas demandé une telle interdiction –, le juge Josephson a rendu deux ordonnances de non-publication permanentes concernant l'identité de témoins dans la poursuite contre Malik et Bagri. Il motive en ces termes l'une de ces ordonnances :

[TRADUCTION] « L'acte d'accusation fait état d'infractions d'une extrême violence, motivées en grande partie, selon le ministère public, par un désir de vengeance. On a produit des éléments tendant à établir que les personnes qui ont adopté des positions contraires à celles de certains extrémistes ont fait l'objet de menaces et de violences. On a aussi produit des éléments tendant à prouver l'existence de ce que le témoin a interprété, non sans raison, comme une grave menace pour sa vie et celle des membres de sa famille dans le cas où elle révélerait certains renseignements. Ce n'est qu'après avoir reçu la promesse formelle que son identité resterait secrète qu'elle a communiqué ces renseignements aux autorités, et elle n'a cessé d'affirmer qu'elle ne témoignerait jamais par peur pour sa propre sécurité et celle de sa famille.

Dans ce contexte, les craintes actuelles du témoin pour sa sécurité n'ont rien d'hypothétique. Qui plus est, le risque n'est pas moins grand pour elle du fait qu'elle s'est déjà acquittée de ses obligations de témoin, étant donné que le danger de représailles constitue un élément important de ce risque¹³⁶.

134 Code criminel, art. 486.1.

135 *Ibid.*, art. 486.5.

136 *R. c. Malik et Bagri*, 2004 BCSC 520, par. 6 et 7.

Même s'il convient de respecter la présomption de publicité des procédures judiciaires dans les poursuites pour terrorisme, d'autres facteurs importants, notamment la nécessité de traiter l'accusé équitablement, de protéger les témoins et les informateurs, et de sauvegarder les intérêts de l'État sur le plan de la confidentialité des renseignements intéressant la sécurité nationale, peuvent justifier une restriction mesurée de la liberté d'expression.

Cette brève récapitulation montre toute l'importance du principe de la publicité des procédures judiciaires. Ce principe s'applique même aux affaires qui soulèvent des questions de sécurité nationale. Bien qu'ils ne voient pas d'un bon œil les dispositions impératives d'interdiction de publication pour ce qui concerne les instances judiciaires ne mettant pas en jeu de renseignements secrets, les tribunaux admettent en général l'importance de la restriction de la publicité dans les cas où l'État aurait le droit de présenter des conclusions ex parte aux juges touchant les dangers que comporterait la communication ou la divulgation d'éléments de preuve secrets. Si les éléments de preuve en question sont communiqués à l'accusé, les tribunaux peuvent encore, lorsque les circonstances le justifient, restreindre leur communication au public. Cependant, ils ne peuvent le faire qu'afin de prévenir un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, et seulement dans les cas où il n'y a pas d'autres solutions raisonnables et où les effets bénéfiques de l'interdiction de publication l'emportent, du point de vue des objectifs, sur ses effets nuisibles.

La nécessité d'un processus judiciaire efficace qui permette aux poursuites pour terrorisme d'atteindre l'étape du verdict

Le dernier principe à examiner au chapitre de la triple nécessité de garder les secrets, de traiter l'accusé équitablement et de respecter la présomption de publicité des procédures judiciaires, est le besoin d'un processus judiciaire efficace qui permette aux poursuites pour terrorisme d'atteindre le stade du verdict. Il existe tout un éventail d'opinions dignes de considération sur le rôle du droit pénal dans la lutte contre le terrorisme. Certains soutiennent que le renseignement, plutôt que le droit pénal, devrait être l'instrument principal de prévention du terrorisme; d'autres affirment que cet instrument principal devrait être la réglementation administrative des lieux et des substances pouvant servir à des fins terroristes. En outre, quelques analystes défendent vigoureusement la thèse que des mesures juridiques supplémentaires peuvent se révéler

utiles et nécessaires pour contrer le terrorisme. Ces débats mis à part, peu de gens contesteraient qu'il convient de punir et de neutraliser ceux qui préparent des actes de violence terroriste et ceux qui en ont commis. Les procès criminels peuvent aussi avoir l'utilité de dénoncer le terrorisme et de sensibiliser le public aux dangers qu'il représente. Ces procès démontrent une volonté d'équité et une adhésion au principe de la responsabilité individuelle, selon lequel seuls les coupables doivent être punis. Le public a aussi intérêt à ce que les poursuites pour terrorisme atteignent l'étape du verdict, de manière que les charges accablantes qui pèsent sur les accusés donnent lieu à des décisions fondées sur la preuve admissible, ainsi que sur l'application correcte de la présomption d'innocence et de la norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Les procès publics pour terrorisme remplissent une importante fonction éducative et peuvent servir à réfuter les allégations selon lesquelles les terroristes seraient persécutés en raison de leurs opinions politiques ou de leur religion. Enfin, divers instruments internationaux, notamment les conventions relatives au terrorisme, obligent aussi le Canada à traiter les actes de terrorisme comme des infractions graves et à en poursuivre les auteurs.

Une des raisons pour lesquelles le rapport entre les renseignements de sécurité et la preuve occupe une place centrale dans le mandat de l'enquête Air India est que la mauvaise gestion de ce rapport peut rendre difficile, voire impossible, d'utiliser la procédure pénale comme instrument de lutte contre le terrorisme. Comme nous le verrons plus loin, le procès Air India, qui s'est conclu par des acquittements en 2005, est plutôt une exception dans l'histoire des poursuites pour terrorisme au Canada, en ce qu'il a atteint l'étape du verdict. Il n'a pas été retardé ou fragmenté par l'introduction devant la Cour fédérale de procédures relatives à la confidentialité de renseignements intéressant la sécurité nationale, du genre de celles qui caractérisent l'affaire Khawaja, encore en instance. Il n'a pas non plus connu une fin prématurée par suite du refus de communiquer l'identité d'informateurs vulnérables, comme cela est arrivé dans les affaires Parmar et Khela, dont nous parlerons plus loin. Un grand nombre de procès antérieurs pour terrorisme au Canada n'ont pu atteindre l'étape du verdict, en grande partie du fait de différends relatifs au secret et du refus de l'État de communiquer des renseignements secrets, notamment l'identité d'informateurs.

L'actuelle procédure canadienne d'examen des revendications de confidentialité au motif de la sécurité nationale oblige à en saisir la Cour

fédérale. Cette procédure a déjà entraîné la déclaration de nullité d'une instance, en raison du retard causé par l'introduction d'une telle procédure distincte au milieu du procès devant jury¹³⁷. S'il est vrai qu'un deuxième procès dans cette affaire a pu atteindre le stade du verdict et qu'on a révisé la LPC en 2001 pour favoriser le règlement avant procès, juridictionnel ou non, des différends sur la confidentialité des renseignements intéressant la sécurité nationale, le risque de ralentissement et de perturbation des poursuites pour terrorisme n'en subsiste pas moins. Le meilleur exemple en est l'affaire Khawaja, toujours en instance, qui a été retardée par des procédures avant procès, notamment la décision de questions sous le régime de l'art. 38 de la LPC et les appels afférents. L'arrestation de Khawaja remonte à mars 2004, et le procès n'avait pas encore commencé en octobre 2007. Par contre, le procès des complices supposés de Khawaja s'est achevé en avril 2007, encore qu'il s'agisse d'un des plus longs procès de l'histoire britannique : il a en effet duré 13 mois, dont 27 jours de délibérations du jury après que 105 témoins à charge se furent succédé à la barre¹³⁸. Certains pays ont plus d'expérience que le Canada en matière de poursuites pour terrorisme, de sorte que nous devrions examiner attentivement leur procédure pour établir si elle offre des moyens plus efficaces de concilier les exigences rivales de l'équité et du secret.

Les lenteurs des poursuites pour terrorisme font obstacle à la lutte contre le crime, mais elles peuvent aussi soulever des problèmes relatifs à l'équité de la procédure. L'alinéa 11b) de la Charte garantit en effet à l'accusé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. La Cour suprême a fait observer à ce propos que l'efficacité du processus pénal sert des intérêts aussi bien sociaux qu'individuels :

Les droits individuels que l'alinéa cherche à protéger sont : (1) le droit à la sécurité de la personne, (2) le droit à la liberté et (3) le droit à un procès équitable.

L'alinéa 11b) protège le droit à la sécurité de la personne en tentant de diminuer l'anxiété, la préoccupation et la stigmatisation qu'entraîne la participation à des procédures criminelles. Il protège le droit à la liberté parce qu'il cherche à réduire l'exposition aux restrictions de la liberté qui résulte de l'emprisonnement préalable au procès et

137

Voir ci-dessous l'analyse de l'affaire *R. c. Ribic*.

138

« Five get life over London bomb plot », 30 avril 2007, à l'adresse http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/6195914.stm

des conditions restrictives de liberté sous caution. Pour ce qui est du droit à un procès équitable, il est protégé par la tentative de faire en sorte que les procédures aient lieu pendant que la preuve est disponible et récente.

L'intérêt secondaire de la société ressort de façon évidente lorsqu'il correspond à celui de l'accusé. La société dans son ensemble a intérêt à ce que le moins fortuné de ses citoyens qui est accusé de crimes soit traité de façon humaine et équitable. À cet égard, les procès qui sont tenus rapidement ont la confiance du public. Comme le juge Martin l'a fait remarquer [...] : [TRADUCTION] « Les procès tenus dans un délai raisonnable ont une valeur intrinsèque. La garantie constitutionnelle s'applique à l'avantage de l'ensemble de la société et, en fait, à l'avantage ultime de l'accusé ... » [...] Toutefois, dans certains cas, l'accusé n'a aucun intérêt dans la tenue d'un procès hâtif et l'intérêt de la société ne correspond pas alors à celui de l'accusé.

Il existe également un intérêt de la société qui est, par sa nature même, contraire aux intérêts de l'accusé. Dans l'arrêt *Conway*, notre Cour, à la majorité, a reconnu que les intérêts de l'accusé doivent être contrebalancés par les intérêts de la société dans l'application de la loi. Ce thème a été repris dans l'arrêt *Askov* par le juge Cory qui a mentionné que « la société a un intérêt de s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi » (à la p. 1219). Plus un crime est grave, plus la société exige que l'accusé subisse un procès. Le rôle de cet intérêt est des plus évidents et son influence des plus apparentes lorsqu'on cherche à absoudre des personnes accusées de crimes graves simplement dans le but d'alléger le rôle¹³⁹.

Il est souvent de l'intérêt à la fois de l'accusé et de la société que les affaires criminelles soient résolues avec efficacité. Cela est peut-être encore plus vrai dans le contexte des poursuites pour terrorisme, où l'accusé risque d'être stigmatisé et de se voir refuser la libération sous caution, et où la confiance du public dans l'administration de la justice risque d'être entachée si l'État est accusé d'avoir mal agi ou d'avoir arrêté un innocent,

139 *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

peut-être pour des motifs discriminatoires liés à ses convictions politiques ou religieuses. En outre, le droit garanti par l'al. 11b) reste un droit justiciable dont la mesure protectrice minimale est la suspension d'instance, à laquelle on a déjà eu recours pour mettre fin à certains mégaprocès¹⁴⁰. Bien que les juges appliquent une approche globale et contextuelle à la question des retards judiciaires, qu'ils répugnent avec raison à suspendre pour ce motif les instances mettant en jeu des infractions graves, et que l'accusé doive lui-même dans certains cas renoncer au bénéfice de l'al. 11b) pour introduire des procédures déterminées, il a, au bout du compte, un droit exécutoire contre le retard à être jugé. Le danger de violation de l'al. 11b) ajoute un étai constitutionnel au principe général que les poursuites pour terrorisme doivent être menées avec efficacité pour le bien de l'accusé et celui de la collectivité.

Résumé

Les exigences voulant que le processus de poursuites pour terrorisme soit efficace tout en restant équitable et public forment autant de conditions de la capacité du Canada à utiliser le droit pénal dans la lutte contre le terrorisme. Il s'agit d'établir un processus qui permette d'offrir à l'État la possibilité de protéger les renseignements légitimement secrets tout en assurant le traitement équitable de l'accusé, le respect, autant qu'il est possible, du principe de la publicité des procédures judiciaires, ainsi que le règlement efficace et rapide des différends provoqués par le heurt de ces principes rivaux. Si l'on n'arrive pas à résoudre ces problèmes, il sera très difficile d'atteindre l'étape du verdict dans les poursuites pour terrorisme. En ne poursuivant pas les terroristes et en ne punissant pas les personnes dont la culpabilité a été établie hors de tout doute raisonnable dans un procès équitable, le Canada ébranlerait la confiance du public dans l'administration de la justice et, pourrait-on soutenir, manquerait aux engagements internationaux qui l'obligent à traiter les actes de violence terroriste comme des infractions graves.

III. Les conséquences de la différence des normes régissant la recherche des renseignements de sécurité et celle des éléments de preuve

Une des principales bases logiques de la distinction entre les renseignements de sécurité et la preuve est la différence des normes qui

140 R. c. Chan (2003) 15 C.R. (6th) 53 (C.B.R. Alb.); et *Calocchia* (2003) 39 C.R. (5th) 374 (C.A.Q.)

s'appliquent aux enquêtes des services de renseignement et à celles de la police. En général, les services de renseignement sont assujettis à des normes moins rigoureuses que la police dans leurs activités de collecte d'informations sur le territoire national aussi bien qu'à l'étranger. La raison en est que le renseignement vise à fournir aux États des informations secrètes pour les aider à prévenir les atteintes à leur sécurité, tandis que la police rassemble des éléments susceptibles d'être produits en preuve dans des procès publics. En outre, les services de renseignement tels que le SCRS et le CST sont dotés de mécanismes d'autocontrôle dont sont traditionnellement dépourvus la GRC et les autres services de police.

Nous examinerons dans la présente section les normes différentes appliquées à la recherche d'informations que pratiquent les services de renseignement. Il s'agira entre autres d'établir dans quels cas les renseignements de sécurité peuvent être admis, s'ils peuvent l'être, comme éléments de preuve dans un procès criminel, et les conséquences que leur admission peut entraîner sous le rapport de la divulgation. Nous étudierons aussi l'évolution des normes régissant l'autorisation des opérations d'écoute électronique de la police et des services de renseignement dans les enquêtes antiterroristes. Comme dans la section précédente, il est important ici de réexaminer les idées reçues et les croyances populaires touchant le rapport entre la preuve et les renseignements de sécurité, à la lumière du nouveau contexte juridique et social où s'inscrivent les enquêtes antiterroristes de la police aussi bien que des services de renseignement.

Analyse comparative des dispositions de la Loi sur le SCRS et du Code criminel concernant les autorisations d'écoute électronique

L'article 21 de la Loi sur le SCRS permet à la Cour fédérale d'autoriser l'interception de communications ou l'obtention d'informations s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un tel mandat « est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada » ou d'exercer les fonctions de collecte d'informations sur des États étrangers ou des personnes étrangères que lui confère l'art. 16 de la même loi¹⁴¹. Les conditions d'octroi des mandats de cette nature se révèlent différentes de celles que prévoit l'al. 186(1)a) du Code criminel. Bien que le libellé du Code exige simplement que l'autorisation demandée serve « au mieux l'administration de la justice », la Cour suprême donne depuis longtemps à cette disposition l'interprétation selon laquelle

¹⁴¹ *Loi sur le SCRS*, par. 21(1).

le juge saisi doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou est en voie de l'être, et que l'interception demandée permettra d'obtenir des preuves de sa perpétration. Dans *Duarte*, la Cour suprême a formulé les observations suivantes à propos de ce critère :

En assujettissant le pouvoir de l'État d'enregistrer nos communications privées à des restrictions externes et en exigeant que l'exercice de ce pouvoir soit justifié par l'application d'un critère objectif, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la Charte, qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Cet équilibre est acceptable parce que le recours à un critère externe objectif assure une certaine protection à tout citoyen dont les communications privées ont été interceptées. Il lui est alors possible de demander des comptes à l'État, s'il est en mesure d'établir qu'une interception donnée n'a pas été autorisée en conformité avec la norme prévue¹⁴².

L'octroi de mandats au SCRS est lié à sa mission de faire enquête sur les menaces à la sécurité du Canada, tandis que l'octroi des autorisations que prévoit le Code criminel est subordonné à l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que l'écoute électronique fournira des éléments de preuve de sa perpétration. Formulées ainsi dans l'abstrait, les différences entre les autorisations que prévoit le Code criminel et les mandats octroyés au SCRS sont considérables. Cependant, comme on verra plus loin, certains faits nouveaux postérieurs au 11 septembre donnent à penser que cet écart est peut-être en train de se rétrécir.

La constitutionnalité des mandats décernés sous le régime de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS

L'article 8 de la Charte

La Cour d'appel fédérale a examiné en 1987 la constitutionnalité de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS, mise en question dans le cadre d'une poursuite pour terrorisme où l'accusé contestait l'admissibilité de communications

¹⁴² [1990] 1 R.C.S. 30. Voir aussi *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

interceptées par le SCRS et les motifs fondant l'octroi du mandat y afférent. Au nom de la majorité de la Cour, le juge Mahoney a rejeté le moyen de l'accusé selon lequel le mandat était invalide à première vue au motif qu'il ne reliait pas l'interception à une infraction déterminée et à la preuve d'une telle infraction. Il a conclu son raisonnement dans les termes suivants :

Le mandat en cause a été décerné relativement à des menaces à la sécurité nationale, et non à l'égard de la commission d'une infraction au sens ordinaire. Ce n'est pas nécessairement appliquer un critère plus faible mais tenir compte de la réalité que de conclure, ainsi que l'a fait l'arrêt *Hunter* et autres c. *Southam Inc.*, qu'un critère différent devrait s'appliquer lorsque la sécurité nationale est en cause.

Comme la Loi n'autorise pas la délivrance de mandats pour faire enquête sur des infractions au sens ordinaire du droit criminel ou pour obtenir des éléments de preuve relativement à la perpétration de telles infractions, il est parfaitement normal que l'art. 21 n'exige pas du juge qui décerne le mandat qu'il soit convaincu qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve la concernant seront trouvés lors de l'exécution du mandat. Ce que la Loi autorise, c'est la tenue d'enquêtes sur des menaces à la sécurité du Canada et, entre autres, la collecte de renseignements concernant des activités qui peuvent, pour des motifs raisonnables, être considérées comme susceptibles de constituer de telles menaces. Étant donné la définition donnée au terme « juge », l'alinéa 21(2)a) de la Loi respecte entièrement, compte tenu des adaptations de circonstance, la prescription de l'arrêt *Hunter* et autres c. *Southam Inc.* visant les critères minimums établis par l'art. 8 relativement aux dispositions législatives autorisant les fouilles, perquisitions et saisies¹⁴³.

Le juge Hugessen, dissident, a conclu de son côté à une violation de l'art. 8 de la Charte au motif que l'art. 21 de la Loi sur le SCRS

¹⁴³ *Atwal c. Canada*, [1987] A.C.F. no 714, p. 133 et 134.

ne prévoit aucune norme raisonnable qui permettrait au juge de vérifier la nécessité d'un mandat. Il n'est pas exigé [expliquait-il] que l'on démontre que l'immixtion dans la vie privée d'un citoyen fournira des éléments de preuve au sujet des menaces alléguées ou contribuera à confirmer ou à infirmer leur existence. Rien dans le libellé de la Loi n'exige l'existence d'un rapport direct entre les informations qu'on espère obtenir au moyen de la communication interceptée et les menaces alléguées envers la sécurité du Canada. Au contraire, il semble que ce soit entre l'interception et l'enquête relative aux menaces qu'un rapport doit être établi sur le fondement de motifs raisonnables. En pratique, ceci signifie que les termes de la Loi sont suffisamment larges pour autoriser l'interception des communications privées d'une personne choisie comme cible d'une attaque terroriste sans que celle-ci en ait connaissance ou sans son consentement et d'une façon qui implique le plus grand degré possible d'immixtion dans sa vie privée. Plus alarmant encore, les termes utilisés permettraient également une interception dont l'objet direct ne serait aucunement d'obtenir des informations au sujet des menaces sur lesquelles portent l'enquête, mais plutôt de faire progresser cette enquête par l'obtention d'autres informations qui pourraient alors être utilisées comme moyen de marchandage dans la poursuite de l'enquête¹⁴⁴.

La majorité de la Cour d'appel soulignait ainsi que le critère de *Hunter et autres c. Southam Inc.*, exigeant une cause probable de croire qu'un crime a été commis et que la perquisition permettrait d'obtenir une preuve de sa perpétration, ne convient pas au contexte de la sécurité nationale. Le juge minoritaire a quant à lui conclu que le libellé de la disposition de l'art. 21 posant comme condition que le ministre doit avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au SCRS de faire enquête sur des menaces pour la sécurité du Canada est « si large qu'il ne prévoit aucun critère objectif ». « Même en accordant à l'intérêt étatique

144 *Ibid.*, p. 151 et 152.

en cause toute l'importance qui lui revient, ajoutait-il, l'étendue de l'intrusion possible dans la vie privée du citoyen est entièrement disproportionnée¹⁴⁵ ».

Peu d'affaires publiques ont été décidées sous le régime de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS. L'Association canadienne des libertés civiles a contesté cet article au motif qu'il autorise des enquêtes attentatoires sur des activités non illicites, mais définies à l'art. 2 de cette loi comme constituant des « menaces envers la sécurité du Canada ». Le juge Potts a rejeté ces arguments, en se fondant principalement sur la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Atwal*. Il a conclu que les pouvoirs d'enquête attribués au SCRS ne violent, que ce soit par leur objet ou par leur effet, aucune des libertés fondamentales énumérées à l'art. 2 de la Charte. Selon lui, il n'y avait pas eu violation de l'art. 8 de la Charte, en partie parce qu'on ne pouvait supposer d'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée à propos d'activités publiques licites de revendication ou de protestation, et en partie parce que l'art. 21 prévoyait l'autorisation judiciaire préalable des perquisitions sur la base de critères objectifs et de témoignages sous serment¹⁴⁶. La Cour d'appel de l'Ontario, dans un arrêt dû au juge Charron, a rejeté l'appel interjeté par l'Association canadienne des libertés civiles, au motif que celle-ci n'avait pas qualité pour agir dans l'intérêt public, étant donné que les personnes directement intéressées pouvaient, comme dans l'affaire *Atwal*, porter la question devant les tribunaux. La juge Abella a exprimé sa dissidence relativement à la qualité pour agir, mais aurait rejeté l'appel de l'ACLC sur le fond au motif que celle-ci n'avait pas établi de fondement probatoire pour la violation supposée¹⁴⁷. Cependant, le fait que la question décidée dans *Atwal* n'ait pas été remise en litige au cours des vingt dernières années donne à penser qu'on n'a pas régulièrement essayé de faire admettre en preuve dans des procès criminels des communications interceptées par le SCRS.

On a saisi la Cour fédérale de certaines affaires touchant la bonne administration des mandats visés par l'art. 21. Dans l'une d'entre elles, le SCRS a demandé l'autorisation pour un employé du SCRS, soit le directeur général du contre-terrorisme, de remplacer par un visiteur étranger la personne désignée comme objet du mandat accordé au SCRS. La Cour fédérale a rejeté cette demande au motif de son incompatibilité

145 *Ibid.*, p. 153.

146 (1992), 8 O.R. (3d) 289 (Div. gén.), par. 101 et 116.

147 *Canadian Civil Liberties Association c. Canada* (1998) 126 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), par. 109.

avec l'objet de l'art. 21 consistant à garantir l'autorisation judiciaire de l'écoute électronique pratiquée sous le régime de la Loi sur le SCRS. Le juge McGillis a insisté sur le fait qu'il appartient au judiciaire d'autoriser le SCRS à pratiquer l'écoute électronique : la Loi sur le SCRS, a-t-il conclu, ne permet pas au directeur général d'autoriser une substitution de la nature demandée et, en tout état de cause, une telle disposition « contreviendrait à l'exigence constitutionnelle minimale établie dans *Hunter et autres c. Southam Inc.*, précité, en ce sens qu'elle habiliterait un employé du Service, qui, de par la nature même de son poste, exerce des pouvoirs d'enquête et non des pouvoirs judiciaires, à apprécier la preuve et à appliquer contre une personne l'ensemble des pouvoirs d'enquête intrusifs du mandat »¹⁴⁸. S'il y avait une preuve propre à convaincre un employé du SCRS qu'un visiteur déterminé représentait une menace pour la sécurité nationale, « cette même preuve [pouvait] tout aussi bien être présentée à un juge par voie de demande d'urgence ». « En fait, ajoutait la Cour, un juge est de service, vingt-quatre heures par jour, précisément pour l'audition de telles demandes. Le fait qu'il puisse être plus pratique qu'un employé du Service exerce ce pouvoir est absolument sans pertinence¹⁴⁹. » Cette affaire fait ressortir l'importance de l'autorisation judiciaire des perquisitions et interceptions opérées par le SCRS, facteur de première importance que l'État devrait prendre en considération dans le cas où il voudrait essayer ultérieurement d'utiliser aux fins d'un procès criminel pour terrorisme des renseignements obtenus au moyen d'un mandat octroyé à ce service.

De nombreuses questions se posent à propos des mandats octroyés au SCRS et de la possibilité que les renseignements obtenus en vertu de tels mandats soient dans certains cas être admis en preuve dans un procès criminel. L'une de ces questions consiste à établir si le régime même qui en règle l'octroi est conforme aux normes de la Charte. Comme nous le disions plus haut, la Cour d'appel fédérale était divisée sur cette question en 1987, et celle-ci n'a fait l'objet depuis d'aucune décision définitive. S'il est vrai que la jurisprudence de la Charte a considérablement évolué depuis 1987, les questions fondamentales en litige dans *Atwal* définissent encore les paramètres du débat. La question centrale reste celle de savoir si le critère de *Hunter et autres c. Southam Inc.*, soit l'existence d'une cause probable de croire qu'un crime a été commis, s'applique à l'interception de communications par les services de renseignement. On peut soutenir

148 Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re), [1997] A.C.F. no 1228 (1re inst.), par. 10.

149 *Ibid.*, par. 11.

avec une certaine justification que cet arrêt envisageait la nécessité d'appliquer un critère différent aux questions de sécurité nationale. Bien qu'il n'exige pas l'application intégrale du critère de l'arrêt Hunter, le régime du SCRS protège dans une certaine mesure la vie privée en posant la nécessité d'une autorisation judiciaire, y compris la condition spécifiée à l'al. 21(2)b) voulant que d'autres moyens moins attentatoires aux droits aient peu de chances de succès. En outre, les tribunaux n'appliquent pas en général le critère fondé sur la perpétration d'un crime à l'autorisation de fouilles ou visites légitimes sous un régime réglementaire. Cependant, on pourrait aussi soutenir que l'application du critère de l'arrêt Hunter fondé sur la perpétration d'un crime est nécessaire lorsque l'État veut produire dans un procès criminel les communications interceptées par le SCRS. Mais même si cet argument était accepté, l'État pourrait encore défendre l'écart par rapport au critère Hunter en invoquant l'article premier de la Charte.

L'article premier de la Charte

La défense du régime d'octroi de mandats au SCRS fondée sur l'article premier de la Charte serait probablement centrée sur l'importance des renseignements de sécurité pour la prévention par l'État des actes de terrorisme. L'objectif de prévention est urgent et réel, et le régime d'octroi de mandats au SCRS, qui exige moins que l'existence d'une cause probable de croire qu'un crime a été commis, a un lien rationnel avec cet objectif. Les questions cruciales, pour ce qui concerne l'article premier, seraient le point de savoir s'il existait un autre moyen raisonnable moins attentatoire aux droits garantis par l'art. 8, ainsi que l'équilibre global entre l'atteinte aux droits de la personne et les avantages du régime d'octroi de mandats au SCRS. Cette analyse pourrait donner à craindre que ce régime n'ait une portée excessive.

Le mandat du SCRS, pour ce qui concerne le terrorisme, est axé sur « les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger »¹⁵⁰. Cette disposition est centrée sur la violence grave contre des personnes ou des biens. Du fait qu'elle comprend la violence grave contre des biens, cette définition de l'activité terroriste est plus large que celle de l'art. 83.01 du Code criminel, qui se limite au fait de causer des « dommages matériels

150 *Loi sur le SCRS*, art. 2.

considérables » dans des circonstances telles qu'« il est probable » qu'il « en résultera » des blessures graves pour une personne ou la mort de celle-ci, la mise en danger de la vie d'une personne, ou des risques graves pour la santé ou la sécurité de la population. On pourrait cependant soutenir que la mission du SCRS, axée sur la prévention plutôt que sur la répression, justifie qu'on lui attribue un mandat plus large pour ce qui concerne les dommages matériels.

En outre, un juge de première instance a statué que la mention d'un but, d'un objectif ou d'une cause de nature politique, religieuse ou idéologique dans la définition de l'expression « activité terroriste », à l'art. 83.01 du Code criminel, constitue une violation injustifiée des libertés fondamentales¹⁵¹. Le Comité sénatorial spécial chargé de l'examen triennal de la Loi antiterroriste a aussi recommandé qu'on retranche de la Loi sur le SCRS la mention d'un objectif politique, religieux ou idéologique pour la remplacer par des termes plus neutres, définissant des actes conçus pour intimider une population ou forcer un État ou une organisation internationale à agir dans un sens déterminé¹⁵². Il faut cependant ajouter que le comité homologue de la Chambre des communes n'a formulé aucune recommandation de cette nature à l'issue de son propre examen triennal¹⁵³.

Un autre aspect de la définition des « menaces envers la sécurité du Canada » formulée dans la Loi sur le SCRS pourrait donner prise à une contestation au motif de la portée excessive : en effet, cette définition englobe implicitement les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui ont un lien avec les activités illicites menaçant la sécurité nationale. La Loi antiterroriste prévoit une exception plus large pour les activités menées dans le cadre « de revendications, de protestations ou de manifestation d'un désaccord ou d'un arrêt de travail » qui n'ont pas pour but de mettre en danger, de blesser gravement ou même de tuer une personne, ou encore de compromettre gravement la santé ou la sécurité de la population. On pourrait cependant défendre le caractère plus restreint de l'exception prévue par la Loi sur le SCRS en alléguant que la disposition en question ne criminalise pas les activités considérées, mais ne fait que définir le mandat d'enquête et de collecte d'informations d'un service de renseignement dépourvu de pouvoirs de police.

151 *R. c. Khawaja* (2006), 214 C.C.C.(3d) [C. sup. Ont.].

152 Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste, Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, février 2007.

153 *Droits, restrictions et sécurité : Un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes*, mars 2007.

La preuve obtenue par le SCRS au moyen de l'écoute électronique serait considérée comme une perquisition ou une fouille autorisée par la loi et, à moins de lacunes dans les affidavits ou dans la gestion des mandats, comme une perquisition effectuée de manière non abusive. De plus, pour obtenir un mandat, le SCRS doit démontrer qu'il en a besoin dans le cadre d'une enquête alors qu'il n'y a pas lieu de satisfaire à une telle exigence pour obtenir un mandat en vertu du Code criminel, dans le cadre d'une enquête relative au terrorisme. Vu la décision rendue à la majorité dans l'affaire *Atwal*, il est fort probable que les tribunaux concluent que, compte tenu du rôle qu'assument les organismes de renseignement, la loi est raisonnable.

Toutefois, si l'on cherchait à introduire dans le cadre d'un procès pénal des éléments de preuve que le SCRS a obtenus par écoute électronique, il serait important que le ministère public démontre que ce n'est pas dans le but d'éviter d'obtenir des autorisations en vertu du Code criminel qu'on a eu recours au processus d'écoute électronique du SCRS. Selon Stanley Cohen, les tribunaux pourraient s'appuyer sur une trilogie de décisions relatives aux inspections et aux perquisitions réglementaires, qui donnent à penser qu'une perquisition effectuée par le SCRS pourrait être raisonnable si son objectif principal n'est pas d'établir la responsabilité pénale, et qu'elle vise plutôt les objectifs « réglementaires » légitimes du SCRS en matière d'enquêtes sur les menaces à la sécurité du Canada. Les « fonctionnaires "franchissent le Rubicon" [et] l'examen crée [une] relation contradictoire entre le contribuable et l'État [lorsque] l'objet prédominant d'un examen consiste à établir la responsabilité pénale du contribuable »¹⁵⁴. Dans *Jarvis*, la Cour a indiqué qu'il n'existe pas de méthode claire pour décider si les critères du droit pénal s'appliquent et qu'à cet égard il faut apprécier l'ensemble des circonstances. Elle a en outre souligné que bien que la frontière puisse être franchie avant que des accusations ne soient portées, ce n'est pas simplement parce qu'il existe des motifs ou des soupçons permettant raisonnablement de croire qu'une infraction a été commise que les critères du droit pénal s'appliqueront. À cet égard, il y aurait lieu, entre autres facteurs, de tenir compte de l'existence de motifs raisonnables de porter des accusations, de la question de savoir si l'ensemble de la conduite des représentants de l'État donne à croire qu'ils procédaient à une enquête criminelle, de la nature des rapports entre les fonctionnaires (en l'espèce les membres du SCRS) et les enquêteurs criminels, et de l'utilité des renseignements recueillis pour établir la responsabilité pénale de la personne concernée.

154 *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, par. 88.

Bien qu'il ne soit pas déterminant, le fait que des membres du SCRS et de la GRC aient été en contact permettrait sans doute de conclure que « le Rubicon a été franchi ». La possibilité de porter des accusations criminelles, notamment en ce qui concerne les nouvelles infractions relatives au financement, à la participation à une infraction de terrorisme et au fait d'avoir chargé une personne de se livrer à une activité terroriste, pourrait également constituer un facteur donnant à penser que « le Rubicon a été franchi ». Dans les affaires de terrorisme, il paraît donc nécessaire d'exercer une surveillance étroite à l'égard des perquisitions du SCRS en vue de déterminer à compter de quel moment l'enquête constituera une enquête de nature criminelle. À ce stade, il faudrait obtenir un mandat en vertu du Code criminel étant donné que la Cour a signalé que « dès qu'un examen ou une question a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale [...], il faut utiliser les techniques d'enquête criminelle. À titre corollaire, toutes les garanties prévues par la Charte, pertinentes dans le contexte criminel, s'appliquent obligatoirement »¹⁵⁵.

Paragraphe 24(2) de la Charte

Si le tribunal conclut que les éléments de preuve que le SCRS a obtenus au moyen de l'écoute électronique violent l'art. 8 de la Charte et qu'ils ne sont pas justifiés en vertu de l'article premier, il demeure possible qu'ils soient admissibles en vertu du par. 24(2) de la Charte. Cette disposition prévoit que les éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle doivent être écartés dans tous les cas où leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La Cour a établi une distinction entre l'admission d'éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle selon qu'ils ont ou non été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. Ainsi, l'admission d'éléments de preuve obtenus par mobilisation de l'accusé contre lui-même compromettra généralement l'équité du procès et commandera leur exclusion, alors que les éléments de preuve n'ayant pas été ainsi obtenus ne seront écartés qu'une fois pondérées la gravité de la violation, d'une part, et les répercussions négatives qu'aurait l'exclusion, d'autre part.

Dans *R. c. Duarte*¹⁵⁶, la Cour a admis en preuve les éléments recueillis au moyen de la surveillance électronique malgré qu'elle ait conclu qu'ils avaient été obtenus en violation de l'art. 8 de la Charte. Elle n'a pas appliqué le critère du procès équitable et a plutôt conclu que l'admission

155 *Ibid.*, par. 98.

156 [1990] 1 R.C.S. 30.

de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice parce que le service de police, qui s'était appuyée sur une loi présumée valide, avait agi de bonne foi en ne soumettant pas la surveillance participative aux exigences du Code criminel en matière de mandat. En 1995, la Cour a de nouveau admis en preuve des éléments de preuve obtenus en utilisant, en violation de l'art. 8, la surveillance participative électronique. Elle a conclu qu'il « appert nettement que l'utilisation de la preuve n'a pas porté atteinte à l'équité du procès. Même en faisant un gros effort d'imagination, on ne peut dire que l'appelant a été forcé de s'incriminer dans ces conversations »¹⁵⁷. D'autres tribunaux ont statué que ce raisonnement s'applique à la surveillance électronique effectuée de façon inconstitutionnelle au motif que bien que les déclarations de l'accusé aient été enregistrées par l'État, celles-ci ont été faites sans que ce dernier intervienne¹⁵⁸.

Même si l'on estime qu'elle a été recueillie par suite d'une violation injustifiée de l'art. 8 de la Charte, la preuve obtenue en vertu d'un mandat décerné à la demande du SCRS ne sera vraisemblablement pas considérée avoir été obtenue par mobilisation de l'accusé. Dans ce cas, pour décider de l'admissibilité de la preuve il faudrait mettre en balance la gravité de la violation et les répercussions négatives de son admission. Les tribunaux ont par le passé jugé que le fait de s'appuyer de bonne foi sur des textes législatifs et des mandats avait pour effet d'atténuer la gravité de la violation. Ils ont également jugé que l'importance que revêtent la preuve et la gravité des accusations constituent des facteurs ayant pour effet d'augmenter, sur le plan de l'administration de la justice, les répercussions négatives qu'implique l'admission d'éléments de preuve obtenus de façon inconstitutionnelle.

Dans l'affaire *Air India*, le juge Josephson a statué que le mandat de perquisition exécuté contre M. Reyat violait l'art. 8 de la Charte du fait qu'aucun délai n'y était prévu pour effectuer la perquisition, mais que les éléments de preuve recueillis étaient quand même admissibles aux termes du par. 24(2) parce que leur utilisation ne compromettrait pas l'équité du procès et que la violation n'était pas grave. Il a conclu que le fait que l'affidavit comporte une déclaration inexacte indiquant, en ce qui concerne les renseignements recueillis par le SCRS grâce à l'écoute électronique, qu'ils provenaient d'une source confidentielle et fiable dont l'identité ne pouvait être révélée pour des raisons de sécurité, ne

157 *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422, par. 55.

158 *R. c. Pope* (1998) 129 C.C.C.(3d) 59, par. 8 (C.A. Alb.).

constituaient pas une violation de l'art. 8 de la Charte, mais il aurait pu de toute façon conclure, si cette approche avait été à l'origine d'une violation des droits garantis par l'art. 8 de la Charte, qu'il ne s'agissait pas d'un cas où il y avait lieu d'exclure la preuve en vertu du par. 24(2) en vue d'éviter de tolérer une grave violation de la Charte¹⁵⁹. Cette décision confirme le rôle central que pourrait jouer le par. 24(2) dans un cas particulier. Cela dit, il se pourrait que le par. 24(2) soit d'une utilité limitée en ce qui concerne l'admission en preuve de renseignements obtenus par le SCRS dans des affaires pénales parce que le gouvernement pourra de plus en plus difficilement faire valoir, dans les cas où il y a eu violation de la Charte, qu'il s'est de bonne foi appuyé sur le mandat obtenu sous le régime applicable au SCRS.

Utilisation et divulgation d'un mandat obtenu par le SCRS : analyse de l'arrêt R. c. Atwal

L'affaire Atwal démontre que des éléments que le SCRS a obtenus par écoute électronique pourraient être admis en preuve dans le cadre d'un procès relatif à une infraction de terrorisme, mais que cela emporte comme conséquence la divulgation des documents utilisés à l'appui de la demande de mandat. Comme nous le verrons, dans cette affaire, la preuve que le SCRS avait obtenue grâce à l'écoute électronique n'a jamais été utilisée dans le cadre d'un procès pénal, et ce, non pas parce que le régime en vertu duquel le SCRS obtient des mandats posait problème sur le plan constitutionnel, mais plutôt en raison de problèmes liés au fait que l'affidavit à l'appui de la demande de mandat contenait des renseignements faux et trompeurs.

Quatre sikhs ont été accusés de tentative de meurtre après avoir tiré sur M. Malkiad Singh Sidhu, ministre de la planification de l'État indien du Pendjab, le 25 mai 1986, pendant que ce dernier était en visite en Colombie-Britannique. Les quatre hommes n'ont pas été arrêtés sur la foi

¹⁵⁹ Il souligne qu'il [traduction] « [n'aurait] pas jugé que cette technique de rédaction était *délibérément trompeuse* ». Cette expression suppose une conduite frauduleuse ou malhonnête. Je reconnais que le dénonciateur devait compter sur le SCRS pour rédiger la dénonciation. En 1985, le SCRS avait été créé depuis peu. Les rapports entre la GRC et le SCRS n'étaient pas clairs et créaient de la confusion dans le cadre de l'enquête sur la tragédie d'Air India. Bien que je ne sois pas en mesure de déterminer s'il était raisonnable que le rôle joué par le SCRS soit gardé secret, le dénonciateur n'avait guère d'autre choix que d'accepter une telle condition. La solution de rechange aurait consisté à ne pas utiliser les éléments de preuve recueillis par le SCRS, ce qui aurait diminué de façon importante les chances d'obtenir les mandats de perquisition. Devant ce dilemme, ils ont agi de façon raisonnable. Le recours à un libellé masquant la participation du SCRS était, comme plusieurs autres aspects de cette affaire, une mesure sans précédent et unique, ayant peu de chance de se reproduire. » *R. c. Malik*, 2002 BCSC 1731, par. 71

de renseignements obtenus par le SCRS ou grâce à l'écoute électronique effectuée par l'organisme, mais plutôt parce qu'ils ont été appréhendés par la police peu après la tentative de meurtre. Le 27 février 1987, un jury a déclaré les quatre accusés coupables de tentative de meurtre. Le ministère public s'est appuyé sur une preuve matérielle établissant un lien entre les quatre hommes et une automobile abandonnée sur la scène du crime¹⁶⁰. Chacun des accusés a été condamné à purger une peine de 20 ans de prison. Cette peine a par la suite été confirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, notamment au motif que deux hommes reconnus coupables d'avoir comploté pour faire exploser un avion d'Air India avaient été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité en 1986¹⁶¹.

Par la suite, en septembre 1986, des accusations de complot en vue de commettre un meurtre ont également été portées contre les quatre hommes et cinq autres individus, dont Harjit Singh Atwal, après que le SCRS eut communiqué à la police des éléments de preuve incriminants, obtenus par écoute électronique, concernant un complot visant à tuer M. Sidhu. L'accusation de complot a été dissociée de l'accusation de tentative de meurtre portée contre les quatre hommes arrêtés sur la scène du crime. Cette décision a été prise notamment en raison des difficultés pouvant résulter du fait que les différentes infractions n'étaient pas nécessairement assujetties aux mêmes normes de preuve¹⁶². L'arrêt Atwal montre également que la nature des accusations influe sur la nécessité d'utiliser des renseignements de sécurité dans un procès pénal. Ainsi, l'accusation de complot reposait sur les renseignements que le SCRS avait obtenus par écoute électronique alors que l'accusation de tentative de meurtre reposait sur des éléments de preuve matérielle.

Le ministère public n'a pu donner suite à l'accusation de complot et l'a laissée en suspens après que des représentants du SCRS eurent indiqué que des renseignements trompeurs figuraient dans l'affidavit utilisé pour

160 *R. c. Dhindsa*, [1989] B.C.J. No. 2194, rejetant l'appel formé à l'encontre de la déclaration de culpabilité. Il semble que ce ne soit pas grâce aux renseignements incriminants que le SCRS avait recueillis par écoute électronique que la GRC a réussi à arrêter les quatre délinquants. À l'époque, on a rapporté que le SCRS n'avait pas informé la GRC des menaces qui pesaient contre le ministre indien en visite au Canada. MACDONALD, Neil, « Spy Agency kept Indian Minister's visit secret from GRC », *Ottawa Citizen*, 15 sept. 1987, p. A1.

161 *R. c. Atwal*, [1990] B.C.J. No. 526.

162 *R. c. Atwal*, [1987] B.C.J. No. 397. L'affaire a été renvoyée à New Westminster en vertu d'une ordonnance de changement du lieu du procès.

obtenir le mandat en vertu de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS¹⁶³. Le ministère public comptait sur la preuve obtenue sur la foi du mandat du SCRS, rédigé en termes larges. Le mandat du SCRS visait non seulement la maison de M. Atwal, mais aussi d'autres endroits où il était susceptible de se trouver¹⁶⁴. M. Atwal avait présenté une demande devant la Cour fédérale (qui avait décerné le mandat) en vue de faire annuler le mandat. Le juge ayant délivré le mandat a refusé de l'annuler. En appel, la Cour d'appel fédérale a statué à deux contre un que l'art. 21 de la Loi sur le SCRS ne violait pas l'art. 8 de la Charte. La Cour d'appel a rejeté divers arguments relatifs à la validité du mandat, ressortant à la lecture de celui-ci, en partie au motif qu'on pouvait inférer que le juge l'ayant décerné avait tenu compte des exigences des al. 21(2)a) et b) de la Loi. Elle s'est également appuyée sur la décision américaine selon laquelle [traduction] « [...] la surveillance interne visant la sécurité peut mettre en jeu des considérations de politique ainsi que des considérations pratiques différentes de celles qui régissent la surveillance relative au crime ordinaire. La collecte des renseignements de sécurité s'inscrit souvent dans un processus à long terme et met en jeu les rapports réciproques entre diverses sources et divers types d'informations. [...] la collecte de renseignements internes vise souvent à prévenir les activités illégales ou à accroître l'aptitude du Gouvernement à faire face à quelque crise ou urgence éventuelle. Ainsi, la surveillance interne peut avoir un objet moins bien défini que celle qui se rapporte à des types de crimes plus courants¹⁶⁵ ».

La Cour d'appel a annulé la décision du juge selon laquelle l'affidavit utilisé à l'appui de la demande de mandat du SCRS ne devait pas être divulgué. Le juge du procès avait refusé la communication de l'affidavit au motif qu'il portait :

sur le terrorisme politique qui faisait l'objet d'une enquête dans l'intérêt de la sécurité nationale. La divulgation de l'affidavit pourrait fort bien provoquer la révélation de méthodes d'enquête en matière de sécurité qui serait susceptible de nuire considérablement à l'efficacité de la présente enquête de sécurité et d'autres enquêtes éventuelles. On ne saurait nier ni méconnaître combien

163 Ted Finn, le premier directeur du SCRS, a démissionné par suite de cette divulgation. À leur sortie de prison, les deux hommes ont été accueillis par Talwinder Singh Parmar. Kim Bolan, « Separatist slogans welcome free Sikhs », *Vancouver Sun*, 16 sept. 1987, p. E8.

164 GLAVIN, Terry, « Eavesdropping legality upheld », *Vancouver Sun*, 1er mai 1987, p. A11.

165 *R. c. Atwal* (1987) 36 C.C.C.(3d) 161, [1988] 1 CF 107, p. 178 citant un extrait de la décision *U.S. c. U.S. District Court*, 407 U.S. 292, p. 322 (1972).

il est important pour le public que le Service de sécurité conserve et voit protégée sa capacité de remplir l'important et difficile mandat que lui a confié la Loi sur le SCRS dans l'intérêt de la sécurité nationale¹⁶⁶.

Le juge Mahoney, de la Cour d'appel fédérale, n'a pas retenu le point de vue du juge du procès au motif que les « fins de la sécurité nationale ne sont pas équivalentes à celles de la justice »¹⁶⁷. Selon lui, pour contester l'affidavit l'accusé devait disposer des moyens dont il disposerait au procès. On peut en conclure que bien que les renseignements recueillis sur la foi d'un mandat obtenu par le SCRS puissent dans certains cas être utilisés en preuve, il peut être nécessaire, pour qu'ils soient admissibles, que l'ensemble des renseignements recueillis ainsi que les raisons qui ont motivé leur collecte soient divulgués.

L'ordonnance de divulgation de la Cour d'appel fédérale n'était pas absolue. La Cour a indiqué que la « seule restriction à la communication imposée par la Loi est l'interdiction absolue de la communication par quiconque des informations à partir desquelles peut être inférée l'identité d'un informateur ou d'un employé occupé à des activités opérationnelles cachées. La Cour devrait respecter cette prohibition »¹⁶⁸. La Cour d'appel fédérale a décidé que le juge qui avait délivré le mandat devait communiquer l'affidavit à M. Atwal « après y avoir supprimé tout renseignement qui [permettrait] de découvrir l'identité d'une personne visée aux al. 18(1)a) et/ou b) de la Loi »¹⁶⁹. De plus, la communication a été ordonnée sous réserve de l'immunité d'intérêt public que le procureur général était susceptible de pouvoir invoquer en vertu de la Loi sur la preuve au Canada, immunité qui n'a jamais été revendiquée. Quoi qu'il en soit, le ministère public n'a pas non plus invoqué la preuve obtenue par écoute électronique en cour. Le mandat d'écoute électronique a été annulé lorsque le procureur général du Canada a fait savoir qu'il avait été obtenu sur la foi de faux renseignements, de sorte que le procureur général de la province a choisi de ne pas poursuivre l'affaire. Il aurait pu faire valoir que des communications interceptées de cette façon pouvaient quand même être admises aux termes du par. 24(2) de la Charte, mais une fois admise l'inexactitude des renseignements figurant

166 *Ibid.*, p. 189.

167 *Ibid.*, p. 190.

168 *Ibid.*, p. 186. La Cour faisait référence aux restrictions prévues au par. 18(1) de la *Loi sur le SCRS*. Ces restrictions ne sont toutefois pas absolues : la communication est permise dans les cas prévus à l'art. 19, notamment aux policiers et aux procureurs généraux des provinces dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite.

169 *Ibid.*, p. 192.

dans l'affidavit à l'appui de la demande de mandat du SCRS, il aurait été difficile de prétendre que la violation des droits garantis par la Charte n'était pas grave ou qu'elle avait été commise de bonne foi.

L'analyse de l'arrêt Atwal se révèle utile à plusieurs égards. Premièrement, elle démontre que la preuve que le SCRS obtient par l'écoute électronique pourrait être utilisée dans le cadre de certains procès pénaux. Toutefois, en dépit du fait que devant la Cour fédérale il n'ait pas réussi à faire déclarer le mandat invalide, l'accusé aurait peut-être pu s'opposer au mandat, y compris sa clause de portée générale, avant que le juge du procès ne permette la production des renseignements obtenus par écoute électronique. Pour ce faire, il aurait fait valoir que bien que le mandat du SCRS soit à sa lecture raisonnable, la perquisition en tant que telle était, compte tenu de sa portée et des méthodes retenues, déraisonnable. Le long litige devant la Cour fédérale concernant le mandat n'aurait donc pas nécessairement réglé la question de son admissibilité dans le cadre du procès.

De plus, la tentative d'utiliser en preuve les renseignements que le SCRS a recueillis par écoute électronique a eu d'autres conséquences. L'une d'elles est que l'accusé a fait valoir que l'art. 21 de la Loi sur le SCRS constituait une violation injustifiée de l'art. 8 de la Charte. Ainsi, compte tenu du fait que le régime applicable au SCRS suscitera des contestations fondées sur la Charte, il serait sans doute préférable de recourir dans la mesure du possible à des mandats décernés en vertu du Code criminel, ceux-ci ayant à maintes reprises été déclarés valides dans le cadre de telles contestations. Cela dit, la structure de la Charte offre quand même à l'État plusieurs façons de justifier l'utilisation, dans le cadre de procès pénaux, de renseignements obtenus par le SCRS au moyen de l'écoute électronique. Comme nous l'avons déjà signalé, si un tribunal concluait que l'art. 21 contrevient à l'art. 8 de la Charte, le gouvernement pourrait faire valoir que la disposition constitue une limite raisonnable. De plus, advenant le rejet de cet argument, le gouvernement pourrait arguer que la preuve obtenue par écoute électronique est admissible aux termes du par. 24(2) de la Charte en tant que preuve ayant été obtenue de bonne foi, sur le fondement d'une loi et d'un mandat valides, sans mobiliser l'accusé contre lui-même. C'est en raison d'un contexte factuel particulier, qui ne devrait pas se reproduire à l'avenir, que l'argument reposant sur la bonne foi ne pouvait être invoqué dans l'affaire Atwal.

Deuxièmement, l'analyse de l'arrêt Atwal démontre que la divulgation sera vraisemblablement une conséquence nécessaire de l'utilisation des

renseignements de sécurité en preuve. La Cour d'appel fédérale a conclu à l'unanimité que l'affidavit à l'appui de la demande de mandat du SCRS devait être communiqué à l'accusé pour lui permettre de contester la légalité et la constitutionnalité du mandat. Comme nous le verrons dans le cadre de la décision *Parmar*, la communication de ces renseignements est assujettie à des normes semblables à celles qui s'appliquent sous le régime du Code criminel en ce qui concerne les mandats d'écoute électronique. La communication des renseignements est nécessaire pour respecter le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, mais il ne s'agit pas d'un principe absolu. Les tribunaux réviseraient l'affidavit de manière à ce que, conformément à l'art. 18 de la Loi sur le SCRS, la divulgation ne permette pas de découvrir l'identité des personnes ayant fourni des informations à titre confidentiel ou d'un employé du SCRS ayant pris part à des activités opérationnelles cachées. Toutefois, une telle révision pourrait aussi faire en sorte que les renseignements provenant de ces sources confidentielles ne puissent être utilisés en vue d'obtenir le mandat et, dans certains cas, que le tribunal conclut qu'il a été décerné en violation de la loi ou de la Constitution. Par ailleurs, une telle conclusion ne serait pas nécessairement décisive étant donné que le ministère public pourrait quand même faire valoir que l'admission de la preuve obtenue en violation de la Constitution ne déconsidérerait pas l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la Charte.

L'ordonnance de divulgation de la Cour d'appel fédérale tenait également compte de la question de la sécurité nationale en reconnaissant qu'il était loisible au procureur général du Canada de présenter une demande visant à obtenir une ordonnance de non-divulgation en vertu de la Loi sur la preuve au Canada (LPC), soit maintenant les art. 37 ou 38. Une telle ordonnance impliquerait également que les renseignements confidentiels ne peuvent servir à justifier le mandat et qu'il peut y avoir lieu de décider de l'admissibilité de la preuve dans le cadre du par. 24(2). Comme nous le constaterons plus loin, une demande de non-divulgation fondée sur l'art. 38 de la LPC nécessiterait qu'une procédure distincte soit engagée devant la Cour fédérale.

L'analyse de l'arrêt *Atwal* démontre comment l'utilisation de renseignements de sécurité comme éléments de preuve est liée à l'obligation de communiquer les informations pertinentes à l'accusé. Elle témoigne également du lien étroit entre cette obligation et les moyens prévus aux art. 37 et 38 de la LPC, dans les cas où des raisons d'intérêt public, y compris le caractère confidentiel des renseignements pour des raisons de sécurité nationale, justifie la non-divulgation.

En bref, dans le cadre de poursuites relatives à des infractions de terrorisme, on peut avoir recours à plusieurs processus, qui n'ont pas de lien au plan analytique et juridique, mais qui en ont sur le plan fonctionnel. L'utilisation en preuve de renseignements de sécurité rend nécessaire la divulgation. Il ne s'agit pas d'une obligation corollaire absolue, mais la divulgation, partielle ou totale, suppose 1) le recours aux tribunaux pour juger de l'existence de raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation; 2) l'impossibilité d'invoquer les éléments de preuve en question à l'appui d'une demande de mandat ou d'une poursuite; 3) que le juge du procès détermine si la non-divulgation est justifiée aux termes du par. 24(1) ou du par. 24(2) de la Charte.

Renseignements recueillis et conservés en application de l'art. 12 de la Loi sur le SCRS

L'article 12 de la Loi sur le SCRS autorise celui-ci à recueillir [...] au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire [...] [des] informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada [...] ». Il l'autorise également à analyser et à conserver les données ainsi recueillies. Cette disposition pourrait en tant que telle être contestée en vertu de la Charte ou encore faire l'objet d'une contestation lorsque le ministère public cherche à déposer en preuve dans le cadre d'un procès pénal des informations ou des renseignements que le SCRS a initialement recueillis.

Il faudrait d'abord déterminer si l'enquête ou les actes du SCRS ont porté atteinte aux attentes raisonnables de l'accusé en matière de vie privée. Les tribunaux pourraient vraisemblablement conclure que des renseignements provenant de source ouverte, à tout le moins dans la mesure où ils ne concernent pas un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel, ne portent pas atteinte à de telles attentes¹⁷⁰. Dans le cas contraire, les activités du SCRS constitueraient alors une fouille ou une perquisition au sens de l'art. 8 de la Charte qui doit être légalement autorisée suivant les normes de cette disposition et effectuée de façon non abusive¹⁷¹. Les renseignements ou les informations obtenus en vertu de l'art. 12 seraient légalement recueillis pour autant qu'il existait, comme l'exige la loi, des motifs raisonnables de soupçonner que les

¹⁷⁰ *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Tessling*, [2004] 4 R.C.S. 432.

¹⁷¹ *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

activités en cause constituaient des menaces envers la sécurité du Canada et que la collecte des informations était « strictement nécessaire ». Cette norme légale, selon laquelle la collecte doit être « strictement nécessaire », impose des limites quant à la collecte des informations. Cependant, une fois celles-ci recueillies, le SCRS a l'obligation de les analyser ainsi que de conserver celles qui ne sont pas « strictement nécessaires ». Il est d'ailleurs préférable que l'analyse ne concerne que les renseignements « strictement nécessaires ». La conservation des informations est une question complexe, mais comme nous le verrons dans la deuxième partie de la présente étude, dans certaines circonstances, il peut y avoir lieu, en vertu de l'art. 7 de la Charte, de conserver les renseignements devant être communiqués à l'accusé.

L'article 12 de la Loi sur le SCRS exige simplement que celui-ci ait des motifs raisonnables de soupçonner l'existence de menaces envers la sécurité du Canada plutôt que d'exiger qu'il ait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Si les tribunaux appliquent les normes de droit pénal énoncées dans *Hunter c. Southam*, il est possible qu'ils concluent que les renseignements recueillis en vertu de l'art. 12 violent l'art. 8 de la Charte. Il est par contre également possible qu'ils concluent que la collecte des informations en vertu de l'art. 12 était le fruit de l'exercice légitime de pouvoirs réglementaires conférés à cet égard. Un argument en ce sens aurait plus de poids dans les cas où les autorités n'auraient pas, comme nous l'avons vu plus haut, « franchi le Rubicon » et que la collecte n'avait pas pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale. L'obligation que le SCRS a en vertu de l'art. 12 de recueillir des informations uniquement « dans la mesure strictement nécessaire » renforcerait également l'argument selon lequel cette disposition ne viole pas l'art. 8 de la Charte. À l'instar de l'utilisation d'éléments de preuve obtenus grâce à des mandats décernés en vertu de l'art. 21, il faudrait, pour utiliser des éléments recueillis en vertu de l'art. 12, divulguer des renseignements concernant l'enquête menée par le SCRS de façon à ce que l'accusé puisse déterminer si les informations recueillies sont fiables et dans quel contexte elles ont été obtenues. Notons enfin que l'obligation de divulgation comporte également l'obligation de conserver les renseignements.

Si la collecte des renseignements reposent sur du oui-dire, les tribunaux devront déterminer, au cas par cas, si les éléments de preuve recueillis sont suffisamment fiables, et nécessaires, pour justifier leur admission

dans le cadre d'un procès pénal¹⁷². Pour apprécier la fiabilité de la preuve, il faudrait vraisemblablement tenir compte des conditions dans lesquelles les renseignements ont été recueillis. Les renseignements obtenus sous la torture, même infligée par des tiers, seraient inadmissibles, mais le statut d'une preuve découlant de la torture est moins clair¹⁷³. Le fait que les renseignements aient été corroborés pourrait militer en faveur de leur admissibilité¹⁷⁴. Pour déterminer s'il est nécessaire de produire des renseignements de sécurité dans le cadre d'un procès pénal, il peut aussi y avoir lieu de déterminer pourquoi la preuve a été recueillie par le SCRS plutôt que par des enquêteurs de police. Les informations recueillies par le SCRS de manière légale, qui ne visaient pas les activités criminelles d'individus donnés, pourraient être plus facilement admises en preuve que les informations visant à établir la responsabilité pénale.

Dans certains cas, il faudrait en outre faire témoigner des agents du SCRS pour produire les éléments de preuve que le service a recueillis. Comme ce fut le cas au Royaume-Uni à l'égard du personnel du MI5, des mesures pourraient être prises pour que l'identité des employés du SCRS ne soit pas divulguée au public, en veillant toutefois à communiquer à l'accusé suffisamment de renseignements concernant les témoins pour qu'il puisse procéder à des contre-interrogatoires utiles et attaquer la crédibilité des personnes interrogées.

Renseignements de sécurité recueillis par le CST en vertu d'une autorisation ministérielle

Le paragraphe 273.65(1) de la Loi sur la défense nationale, modifiée en 2001 par la Loi antiterroriste, prévoit que le ministre de la Défense « peut, dans le seul but d'obtenir des renseignements étrangers, autoriser par écrit le Centre de la sécurité des télécommunications à intercepter des communications privées liées à une activité ou une catégorie d'activités qu'il mentionne expressément ». En outre, le paragraphe 273.65(2) prévoit ce qui suit :

172 *R. c. Starr*, [2000] 2 R.C.S. 144.

173 *A. c. Secretary of State* 2005 UKHL 71; *Code criminel*, par. 269.1(4).

174 *R. c. Khelawan*, [2006] 2 R.C.S. 787.

- 2) Le ministre ne peut donner une autorisation que s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :
- a) l'interception vise des entités étrangères situées à l'extérieur du Canada;
 - b) les renseignements à obtenir ne peuvent raisonnablement être obtenus d'une autre manière;
 - c) la valeur des renseignements étrangers que l'on espère obtenir grâce à l'interception justifie l'interception envisagée;
 - d) il existe des mesures satisfaisantes pour protéger la vie privée des Canadiens et pour faire en sorte que les communications privées ne seront utilisées ou conservées que si elles sont essentielles aux affaires internationales, à la défense ou à la sécurité.

Bien que l'interception doive viser des entités étrangères, le Canada conserve le pouvoir, en vertu de la Loi antiterroriste, d'intenter des poursuites contre des étrangers en ce qui concerne des actes de terrorisme commis à l'extérieur du Canada. De plus, en 2001 le CST s'est vu conférer le pouvoir d'intercepter les communications privées d'entités étrangères même dans les cas où l'un des interlocuteurs se trouve au Canada. Le paragraphe 273.65(5) prévoit que le « ministre peut assortir une autorisation des modalités qu'il estime souhaitables pour protéger la vie privée des Canadiens, notamment des mesures additionnelles pour limiter l'utilisation et la conservation des renseignements provenant des communications privées interceptées, l'accès à ces renseignements et leur mode de divulgation ».

Il est clair que cette disposition pourrait se traduire par une violation de la vie privée, y compris celle de Canadiens qui participent à une conversation étrangère visée par une autorisation ministérielle. Comme en ce qui a trait à la constitutionnalité de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS, le sort des informations recueillies dépendra en grande partie de la volonté des tribunaux de faire exception aux règles énoncées dans l'arrêt *Hunter c. Southam* en matière de sécurité nationale. Une contestation fondée sur la Charte est plus susceptible de porter fruit à l'égard de l'art. 273.65 de la LDN qu'à l'égard de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS, parce qu'aux termes de l'art. 273.65 il n'est pas nécessaire d'obtenir une autorisation judiciaire préalable. L'article 273.65 comporte toutefois un certain nombre de

conditions, notamment que l'interception réponde aux impératifs d'une enquête et qu'elle soit justifiée compte tenu de la valeur des renseignements étrangers visés, et qu'il existe des mesures satisfaisantes pour protéger la vie privée des Canadiens. Les autorisations accordées au CST, comme les mandats décernés au SCRS, ne sont pas conditionnels à l'existence de motifs raisonnables de croire qu'un crime a été commis ou de soupçons en ce sens, mais plutôt au fait qu'il n'existe pas d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements recherchés¹⁷⁵. De plus, pour obtenir des renseignements d'origine électromagnétique les principaux alliés du Canada s'appuient sur des autorisations ministérielles plutôt que sur des autorisations judiciaires¹⁷⁶. Enfin, il est possible que les tribunaux interprètent la disposition de manière à ce qu'elle comporte des exigences additionnelles visant à protéger la vie privée¹⁷⁷.

Selon les renseignements fournis au Comité sénatorial spécial chargé de réviser la Loi antiterroriste, un maximum de 20 autorisations ministérielles ont été accordées en vertu de cette loi, et en date du mois d'avril 2005 seulement cinq d'entre elles étaient actives. La Commission Arar quant à elle nous apprend qu'au mois de mars 2006 seulement quatre autorisations afférentes au mandat du CSE en matière de collecte de renseignements étaient actives¹⁷⁸. Étant donné que peu d'autorisations ont été accordées, il est possible qu'un tribunal conclut, dans un cas particulier et selon la portée précise de l'autorisation, que les enquêteurs ont « franchi le Rubicon » et qu'ils cherchaient à recueillir des renseignements visant à établir la responsabilité pénale d'un individu.

Le Comité sénatorial spécial a rejeté les arguments en faveur d'une autorisation judiciaire parce qu'à l'heure actuelle les mandats décernés en droit canadien n'ont pas de portée extraterritoriale¹⁷⁹. Les lois canadiennes pourraient cependant être modifiées de manière à exiger l'obtention d'une telle autorisation. On pourrait envisager d'offrir la

¹⁷⁵ Le Comité sénatorial spécial a recommandé que des modifications soient apportées aux par. 273.65(2) et (4) de la *Loi sur la défense nationale* de façon à exiger que les autorisations ministérielles soient accordées sur le fondement d'une « croyance raisonnable ou [de] soupçons raisonnables », mais sans préciser si cette croyance ou ces soupçons auraient trait à des menaces à la sécurité du Canada ou à la perpétration d'un crime. Voir : Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste, Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, février 2007, recommandation 18.

¹⁷⁶ Stanley Cohen, *op. cit.* p. 231.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 236.

¹⁷⁸ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 162.

¹⁷⁹ L'article 273.69 prévoit que la « partie VI du *Code criminel* ne s'applique pas à l'interception de communications autorisée sous le régime de la présente partie ni à la communication elle-même ».

possibilité d'obtenir des mandats dans les cas appropriés ou de décerner des mandats pour faire en sorte que le CST soit tenu de conserver les renseignements s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils pourraient servir à prouver qu'un crime a été commis¹⁸⁰. Afin de protéger la vie privée des Canadiens, le Comité sénatorial spécial a recommandé que le CST se dote de « politiques relatives à la conservation et à la suppression des renseignements ». Bien qu'elles servent des intérêts légitimes, de telles politiques devraient aussi tenir compte du fait que les renseignements obtenus par le CST peuvent par la suite être utiles dans le cadre d'une enquête pénale relative à un acte terroriste. On peut certes s'attendre à ce que l'accusé s'appuie sur la Charte pour s'opposer avec vigueur à toute tentative de faire admettre en preuve des renseignements obtenus par le CST en vertu d'une autorisation ministérielle, mais il n'en demeure pas moins nécessaire, comme en témoigne l'affaire Air India, où plusieurs bandes d'écoute électronique ont été effacées, d'adopter des politiques claires et de prendre des mesures concrètes concernant la conservation de renseignements susceptibles de se révéler utiles dans le cadre d'une enquête pénale effectuée au Canada ou à l'étranger. Au lieu de les supprimer, il serait préférable de conserver les renseignements et de faire trancher dans le cadre d'un procès ultérieur la question de savoir s'ils seront ultimement admissibles en preuve. La conservation des renseignements peut avoir des répercussions négatives en matière de respect de la vie privée, mais il est possible de prendre des mesures pour circonscrire les menaces à cet égard, par exemple en restreignant l'accès à de tels renseignements.

Les observations qui précèdent concernent l'un des principaux thèmes de la présente étude, à savoir la nécessité de mettre à jour les pratiques des services de renseignement de façon à tenir compte de la menace majeure que constitue le terrorisme pour la sécurité publique et de l'existence de nouvelles infractions de terrorisme. Il importe de signaler qu'en adoptant la Loi antiterroriste, le Canada confirme avoir compétence pour intenter des poursuites relativement à des infractions de terrorisme commises à l'extérieur du Canada. Compte tenu de la nature du terrorisme international et de la menace qu'il représente, cette approche peut sans aucun doute se justifier, mais en même temps il peut y avoir lieu de revoir le régime des autorisations ministérielles applicable au CST. Les policiers devraient à tout le moins être au courant que le SCRS et le CST sont

180 Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste, Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, février 2007, p. 85, recommandation 19.

susceptibles d'avoir en leur possession des renseignements pouvant constituer des éléments de preuve. Si besoin est, il faudrait préserver ces renseignements en obtenant un mandat en vertu du Code criminel, bien qu'il faille s'attendre à ce que, dans le cadre d'une poursuite relative à une infraction de terrorisme, l'accusé s'oppose à leur production sur le fondement de la Charte.

Lors d'un procès subséquent, les renseignements ne seraient pas automatiquement admis en preuve du fait qu'un mandat a été décerné par un juge. Il serait loisible à l'accusé de faire valoir que la preuve a été obtenue en violation des dispositions de la Charte, dont l'art. 8, et qu'elle devrait être écartée en vertu du par. 24(2). Le mandat délivré par un juge peut néanmoins constituer une démarche préliminaire importante en vue de faire admettre en preuve les renseignements dans le cadre d'un procès pénal. Dans les cas où l'on a eu recours au mandat et à l'autorisation judiciaire prévue à la LDN, le ministère public pourrait faire valoir que bien que les renseignements d'origine électromagnétique aient été obtenus en violation de l'art. 8 de la Charte, leur admission dans le cadre d'un procès relatif à des infractions de terrorisme ne déconsidérerait pas l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la Charte.

L'admissibilité des renseignements d'origine électromagnétique

Il ressort de la Commission Arar que le CST peut à l'occasion, à la demande de la GRC, solliciter des renseignements de ses homologues étrangers et que « si les renseignements provenant de ces sources sont conformes au mandat de la GRC, le CST peut les lui communiquer »¹⁸¹. Les renseignements obtenus par des services de renseignement étrangers, même s'ils collaborent avec les autorités canadiennes, ne seraient pas assujettis en tant que tels aux normes établies par la Charte¹⁸². Par contre, l'accusé qui subit un procès au Canada pourrait faire valoir que l'admission en preuve de ces renseignements constituerait un abus de procédure ou une violation des droits que lui garantit la Charte.

Les tribunaux canadiens pourraient accepter en preuve des communications interceptées par un service étranger si les agents de ce service étaient prêts à témoigner sur la manière dont les informations ont été obtenues. Les actes des agents étrangers ne seraient pas assujettis

181 Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 163.

182 *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207.

à la Charte. Toutefois, il pourrait y avoir eu violation de la Charte et des problèmes d'admissibilité s'il ressort de la preuve que des agents canadiens ont commis des abus, par exemple en ayant eu recours aux agents de services de renseignement étrangers dans le but de contourner les lois canadiennes. Les tribunaux pourraient être plus enclins à conclure en ce sens dans les cas où les agents canadiens ont « franchi le Rubicon » et que l'enquête visait les activités criminelles de certains individus, mais qu'ils ont court-circuité les lois canadiennes restreignant l'utilisation de la surveillance électronique au Canada et qu'ils ont demandé aux services de renseignement étrangers de recueillir des renseignements relatifs à des personnes se trouvant au Canada. Dans de tels cas, les communications interceptées par des services étrangers, sans qu'ils aient au préalable obtenu un mandat, pourraient effectivement remplacer des communications qui auraient dû faire l'objet d'une autorisation d'écoute électronique en vertu du Code criminel. Par contre, la preuve constituée de renseignements d'origine électromagnétique obtenus par des services étrangers, sans poursuivre de telles fins, pourrait fort bien être admise dans le cadre d'un procès pénal au Canada parce que la preuve en tant que telle serait fiable et que les services étrangers qui l'ont recueillie ne seraient pas assujettis à la Charte. Compte tenu d'un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, il est permis de penser que le même raisonnement pourrait s'appliquer en ce qui concerne les renseignements recueillis par des agents canadiens agissant à l'extérieur du Canada étant donné qu'il semble que la Charte ne s'applique plus à de telles activités¹⁸³.

Avantages associés aux mandats délivrés en vertu du Code criminel s'agissant des infractions de terrorisme

Comme nous l'avons vu dans la première partie de la présente étude, on a souvent mis de l'avant le fait que les renseignements obtenus par le SCRS ou le CST et la preuve recueillie par les services de police servent des objectifs différents. Les renseignements du SCRS ou du CST visent à informer les gouvernements de l'existence de menaces envers la sécurité du Canada et à permettre la prise de mesures préventives. Ce rôle préventif est manifestement important et peut, comme c'était le cas dans l'affaire Atwal, amener les tribunaux à conclure que le régime applicable au SCRS en matière de mandats et peut-être également celui des autorisations ministérielles relatives aux interceptions à l'étranger ne violent pas la Charte. Cela dit, l'introduction de distinctions strictes entre la collecte préventive de renseignements et la collecte de renseignements

¹⁸³ R. c. Hape, 2007 CSC 26.

après le fait pourrait avoir pour effet de minimiser l'importance de ce rôle préventif.

Bien qu'il ait toujours comporté un volet préventif, comme en font foi les règles de droit applicables en matière de complot et de tentative d'infraction, le droit criminel s'est vu conférer un rôle préventif accru en ce qui concerne les diverses infractions créées en vertu de la Loi antiterroriste relatives à l'appui au terrorisme et à son financement ainsi qu'à la participation à des actes de terrorisme et à leur préparation. Il est par conséquent important que dès le début, et par la suite de façon périodique, on tienne compte du fait que la collecte de renseignements de sécurité, sous ses nombreuses formes, peut avoir des incidences lorsqu'il s'agit de faire la preuve d'une infraction. Autrement dit, les services de renseignement devraient se demander si les communications interceptées pour des raisons de sécurité légitimes peuvent comporter des éléments de preuve permettant d'établir qu'un crime a été commis. Toute tentative de se servir de ces renseignements en preuve dans le cadre d'un procès pénal fera l'objet d'un examen approfondi et donnera lieu à des demandes de communication des documents justificatifs. C'est d'ailleurs une leçon que le SCRS s'est rapidement vu infliger dans l'affaire Atwal. Bien que la majorité de la Cour d'appel fédérale ait rejeté la contestation du mandat du SCRS fondée sur la Charte, elle a ordonné que l'affidavit présenté à l'appui de la demande de mandat soit communiqué à l'accusé, sous réserve de la possibilité qu'il soit révisé et du droit d'invoquer la confidentialité pour des raisons de sécurité. La découverte de lacunes dans l'affidavit communiqué à l'accusé a entraîné la démission du premier directeur du SCRS. Les premières expériences du SCRS, lorsqu'il a été appelé à intervenir dans le système de justice pénale, n'ont pas été positives et ont peut-être influencé son attitude par la suite. Quoi qu'il en soit, comme ses homologues, dont le MI5, le SCRS doit tenir compte du fait que les renseignements qu'il recueille dans le cadre de ses enquêtes relatives au terrorisme peuvent, dans certains cas, servir de preuve.

Les services de renseignement devraient déterminer si les informations qu'ils recueillent sont susceptibles de servir en preuve. Bien qu'on puisse soutenir que la destruction de tels renseignements se justifie compte tenu du principe énoncé à l'art. 12 de la Loi sur le SCRS selon lequel ce n'est que « dans la mesure strictement nécessaire » que des renseignements sont recueillis, l'intrusion dans la vie privée a initialement lieu au moment de la collecte des informations et non lorsqu'elles sont conservées. Les

renseignements conservés devraient généralement être gardés secrets et les échanges de renseignements entre le SCRS et le CST sont assujettis à un examen plus sévère que celui auquel est soumise la GRC. Dans les circonstances appropriées, les policiers pourraient utiliser des mandats décernés en vertu du Code criminel pour obtenir des renseignements détenus par le SCRS ou le CSE. On s'assurerait ainsi d'obtenir une autorisation judiciaire fondée sur le critère des motifs probables avant que les renseignements secrets ne soient saisis pour éventuellement servir dans le cadre d'un procès pénal.

Les services de renseignement doivent non seulement faire preuve de vigilance aux stades de la collecte et de la conservation de renseignements susceptibles de servir pour prouver la perpétration de graves infractions de terrorisme, mais ils doivent aussi être constamment à l'affût des liens qui existent entre leur collecte de renseignements et le processus similaire de collecte des éléments de preuve par les services de police. Bien qu'il soit nécessaire de démontrer qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un crime a été ou sera commis et des motifs raisonnables de croire que la collecte de renseignements apportera la preuve de l'infraction pour qu'un mandat soit délivré en vertu du Code criminel, il est devenu plus facile d'obtenir des mandats d'écoute électronique sous le régime du Code criminel dans le cadre d'une enquête sur le terrorisme qu'à l'époque des affaires Parmar et Atwal, examinées dans la présente partie. Comme nous le verrons, l'issue de l'affaire Parmar aurait pu être différente sous le nouveau régime étant donné que le Parlement a aboli la règle législative selon laquelle les renseignements obtenus par écoute électronique sont automatiquement exclus si la surveillance est injustifiée ou illégale. Aujourd'hui, le ministère public disposerait d'un argument plus solide, à savoir que, même si une fois révisé pour protéger l'identité d'un informateur, l'affidavit ayant servi à obtenir un mandat ne peut plus justifier sa délivrance, les renseignements obtenus par écoute électronique sur la foi de ce mandat devraient être admis en preuve aux termes du par. 24(2) de la Charte. Les modifications apportées à la Loi antiterroriste ont aussi rendu les mandats d'écoute électronique délivrés sous le régime du Code criminel plus attrayant du point de vue du ministère public parce que dorénavant, tout comme pour les mandats d'écoute électronique du SCRS, ils peuvent être décernés pour une

période pouvant aller jusqu'à un an¹⁸⁴et, contrairement aux mandats du SCRS¹⁸⁵, il n'est plus nécessaire d'établir que d'autres méthodes d'enquête, par exemple la surveillance, le recours à des informateurs ou à des agents d'infiltration et les mandats de perquisition ordinaires, ne porteraient pas fruit¹⁸⁶. Enfin, les motifs justifiant la délivrance d'un mandat suivant l'arrêt *Hunter c. Southam* ont été élargis par suite de la création de plusieurs nouvelles infractions de terrorisme, qui prennent naissance bien avant qu'un acte de terrorisme ne soit effectivement commis.

L'équilibre qui existait auparavant entre la collecte de renseignements et la collecte d'éléments de preuve est modifié du fait que de nouvelles infractions ont été créées et que des modifications législatives ont fait en sorte qu'il est maintenant plus facile d'obtenir des autorisations de surveillance électronique en vertu du Code criminel en ce qui concerne des poursuites relatives à infractions de terrorisme. Cela pourrait avoir pour conséquence qu'on puisse dès le début, dans des enquêtes dans le cadre desquelles on aurait antérieurement obtenu un mandat en vertu de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS, s'appuyer sur une autorisation accordée en vertu du Code criminel. Le recours aux autorisations prévues au Code criminel n'est évidemment pas une panacée. Ces mandats feront l'objet de contestations, et l'analyse de l'affaire *Parmar* fait ressortir les difficultés qu'on peut rencontrer après la communication des informations utilisées pour obtenir un mandat sous le régime du Code criminel. Il n'en demeure pas moins, toutefois, que moins d'incertitude entourent les procédures utilisées pour contester les mandats délivrés en vertu du Code criminel, et que la jurisprudence en la matière est mieux établie; de rares décisions ont en effet traité de l'utilisation, dans le cadre de procès pénaux, d'informations obtenues par le SCRS, et la jurisprudence est silencieuse quant à l'utilisation de renseignements d'origine électromagnétique obtenus par le CST ou des services de renseignement étrangers.

Lorsqu'ils recueillent des renseignements de sécurité, les services de renseignement doivent se demander s'ils ont « franchi le Rubicon » c'est-à-dire si l'objet prédominant de l'enquête est devenu d'établir la responsabilité pénale. Ce critère est souple et tient compte de l'ensemble des circonstances. Ainsi, pour conclure que le « Rubicon a été franchi », il ne suffit pas que des discussions aient été engagées avec les services

184 *Code criminel*, art. 186.1.

185 *Loi sur le SCRS*, par. 21(5). Les mandats qu'obtient le SCRS en ce qui concerne les actes de subversion visés à l'al. 2d) ne sont en vigueur que 60 jours.

186 *Code criminel*, art. 186 (1.1). Veuillez noter que l'infraction de terrorisme est définie à l'art. 2 du *Code criminel*.

de police ou qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un crime a été commis; la question doit être posée à intervalles réguliers au cours des enquêtes visant à combattre le terrorisme. Dans toute la mesure du possible, le ministère public devrait éviter de s'appuyer sur des décisions complexes, prises après le fait, quant à savoir si la frontière a été franchie à un moment donné ou si des renseignements de sécurité pourraient être jugés admissibles dans le cadre d'un procès pénal, sur le fondement du par. 24(2) de la Charte. En cas d'incertitude, sous le régime du Code criminel, s'il existe des motifs suffisants pour qu'une autorisation soit accordée en vertu de celui-ci, on devrait privilégier la collecte d'éléments de preuve sur la foi d'un mandat décerné. Il ne faut pas non plus perdre de vue que la GRC et les services de renseignement devraient pouvoir partager les renseignements qu'ils recueillent. Les informations obtenues sur la base de mandats visant la collecte d'éléments de preuve qui constituent des renseignements de sécurité peuvent être communiquées aux services de renseignement, alors qu'on ne sait pas avec certitude si les éléments de preuve obtenus sur la base de mandats visant à obtenir des renseignements de sécurité peuvent dans tous les cas être utilisés dans le cadre de poursuites pénales. Toutefois, le recours aux mandats décernés en vertu du Code criminel n'est pas une panacée et l'analyse de l'affaire Parmar montre comment les questions liées à la divulgation ont fait échouer les poursuites pour terrorisme intentées contre une personne que d'aucuns croyaient être le maître d'œuvre de l'explosion du vol 182 d'Air India.

Parmar – Analyse d'une décision relative à la divulgation et aux mandats décernés sous le régime du Code criminel

Le 14 juin 1986, 7 Sikhs ont été accusés, à Hamilton, de complot en vue de perpétrer plusieurs crimes violents en Inde; ils auraient notamment comploté en vue de commettre des attentats à la bombe contre des immeubles abritant le Parlement indien, de faire dérailler des trains en Inde, de faire exploser une raffinerie de pétrole située en Inde, et d'enlever l'enfant d'un membre du Parlement indien en vue de le forcer à les aider à mettre leurs plans à exécution. Deux des accusés ont été relâchés, mais les autres hommes, dont Talwinder Singh Parmar, ont été renvoyés pour subir leur procès relativement à trois chefs d'accusation de complot le 22 décembre 1986.

Le 10 mars 1987, le juge Watt a entendu la demande d'accès à deux paquets scellés (contenant deux affidavits) présentée par les accusés. Les

documents se trouvant dans les paquets scellés avaient servi à obtenir l'autorisation d'intercepter des communications privées. Les accusés ont fait valoir, à l'appui de la demande, que l'accès à ces documents était nécessaire pour qu'ils puissent présenter une défense pleine et entière contre les accusations. Le juge Watt dit ce qui suit au sujet de l'argument invoqué au soutien de la demande d'accès :

[traduction] « On dit qu'un aspect décisif du droit de préparer une défense pleine et entière, qui découle du droit constitutionnel à la justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la Charte, est le droit de contester la recevabilité de la partie de la preuve de la poursuite qui est l'élément principal de preuve qu'on dit avoir été obtenu au moyen des interceptions effectuées aux termes des autorisations et/ou de leur renouvellement obtenus sur la foi des documents d'appui faisant l'objet de la demande d'accès. Il semble que l'argument qui pourrait ultimement être avancé pour s'opposer à l'admission de la preuve primaire repose sur l'allégation que le processus d'interception constituait une fouille, une perquisition ou une saisie abusive, et donc une violation de l'art. 8, de sorte que cette preuve doit être écartée en vertu du par. 24(2) de la Charte¹⁸⁷.

À l'inverse, le ministère public a fait valoir que, compte tenu des dispositions légales relatives à la confidentialité, ce n'est qu'à titre exceptionnel que des paquets scellés devraient être ouverts. Il soutenait en outre que l'accusé devait établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait besoin des documents se trouvant dans les paquets scellés pour présenter une défense pleine et entière.

¹⁸⁷ *R. c. Parmar* (1986) 34 C.C.C.(3d) 260, p. 273.

Le juge Watt a reconnu que la divulgation des paquets scellés était permise en vertu de l'art. 178.14 du Code criminel, alors en vigueur, seulement a) dans le cadre d'une demande de renouvellement de l'autorisation d'écoute électronique ou b) en vertu de l'ordonnance d'un juge. Avant l'entrée en vigueur de la Charte, ce n'était que dans des circonstances exceptionnelles, notamment dans les cas de fraude ou si un élément important n'avait pas été divulgué, qu'un juge ordonnait l'ouverture d'un paquet scellé contenant des documents relatifs à une demande de mandat. Le juge Watt a néanmoins statué qu'il y avait lieu de permettre à l'accusé d'avoir accès au paquet scellé de façon à ce qu'il puisse utilement invoquer l'argument portant que le mandat viole l'art. 8 de la Charte. Il a conclu que cette approche [traduction] « ne fait pas violence au libellé » du Code « et est compatible avec le droit à la justice fondamentale garanti par l'art. 7 de la Charte »¹⁸⁸. Il était de plus d'avis qu'ordonner la divulgation était conforme à l'important principe d'intérêt public relatif à la publicité des procédures judiciaires, même lorsque celles-ci se déroulent initialement *ex parte* ou à huis clos¹⁸⁹.

Le juge Watt a en outre cité avec approbation un autre juge qui a conclu que les accusés devraient avoir accès au paquet scellé contenant les documents relatifs à la demande de mandat d'écoute électronique parce que si on exigeait d'eux qu'ils démontrent qu'il y a eu [traduction] « fraude ou qu'un élément important n'a pas été divulgué pour justifier une ordonnance autorisant l'ouverture d'un paquet scellé, ils se trouveraient dans une situation sans issue. Dans la plupart des cas, ce n'est pas par magie que sera mise au jour la preuve qu'un élément important n'a pas été divulgué. Ce n'est qu'en ayant accès au paquet scellé que les accusés seront réellement en mesure d'élaborer leur défense à cet égard »¹⁹⁰. Le

188 *Ibid.*, p. 276.

189 Sur ce sujet il fournit les précisions suivantes : [traduction] « Il est également utile de signaler que, dans les circonstances, ordonner sur le fondement des dispositions pertinentes, sous réserve d'une révision, la communication des documents demandés, est conforme à l'important principe d'intérêt public relatif à la publicité des procédures judiciaires, même lorsque celles-ci se déroulent initialement *ex parte* ou à huis clos. Bien qu'il ne fasse aucun doute, comme il a été décidé concernant les mandats de perquisition ordinaires, que l'administration efficace de la justice serait compromise si l'on permettait aux personnes visées d'être présentes au moment de la délivrance des mandats, cet argument n'a plus beaucoup de poids au stade de l'exécution de l'ordonnance. Par la suite, le caractère confidentiel revêt moins d'importance, à fortiori, lorsque les éléments recueillis grâce au mandat seront versés en preuve au cours d'un procès public. De plus les tribunaux ont statué que l'important principe d'intérêt public relatif à la publicité des actes judiciaires, notamment la délivrance de mandats de perquisition ordinaires, exige qu'on vise le maximum de responsabilité et d'accessibilité. À toutes les étapes, il faut préserver l'accès du public et respecter le principe concomitant de la responsabilité judiciaire. Ce n'est que lorsqu'il est nécessaire de protéger des valeurs sociales primordiales qu'on pourrait restreindre l'accès du public, et, à mon humble avis, seulement dans la mesure nécessaire pour atteindre cet objectif » ; *Ibid.*, p. 278.

190 *Ibid.*, p. 273, où il cite R. c. Wood et al. (1986), 26 C.C.C. (3d) 77, p. 87 et 88.

droit des accusés à une défense pleine et entière, garanti par l'art. 7 de la Charte, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la Charte, ainsi que la responsabilité à l'égard du public qui va de pair avec le processus de délivrance des mandats, même lorsqu'ils sont décernés à huis clos ou ex parte, militaient tous en faveur de l'accès au paquet scellé.

Le juge Watt a reconnu que les accusés se voyaient accorder l'accès au paquet scellé sans qu'on n'ait démontré qu'une faute avait été commise lors de l'obtention du mandat. Il a souligné ceci :

[traduction] « Il peut sembler anormal et illogique que le simple fait d'invoquer le droit à la justice fondamentale, sans l'ombre d'une preuve tendant à démontrer qu'il a été violé, puisse constituer une raison suffisante de ne pas respecter le caractère confidentiel que la loi attribue au paquet scellé. D'ailleurs, cela pourrait paraître d'autant plus vrai en comparaison de ce qui est exigé dans les cas où on invoque la fraude ou la non-divulgence d'un élément important à l'appui d'une demande d'accès à un paquet scellé. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue qu'en l'espèce la contestation vise le droit d'avoir accès au paquet en vue de faire valoir que certains éléments ne devraient pas, pour des motifs d'ordre constitutionnel, être admis en preuve. Sur le plan pratique, il peut dans une certaine mesure s'agir d'une expédition de pêche. C'est toutefois dans des eaux protégées par la Constitution que cette expédition a lieu. Cela ne touche pas les questions fondamentales de savoir s'il y a lieu d'annuler l'ordonnance et d'admettre en preuve les éléments qu'on prétend avoir été recueillis aux termes de celle-ci. En permettant l'accès en l'espèce on ne fait qu'interpréter l'al. 178.14(1)a)(ii) d'une manière compatible avec la garantie constitutionnelle en matière de justice fondamentale, enchâssée à l'art. 7¹⁹¹.

Le tribunal devait, compte tenu des dispositions de la Charte, autoriser la divulgation. Certes, on pouvait considérer la divulgation comme une « expédition de pêche », mais c'est dans des « eaux protégées par la Constitution » que cette expédition avait lieu. Bien qu'à l'époque la décision de donner accès au paquet scellé ait été innovatrice, elle a par la suite été suivie par la Cour suprême¹⁹².

191 *Ibid.*, p. 279 et 280.

192 *Dersch c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 1505.

Le droit des accusés d'avoir, sur le fondement de la Charte, accès aux paquets scellés n'était pas absolu. Comme dans l'affaire Atwal, il fallait prévoir des mesures pour le cas où l'intérêt public militait en faveur d'une non-divulgation. Le juge Watt a statué qu'il lui revenait de réviser l'affidavit, et d'y apporter les modifications qu'il estimait nécessaires dans l'intérêt de l'administration de la justice. Il a indiqué qu'il réviserait les documents avant de les communiquer aux accusés, en tenant compte de divers facteurs, dont les suivants :

[traduction]

- a) l'identité des informateurs confidentiels de la police, et donc leur vie et leur sécurité, peuvent-elles être compromises, sachant que la divulgation peut résulter tout autant de la mention de la nature des renseignements fournis par la source confidentielle que de la révélation de son nom?
- b) la nature et l'étendue des enquêtes en cours seraient-elles ainsi compromises?
- c) la divulgation révélerait-elle des techniques secrètes d'obtention de renseignements, mettant ainsi en danger ceux qui les pratiquent et compromettant la tenue d'enquêtes ultérieures sur des crimes semblables et l'intérêt public en matière d'application de la loi et de détection des crimes?
- d) la divulgation porterait-elle préjudice aux intérêts d'innocents?

À mon humble avis, il faut autant que possible restreindre les révisions et s'en tenir à celles que nécessite le respect des valeurs sociales primordiales et ainsi faire en sorte que, compte tenu de la nature et de l'ampleur des modifications, la révision ne donne pas lieu, sur le plan pratique, à une injustice au même titre que s'il s'agissait d'une interdiction absolue de divulguer les documents¹⁹³.

Après une révision initiale, le juge devait montrer l'affidavit modifié à l'avocat du ministère public et, si ce dernier y consentait, en remettre une copie à l'avocat des demandeurs. En cas de demande de modifications

¹⁹³ *ibid.*, p. 281 et 282.

additionnelles, le tribunal tiendrait une audience publique, à laquelle participeraient les demandeurs et leur avocat. Ce n'est qu'après la révision définitive que l'avocat des accusés devait recevoir un exemplaire de l'affidavit. La procédure que le juge Watt a suivie a subséquemment été approuvée par la Cour suprême dans *R. c. Garofoli*¹⁹⁴ et *R. c. Durette*¹⁹⁵. Elle a aussi donné lieu aux modifications apportées au Code criminel en 1993¹⁹⁶ concernant l'ouverture des paquets scellés et la révision des documents s'y trouvant¹⁹⁷.

Les accusés ont contesté l'admissibilité en preuve des éléments obtenus par écoute électronique lors d'un voir-dire tenu à l'ouverture du procès. Ils ont alors établi avoir le droit de contre-interroger l'auteur de l'affidavit ayant été déposé au soutien de la demande de mandat d'écoute électronique parce qu'il contenait des [traduction] « fausse[s] déclaration[s] faite[s] délibérément ou au mépris total de la vérité ». La décision du juge Watt, qui a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, montre comment les pratiques en matière de délivrance des mandats peuvent faire l'objet d'un examen approfondi lorsqu'on cherche à présenter en preuve dans le cadre d'un procès pénal les éléments recueillis dans l'exécution de ces mandats¹⁹⁸.

Les erreurs figurant dans l'affidavit soumis à l'appui de la demande de mandat dans l'affaire Parmar étaient sérieuses. Premièrement, l'affidavit indiquait que M. Parmar avait participé à l'attentat à l'explosif survenu à Duncan, mais [traduction] « on n'y précisait pas que le 24 mars 1986, trois jours avant sa signature, l'avocat du ministère public n'avait présenté aucune preuve permettant d'établir que Talwinder Singh Parmar avait commis ce crime »¹⁹⁹. Deuxièmement, l'affidavit ne faisait pas mention qu'une procédure d'extradition engagée contre M. Parmar concernant des crimes qu'on lui reprochait en Inde avait échoué²⁰⁰. Comme dans

194 [1990] 2 R.C.S. 1421.

195 [1994] 1 R.C.S. 469.

196 L.C.1993, ch, 40, art. 7.

197 Le paragraphe 187(4) du *Code criminel* prévoit maintenant que dans le cas où une poursuite a été intentée, le juge ne peut remettre le paquet scellé « au prévenu qu'après que le poursuivant a supprimé toute partie des copies qui, à son avis, serait de nature à porter atteinte à l'intérêt public, notamment si le poursuivant croit, selon le cas, que cette partie :a) pourrait compromettre la confidentialité de l'identité d'un informateur; b) pourrait compromettre la nature et l'étendue des enquêtes en cours; c) pourrait mettre en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes d'obtention de renseignements et compromettre ainsi la tenue d'enquêtes ultérieures au cours desquelles de telles techniques seraient utilisées; d) pourrait causer un préjudice à un innocent. Selon le par. 187(7), le prévenu peut contester la révision et demander de prendre connaissance de toute partie supprimée et le juge du procès « accède à la demande si, à son avis, la partie ainsi supprimée est nécessaire pour permettre au prévenu de présenter une réponse et défense pleine et entière lorsqu'un résumé judiciaire serait insuffisant ».

198 *R. c. Parmar* (1987) 37 C.C.C.(3d) 300, p. 319, conf. par (1990) 53 C.C.C.(3d) 489 (C.A. Ont.).

199 *Ibid.*, p. 346.

200 *Ibid.*, p. 346.

l'affaire Atwal, examinée précédemment, il ressort de l'affaire Parmar que le processus de divulgation est un processus rigoureux qui met à l'épreuve les affidavits utilisés en vue d'obtenir un mandat.

L'écoute électronique a été déclarée illégale avant l'ouverture du procès dans l'affaire Parmar, en grande partie en raison d'une décision où la Cour d'appel a affirmé clairement qu'on ne pouvait invoquer un document ayant déjà été retranché par le juge pour maintenir la validité de l'écoute électronique²⁰¹. Tout comme la décision initiale de divulguer l'affidavit, cette décision était novatrice, mais elle constitue aujourd'hui la norme. Ce processus permet effectivement au ministère public de défendre la validité du mandat sur le fondement des renseignements qu'il contient et de l'affidavit qui ont été divulgués à l'accusé. Le juge Watt a reconnu que le processus appliquerait un [traduction] « fondement informatif artificiel, à savoir l'affidavit modifié, et non les renseignements dont le juge qui accorde l'autorisation dispose effectivement », mais il a conclu que seule cette procédure peut garantir l'équité tant à l'égard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière qu'à celui du ministère public de protéger les dénonciateurs²⁰². Le juge Watt est arrivé à la conclusion [traduction] « que le procureur de la Couronne doit avoir la possibilité de persister à refuser la divulgation tout en faisant valoir que l'autorisation a été accordée à juste titre sur le fondement des renseignements contenus dans l'affidavit tel qu'il a été modifié ». Vu les faits de l'affaire cependant, le ministère public a concédé qu'il ne pouvait défendre le mandat sans les renseignements qui avaient été retranchés pour protéger le dénonciateur. La décision du ministère public peut s'expliquer en partie par le fait que l'affidavit a été rédigé à un moment où l'on s'attendait à ce qu'il ne soit jamais divulgué à l'accusé, ni modifié. En conséquence, le juge Watt a [traduction] « statué que le substitut du procureur général n'avait pas réussi à établir que l'activité d'interception — qui constituait la preuve principale produite en vue de l'admission — était permise en droit, de sorte que cette preuve ne pouvait être admise sur le fondement

201 *R. v. Hunter* (1987) 34 C.C.C.(3d) 14 (C.A. Ont.)

202 Il a ajouté ceci : [traduction] « L'on ne peut nier que, dans une certaine mesure au moins, la non-divulgation du type dont il est question en l'espèce prive l'avocat de la défense de renseignements qui permettent d'éprouver la justesse de la décision d'accorder l'autorisation, donc le caractère raisonnable et la constitutionnalité des techniques d'enquête privilégiées par l'État. Par ailleurs, l'imposition d'un désavantage proportionné ou équivalent à l'État, à savoir l'impossibilité de se fonder sur des renseignements non divulgués pour soutenir la délivrance du mandat d'interception, permet de faire en sorte que l'État ne tire aucun avantage dans le processus et que l'accusé n'en perde aucun. Les parties demeurent, dans toute la mesure possible, dans une position d'égalité, comme si les renseignements non divulgués n'avaient pas été fournis au juge accordant l'autorisation. En l'absence d'une audience ex parte tenue à huis clos visant à examiner l'incidence des renseignements non divulgués supplémentaires, le régime actuel garantit l'équité tant dans la forme que sur le fond ». *R. v. Parmar* (1987) 31 C.R.R. 256.

de la disposition invoquée, à savoir l'alinéa 178.16(1)a) du Code criminel. Personne n'ayant soutenu qu'elle pourrait par ailleurs être recevable, la preuve principale a été jugée inadmissible. La preuve de la poursuite a été rejetée dès le départ, et les accusés ont été déclarés non coupables ».

Avant que la poursuite ne soit close, cependant, deux autres méthodes de conciliation des exigences d'une défense pleine et entière et de celles de l'immunité d'intérêt public, dont le privilège relatif aux indicateurs, ont été étudiées. Suivant la première méthode, le ministère public avait demandé sans succès le consentement du dénonciateur pour effectuer les divulgations nécessaires qui révéleraient son identité. Les médias ont signalé à ce moment-là que les enquêteurs [traduction] « ne pouvaient persuader le dénonciateur de rendre son identité publique », a dit au tribunal le substitut du procureur général Dean Paquette. Le dénonciateur a rejeté une offre de réinstallation dans une autre communauté du Canada sous le régime d'un programme de réinstallation des témoins. Le seul fait de remettre à la défense un résumé des connaissances du dénonciateur mettrait en péril l'identité de ce dernier. "Personne ne connaît la gravité du préjudice que risquerait de subir le dénonciateur si son identité était rendue publique", a dit Paquette à la cour. [...] Si je me retrouvais dans une situation semblable, je ne serais pas disposé à consentir à la divulgation des renseignements qui permettraient de m'identifier" »²⁰³. La résolution de l'affaire Parmar fait ressortir à quel point les questions de divulgation et de confidentialité liée à la sécurité nationale se rattachent à la pertinence et à l'attrait d'un témoin et à la protection de la source.

La seconde méthode consistait à tirer une inférence défavorable du processus de révision, à savoir que la preuve obtenue par écoute électronique a été obtenue illégalement et sans mandat, mais à plaider tout de même en faveur de son admissibilité. Cette option a été récemment reconnue par la Cour d'appel de l'Ontario comme étant une réponse possible à la révision d'un affidavit²⁰⁴ dans une affaire mettant en cause un mandat de perquisition ordinaire. Le juge Watt est cependant arrivé à la conclusion que [traduction] « la solution de rechange que constitue la perquisition effectuée sans mandat dans l'interception de communications privées est dépourvue d'utilité dans la pratique compte tenu des dispositions de l'alinéa 178.16(1)a) du Code criminel ». Cette disposition du Code criminel prescrivait que la communication privée qui avait été interceptée était « inadmissible en preuve contre son auteur ou la

203 Brian McAndrews, « Five acquitted in terror trial », *Toronto Star*, 15 avril 1987, p. A1.
204 *R. v. Hunter* (1987) 34 C.C.C.(3d) 14 (C.A. Ont.)

personne à laquelle son auteur la destinait à moins que l'interception n'ait été faite légalement ...». Cette règle d'exclusion automatique a depuis été abrogée. Aujourd'hui, il serait possible de conclure que le mandat était invalide, mais que la preuve obtenue par écoute électronique peut être admise sur le fondement du par. 24(2) de la Charte sans que cela ne déconsidère l'administration de la justice. Le tribunal mettrait en équilibre, d'une part, la gravité de la violation de l'art. 8 du fait de l'interception de communications privées sans un mandat valide et, d'autre part, les effets préjudiciables sur l'administration de la justice de l'exclusion d'une preuve ainsi recueillie. La thèse du ministère public aux fins du par. 24(2) serait très solide, puisque la preuve obtenue par écoute électronique constituerait une preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même qui ne compromettrait pas le caractère équitable du procès, et elle aurait été obtenue sur le fondement — en apparence de bonne foi — d'un mandat délivré en vertu d'une loi valide. En revanche, les erreurs relevées dans l'affidavit, comme dans l'affaire Atwal, permettraient de soutenir que l'admission du produit du mandat reviendrait à endosser une violation grave de la Charte. Suivant le critère de la violation grave, cependant, le ministère public pourrait insister sur les effets préjudiciables sur l'administration de la justice de la décision d'exclure des éléments de preuve importants et peut-être cruciaux dans une affaire où l'on allègue la perpétration d'infractions des plus graves. La seconde option, consistant à faire valoir que la preuve obtenue par écoute électronique devrait être admise aux termes du par. 24(2), a cependant été écartée dans l'affaire Parmar en raison de la règle d'exclusion automatique prévue à l'alinéa 178.16(1)a) du Code criminel.

L'affaire Parmar démontre, à l'instar de l'affaire Atwal, que l'information que l'on cherche à faire admettre en preuve dans le cadre d'un procès pénal peut être soumise à un examen fort minutieux. Que les mandats soient délivrés sous le régime de la Loi sur le SCRS ou du Code criminel, l'État risque de se retrouver devant la perspective de devoir révéler l'identité de dénonciateurs clés et de courir le risque que les auteurs d'affidavits produits à l'appui d'un mandat soient soumis à un contre-interrogatoire sur l'exactitude et la véracité des renseignements qu'ils ont fournis. L'étude de l'affaire Parmar démontre également comment les normes de divulgation ont compliqué les poursuites pour terrorisme bien avant la décision rendue en 1991 dans l'affaire Stinchcombe. L'accusé dans cette affaire avait demandé avec succès la divulgation de l'affidavit souscrit à l'appui du mandat de surveillance électronique délivré en vertu du Code criminel, et cet affidavit contenait des renseignements qui auraient

permis d'identifier un indicateur confidentiel. L'obligation de divulguer n'était cependant pas absolue. Le juge Watt a expurgé l'affidavit divulgué pour protéger les sources confidentielles et les activités encore en cours. Les renseignements retranchés ne pouvaient être utilisés pour appuyer l'autorisation d'écoute électronique. Lorsqu'il est devenu évident que le mandat ne pourrait être maintenu sans révéler l'identité de l'indicateur, ce dernier a apparemment opposé son veto à la divulgation de son identité. L'affaire Parmar démontre à quel point la divulgation est liée à la pertinence, réelle ou perçue, ainsi qu'à l'attrait des programmes de protection des témoins. Enfin, l'effondrement de la poursuite pour complot dans l'affaire Parmar ne peut être dissocié de la règle d'exclusion absolue qui s'appliquait alors à la preuve obtenue illégalement par écoute électronique. Aujourd'hui, l'affaire pourrait se solder par un résultat différent parce que le ministère public aurait le choix de faire valoir que, même si le mandat ne pouvait être soutenu par l'affidavit expurgé, la preuve obtenue grâce à ce mandat pourrait être admise en vertu du par. 24(2) de la Charte sans que soit déconsidérée l'administration de la justice. Aujourd'hui, l'affidavit qui sous-tend l'écoute électronique pourrait être rédigé différemment, car les autorités seraient conscientes de la possibilité que celui-ci soit divulgué et de l'impossibilité de se fonder sur les parties ayant été retranchées pour protéger l'identité des dénonciateurs. Enfin, il est possible que la solution consistant à adhérer à un véritable programme de protection des témoins soit davantage intéressante et permette de divulguer l'affidavit dans son ensemble.

Résumé

On peut établir des distinctions entre 1) la surveillance électronique à seules fins de collecte de renseignements de sécurité, 2) la surveillance électronique par le SCRS ou le CST lorsqu'il est possible que les résultats de la surveillance soient utilisés dans le cadre de poursuites subséquentes pour terrorisme, et 3) les mandats de surveillance électronique délivrés en vertu du Code criminel. En ce qui concerne les mandats délivrés en vertu du Code criminel, on devrait s'attendre à ce que les renseignements utilisés pour les obtenir soient divulgués à l'accusé, quoique sous réserve de certaines modifications. Le pouvoir d'expurger l'affidavit pour protéger des secrets devrait être abordé avec prudence tant parce que le mandat pourrait ne pas survivre au retrait de renseignements que parce que les renseignements que le gouvernement souhaiterait retrancher pourraient être jugés pertinents par un juge et nécessaires aux fins d'assurer la défense pleine et entière de l'accusé. L'étude de

l'affaire Parmar indique également qu'il y a lieu aussi de songer à cette étape à la protection des témoins pour le cas où il deviendrait nécessaire de divulguer l'identité du dénonciateur. Le gouvernement pourrait en outre demander la non-divulgence de renseignements utilisés dans le cadre du processus de délivrance d'un mandat en vertu des art. 37 et 38 de la Loi sur la preuve au Canada, point que nous examinerons plus loin dans notre étude. Cela dit, même si les mandats sont jugés invalides et déraisonnables compte tenu des renseignements confidentiels qui sont retranchés ou assujettis à une ordonnance de non-divulgence, l'État peut faire valoir que les renseignements qui restent devraient être admis aux termes du par. 24(2), car leur admission ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, il était impossible de recourir à cette option à l'époque où le mandat a été délivré dans l'affaire Parmar en raison de l'existence d'une règle d'exclusion absolue qui était prévue au Code criminel et qui est maintenant abrogée, par opposition à la règle d'exclusion plus souple que prescrit le par. 24(2) de la Charte.

Dans le cadre d'enquêtes internationales complexes sur le terrorisme, plusieurs organismes – le SCRS, le CST, des organismes de renseignement étranger et la police – peuvent mener des activités de surveillance électronique qui se recoupent. La Commission Arar a récemment reconnu que des suspects peuvent se trouver dans la mire tour à tour du SCRS et de la GRC selon qu'il y a une preuve suffisante justifiant une enquête en matière pénale ou une enquête sur des renseignements de sécurité. L'étude de l'affaire Atwal ainsi que les faits en cause dans la poursuite intentée contre Bagri et Malik indiquent cependant que l'on peut, dans certains cas, demander que la surveillance électronique obtenue aux termes d'un mandat du SCRS soit admise dans un procès pénal. Bien qu'elle remonte à vingt ans, la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Atwal continue de faire autorité sur la question de la constitutionnalité du régime de délivrance de mandats du SCRS. Cette conclusion forcerait les tribunaux à accepter que la collecte de renseignements vise un objectif distinct du contrôle d'application de la loi lorsqu'ils interprètent l'art. 8 de la Charte ou qu'ils déterminent si une dérogation aux normes du droit criminel peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte. Les tribunaux peuvent être davantage enclins à conclure à l'existence d'une violation de la Charte s'ils sont persuadés que le SCRS a atteint le point de non-retour en s'intéressant particulièrement à la responsabilité criminelle de certains individus. Même alors, cependant, la preuve obtenue au moyen d'un mandat du SCRS pourrait être admise en vertu du par. 24(2).

Il y a lieu de faire preuve de prudence lorsqu'on se fonde sur l'admissibilité d'interceptions faites par le SCRS dans les procès criminels, surtout dans le cadre d'enquêtes de terrorisme qui ciblent particulièrement certains individus et où il peut exister des motifs raisonnables de croire qu'un crime, notamment les nombreux nouveaux crimes de préparation et d'aide au terrorisme, a été commis. L'un des principaux thèmes de notre étude est la nécessité pour les services de renseignement d'être conscients de la possibilité que des poursuites découlent de leurs activités anti-terroristes ainsi que des répercussions, au chapitre de la divulgation et de la preuve, de telles poursuites. Dans tous les cas où le SCRS obtient un mandat de surveillance électronique dans une enquête contre le terrorisme, il devrait vérifier avec soin s'il pourrait y avoir des motifs d'obtenir un mandat en vertu de la Partie VI du Code criminel et s'il serait préférable de procéder ainsi. Il devrait également y avoir des consultations en cas de chevauchement des enquêtes policières, bien que l'activité même de consultation puisse permettre de conclure qu'on a franchi le Rubicon et que l'enquête revêt désormais un caractère pénal qui nécessite la délivrance d'un mandat en vertu du Code criminel.

Étant donné la création des nouvelles infractions de terrorisme, l'élimination de l'exigence de répondre aux impératifs d'une enquête et la validité d'un an des mandats d'écoute électronique délivrés en vertu du Code criminel dans les enquêtes pour terrorisme, l'on ne peut affirmer avec certitude qu'il sera toujours beaucoup plus difficile d'obtenir des mandats en vertu du Code criminel que d'obtenir des mandats du SCRS. Tous les efforts supplémentaires déployés en vue d'obtenir un mandat en vertu du Code criminel pourraient porter fruit s'il y avait une poursuite dans le cadre de laquelle on demanderait la production de documents obtenus en vertu du mandat. L'un des moyens les plus importants d'établir une relation fiable et pratique entre le renseignement de sécurité et la preuve dans le domaine de la lutte au terrorisme est de constamment se demander s'il y a possibilité de poursuite. Les services de renseignement doivent être conscients de la possibilité d'une poursuite pour terrorisme et des répercussions au niveau de la preuve et de la divulgation.

Le recours au CST ou à des renseignements d'origine électromagnétique dans le cadre de poursuites pénales soulève des questions qui sont distinctes de l'interaction entre les mandats du SCRS et les mandats délivrés en vertu du Code criminel. Les renseignements d'origine électromagnétique qu'obtient le CST sont davantage susceptibles de faire l'objet d'une contestation fondée sur la Charte que ne le sont les interceptions effectuées par le SCRS parce que l'autorisation dont

le CST a besoin est donnée par un ministre et non par un juge. Selon les renseignements publics disponibles, un nombre assez peu élevé d'autorisations ministérielles sont données chaque année, ce qui pose la question de savoir si, dans ces cas, il pourrait être avantageux d'exiger une autorisation judiciaire – quoiqu'une autorisation judiciaire se rapportant à des renseignements de sécurité – plutôt qu'un mandat de contrôle d'application de la loi. L'opportunité d'une telle réforme dépendrait en grande partie de la probabilité que l'État apprenne l'existence d'une infraction de terrorisme grave au moyen d'une interception faite par le CST puis tenté de produire la preuve ainsi obtenue dans le cadre d'une poursuite pénale. D'aucuns pourraient soutenir qu'il est peu réaliste de penser que l'interception de renseignements d'origine électromagnétique puisse à quelque moment que ce soit être utilisée dans le cadre d'une poursuite en matière de terrorisme, mais il y a lieu de revoir constamment cette opinion à la lumière de la nature tant du terrorisme international que des communications internationales. Les interceptions effectuées par le CST cibleront les communications étrangères, alors que la Loi antiterrorisme criminalise divers actes de terrorisme commis à l'extérieur du Canada. L'utilisation possible d'interceptions obtenues par des organismes étrangers représente une solution de rechange. La jurisprudence actuelle laisse croire que la Charte ne s'appliquerait pas aux actions d'organismes étrangers de renseignement d'origine électromagnétique même si ceux-ci agissaient en collaboration avec des représentants canadiens, et qu'elle ne s'appliquerait pas non plus aux actions canadiennes menées à l'étranger.

Les mandats différents sur lesquels s'appuient les services de renseignement et la police, ainsi que les diverses normes constitutionnelles utilisées pour obtenir des renseignements, ont souvent été invoqués pour justifier l'interdiction d'utiliser les renseignements de sécurité en preuve. Dans la présente section, nous avons vu que le régime de délivrance de mandats du SCRS a été maintenu sous le régime de la Charte et que les interceptions obtenues par le SCRS, si elles sont retenues, pourraient probablement être produites en preuve dans le cadre de poursuites pour terrorisme. Même si les tribunaux arrivent à la conclusion que les interceptions du SCRS ont été obtenues en violation de l'art. 8, il y aurait de bonnes raisons de faire valoir – à tout le moins en l'absence d'une mise en échec délibérée des normes du Code criminel ou d'inexactitudes dans les affidavits utilisés pour obtenir le mandat – qu'elles devraient être admises en vertu du par. 24(2). L'utilisation en preuve de renseignements de sécurité ne se fait pas cependant sans payer le prix au chapitre de

la divulgation. Les obligations de divulgation ne sont pas absolues. Les sources confidentielles et les activités en cours peuvent être à l'abri de toute divulgation, mais non sans qu'il soit interdit à l'État de se fonder sur des renseignements secrets à l'appui de mandats.

IV. Obligations et restrictions en matière de divulgation au Canada

L'obligation du ministère public de divulguer les renseignements pertinents à l'accusé a joué un rôle important dans les relations entre le SCRS et la GRC. Dans des études qu'il a menées en 1998 et en 1999, le CSARS a qualifié l'arrêt de principe *Stinchcombe*, rendu en 1991, qui a constitutionnalisé le droit à la divulgation, d'obstacle majeur aux relations qu'entretiennent le SCRS et la GRC, au motif qu'il engendrait la crainte que n'importe quel renseignement communiqué par le SCRS à la GRC puisse être divulgué à l'accusé. Le rôle important de *Stinchcombe* a été confirmé de nouveau à la lumière de l'analyse du procès de Malik et de Bagri dans le rapport Rae²⁰⁵. Par contre, il ne convient pas d'attribuer au seul arrêt *Stinchcombe* les obligations de divulgation qui sont inhérentes dans un processus pénal équitable. Les affaires *Atwal* et *Parmar* dont il vient d'être question le précèdent toutes les deux. Elles démontrent que le processus pénal peut dans certaines circonstances nécessiter la divulgation de renseignements secrets et délicats pour assurer le traitement équitable de l'accusé, l'un des quatre principes qui sous-tendent notre étude.

Le droit à la divulgation selon l'arrêt *Stinchcombe*

L'affaire *Stinchcombe* soulevait la question de savoir si le ministère public avait l'obligation de divulguer des notes tirées d'une entrevue menée par la police auprès d'une personne qui avait été citée comme témoin à charge à l'enquête préliminaire, mais que le ministère public ne prévoyait pas appeler au procès. L'affaire n'était en rien liée au terrorisme ou à la sécurité nationale, mais elle posait la question de savoir si le ministère public était tenu de divulguer les renseignements qu'il avait en sa possession et qu'il ne prévoyait pas utiliser au procès criminel. Pour cette raison, l'arrêt *Stinchcombe* est fort utile aux fins de déterminer si les renseignements de sécurité qui sont en la possession du ministère public doivent être divulgués à l'accusé dans un procès pour terrorisme même si le ministère public ne tente aucunement d'utiliser les renseignements de sécurité en preuve au procès.

²⁰⁵ Se reporter à la partie I de notre étude.

Ainsi que le donne à penser l'affaire Atwal, cependant, la conclusion que le ministère public doit divulguer des renseignements de sécurité qui sont pertinents pour l'accusé ne réglerait pas nécessairement la question. Le procureur général du Canada peut encore demander une non-divulgaration ou une divulgation partielle en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada en invoquant la confidentialité liée à la sécurité nationale. Ainsi que nous le verrons dans la prochaine partie de notre étude, toutefois, de telles demandes peuvent avoir pour effet de retarder le procès et de le fragmenter. Elles forcent également le juge du procès à déterminer s'il est possible de tenir un procès équitable à la lumière de l'ordonnance de confidentialité de la Cour fédérale.

Bien que l'arrêt Stinchcombe soit souvent cité pour faire valoir de manière générale que tous les renseignements pertinents qui sont en la possession du ministère public doivent être divulgués à l'accusé, la décision elle-même est plus nuancée. Le juge Sopinka a formulé les commentaires suivants pour la Cour à l'unanimité :

Dans l'affaire *R. v. C. (M.H.)* (1988), 46 C.C.C. (3d) 142 (C.A.C.-B.), à la p. 155, le juge en chef McEachern, ayant passé en revue la jurisprudence, fait ce que je considère, en toute déférence, comme un énoncé juste de la règle de droit applicable. Il dit que [traduction] "le ministère public a l'obligation générale de divulguer tout ce qu'il envisage d'utiliser au procès, et particulièrement tous les éléments de preuve qui peuvent aider l'accusé, même si le ministère public n'envisage pas de les présenter". Ce passage a été cité et approuvé par le juge McLachlin dans les motifs qu'elle a rédigés au nom de notre Cour ([1991] 1 R.C.S. 763). Elle a ajouté: "Notre Cour a déjà dit que le ministère public a l'obligation en common law de divulguer à la défense tous les éléments de preuve substantielle, favorables ou non à l'accusé" (à la p. 774).

Comme je l'ai déjà indiqué, toutefois, cette obligation de divulguer n'est pas absolue. Elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général, lequel pouvoir s'exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment de cette divulgation. Par exemple, il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de

secret. En ce qui concerne les indicateurs, le ministère public a l'obligation de taire leur identité. Dans certains cas, la personne qui a fourni des éléments de preuve ou des renseignements dans le cadre de l'enquête peut subir, en conséquence, un préjudice grave et même des lésions corporelles. La dure réalité de la justice veut que toute personne disposant d'éléments de preuve pertinents finisse par comparaître pour témoigner, mais le pouvoir discrétionnaire s'exerce en pareil cas pour déterminer le moment et la forme de la divulgation. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence de renseignements. Si le ministère public pèche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence. La pratique dans le domaine civil nous enseigne qu'on peut compter sur les avocats, en leur qualité d'officiers de justice agissant de façon responsable, pour accepter de divulguer des renseignements pertinents. Les manquements à cette obligation constituent une violation très grave de la déontologie juridique. C'est donc au substitut du procureur général qu'il incombe avant tout de séparer "le bon grain de l'ivraie". Il peut aussi y avoir des situations où la divulgation prématurée pourra peut-être retarder la fin de l'enquête. Pourtant, retarder la communication de la preuve pour ce motif est une pratique qu'il ne faut pas encourager et à laquelle on devrait rarement recourir. Quant à savoir si l'enquête sera terminée avant que ne soient engagées des poursuites concernant un seul ou plusieurs chefs d'accusation, il n'en tient essentiellement qu'au ministère public. Néanmoins, il n'est pas toujours possible de prévoir les événements qui pourront nécessiter la réouverture d'une enquête, de sorte que le ministère public doit avoir un certain pouvoir discrétionnaire de retarder la divulgation en pareilles circonstances²⁰⁶.

La déclaration qui précède indique que bien que tous les éléments de preuve et les renseignements pertinents doivent être divulgués, le ministère public a le pouvoir et, en fait, l'obligation de ne pas divulguer « ce qui n'a manifestement aucune pertinence ». Le pouvoir discrétionnaire dont jouit le ministère public pour ce qui est de ne pas divulguer les renseignements non pertinents, de s'abstenir de divulguer des

206 [1991] 3 R.C.S. 326.

renseignements sur l'identité d'un dénonciateur protégé par un privilège et de retarder la divulgation pour d'autres raisons, comme la sécurité du témoin ou une enquête en cours, est susceptible de contrôle par le juge du procès.

La portée du droit à la divulgation

Comme nous l'avons vu dans la première partie de notre étude, l'arrêt *Stinchcombe* a fait craindre fortement que les renseignements du SCRS remettent à la police puissent être assujettis à des obligations de divulgation. Il est cependant important de rappeler que suivant cet arrêt seule la preuve pertinente relativement à l'affaire et au droit de l'accusé à une défense pleine et entière serait assujettie à la divulgation. Le ministère public jouissait du pouvoir discrétionnaire – susceptible de contrôle – tant de ne pas divulguer une preuve sans pertinence ou privilégiée que de retarder la divulgation pour d'importantes raisons, telles la sécurité du témoin ou la tenue d'enquêtes en cours. Il importe que la police et les services de renseignement comprennent les exigences exactes de l'arrêt *Stinchcombe* et qu'ils ne les sous-estiment ni ne les surestiment. Il se peut que les interprétations erronées de l'arrêt *Stinchcombe* soient attribuables en partie au fait que les normes qui y ont été établies n'ont pas encore été codifiées dans une loi accessible.

Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Stinchcombe*, la Cour s'est penchée sur la question de savoir quelle preuve était pertinente et devait être divulguée dans un certain nombre d'affaires. Dans une affaire remontant à 1993, *R. c. Egger*²⁰⁷, le juge *Sopinka* a dit ceci :

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense: s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué -- précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

207 [1993] 2 R.C.S. 451.

La preuve qui ne peut raisonnablement être utilisée par l'accusé n'est pas assujettie aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*.

En 1995, la Cour est revenue sur l'arrêt *Stinchcombe*, et sur la question de la portée des obligations de divulgation qui s'y trouvent énoncées, dans l'arrêt *R. c. Chaplin* ²⁰⁸. Cette affaire est particulièrement utile face aux craintes exprimées en raison de la nécessité de divulguer un vaste éventail de renseignements de sécurité qui se trouvent en la possession de la police ou du substitut du procureur général. L'accusé avait fait l'objet d'une écoute électronique en vertu du Code criminel, ce qui lui a été divulgué, mais il a voulu savoir aussi s'il avait été nommé comme première ou deuxième cible dans d'autres écoutes électroniques faites entre 1988 et 1992. Le ministère public a répondu qu'il n'y avait eu aucune écoute électronique « se rapportant à cette enquête en particulier au cours de la période en question »²⁰⁹. Il a cependant refusé de confirmer ou de nier l'existence d'autres tables d'écoute concernant l'accusé au cours de la même période. La Cour à l'unanimité a rejeté l'appel de l'accusé au motif que ce dernier n'avait pas établi l'existence de raisons suffisantes pour permettre une autre divulgation. Le juge Sopinka a dit ceci :

L'obligation pour la défense d'établir un fondement à sa demande de divulgation sert à empêcher des demandes qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires. Dans les affaires d'écoute comme en l'espèce ceci est particulièrement important. Il faut en effet distinguer les recherches à l'aveuglette et la conjecture d'avec les demandes légitimes de divulgation. La divulgation systématique de l'existence de tables d'écoute concernant une personne qui est déjà inculpée, mais qui fait l'objet d'écoute électronique dans le cadre d'enquêtes criminelles en cours relativement à d'autres infractions soupçonnées, nuit à la capacité de l'État de faire enquête sur un large éventail de crimes complexes qui seraient difficiles à détecter par d'autres moyens, soit, notamment, le trafic de stupéfiants, l'extorsion, la fraude et le délit d'initié: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 44. En règle générale, l'écoute électronique n'est efficace que si elle se fait à

208 [1995] 1 R.C.S. 727.

209 *Ibid.*, par. 5.

l'insu des personnes sur lesquelles porte l'enquête. C'est ce qui est implicitement reconnu dans les dispositions de la partie VI du Code qui traitent du secret, soit les art. 187 et 193, qui s'appliquent jusqu'à la fin de l'enquête, et l'art. 196, qui prévoit un avis différé de l'existence d'une table d'écoute²¹⁰.

La Cour a établi une distinction entre les décisions antérieures portant sur la divulgation d'écoutes électroniques, comme l'affaire Parmar dont il a été question précédemment, au motif que « le fait déterminant est que le ministère public a dit qu'aucune écoute électronique n'avait été autorisée dans le cadre de l'enquête ayant abouti aux accusations ». Pour cette raison, elle a ajouté ceci :

Toutefois, parler en l'espèce de l'existence possible d'autres tables d'écoute et de leur rapport avec les questions soulevées n'est que pure conjecture. Somme toute, il s'agit au mieux d'une recherche à l'aveuglette, et au pire, d'une tentative de déterminer si la police a fait enquête sur les accusés relativement à d'autres infractions soupçonnées. Les appelants n'ont établi aucun motif qui permette de penser qu'il existait même des autorisations d'écoute électronique se rapportant à une enquête sur d'autres accusations, ou que le ministère public, en constituant sa preuve, s'était appuyé sur cette écoute électronique ou sur des preuves dérivées ainsi obtenues. Cela étant, le ministère public n'était pas tenu de justifier davantage la position qu'il avait prise ni n'avait à produire des preuves supplémentaires²¹¹.

L'arrêt Chaplin était une première indication importante des limites de l'arrêt Stinchcombe, surtout en ce qui concerne les renseignements confidentiels qui n'étaient pas pertinents relativement à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière face aux accusations portées contre lui. Il démontrait une volonté de mettre un frein aux tentatives de l'accusé d'en savoir davantage chaque fois que le ministère public était disposé à certifier que l'existence de toutes les écoutes électroniques relatives à l'accusation en question avait été divulguée, sans toutefois vouloir nier ou confirmer l'existence d'une écoute électronique

210 *Ibid.*, par. 32.

211 *Ibid.*, par. 35.

ou d'autres renseignements confidentiels ne se rapportant pas aux accusations en cause.

L'arrêt Chaplin permet de croire que le ministère public ne devrait pas être tenu de divulguer l'existence d'interceptions faites par le SCRS ou le CST qui, certes, se rapportent à l'accusé, mais qui n'ont rien à voir quant aux accusations auxquelles celui-ci doit répondre. Cela dit, la portée de certaines infractions de terrorisme, comme la participation à un groupe terroriste ou la facilitation d'activités terroristes²¹², ou même d'accusations de complot en vue de commettre un meurtre, peut signifier que la plupart des renseignements recueillis sur un accusé et ses associés sur une longue période pourraient néanmoins être pertinents relativement aux accusations de vaste portée. Néanmoins, l'arrêt Chaplin confirme que le choix d'une accusation influera sur la portée des obligations de divulgation. Celles-ci pourront être restreintes si l'accusé doit faire face à une accusation en relation avec un acte donné, mais elles pourront être élargies si cette accusation se rapporte à un certain nombre d'actes commis sur une longue période.

La Cour s'est penchée à nouveau sur la portée du droit à la divulgation trois ans après l'arrêt Chaplin, dans l'arrêt R. c. Dixon. Le juge Cory s'y est exprimé ainsi :

Manifestement, le critère préliminaire fixé pour la divulgation est fort peu élevé. Par conséquent, une vaste gamme de documents, qu'ils soient disculpatoires ou inculpatatoires, sont assujettis à la communication. Voir l'arrêt Stinchcombe, précité, à la p. 343. En particulier, « toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge » (p. 345). L'obligation de divulguer du ministère public est donc déclenchée chaque fois qu'il y a une possibilité raisonnable que le renseignement soit utile à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière²¹³.

La Cour a indiqué que les documents qui doivent être divulgués selon l'arrêt Stinchcombe « vise[nt] les documents qui peuvent n'avoir qu'une

212 Code criminel, art. 83.18 et 83.19.

213 *Ibid.*, par. 21.

importance secondaire par rapport aux questions fondamentales en litige »²¹⁴. Cette interprétation de l'arrêt *Stinchcombe* fait ressortir la portée des obligations de divulgation. Dans le cadre d'une poursuite pour terrorisme, on pourrait faire valoir qu'il existe une possibilité raisonnable que la plupart des renseignements concernant un accusé ou ses associés puissent être utiles à l'accusé aux fins de présenter une défense pleine et entière.

La relation entre le droit à la divulgation et le droit à une défense pleine et entière

Même les interprétations libérales des obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* font ressortir le fait que la divulgation constitue un moyen qui vise une fin, et que cette fin est le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et son droit à un procès équitable.

La relation entre le droit à la divulgation et le droit à une défense pleine et entière a été analysée dans plusieurs affaires. Dans l'arrêt *R. c. La*²¹⁵, la Cour a établi une distinction entre les deux. Il y aurait en effet atteinte au droit à la divulgation si celle-ci donnait lieu à une explication insuffisante ou à une « négligence inacceptable »²¹⁶. Par opposition, il faudrait, pour conclure à l'existence d'une atteinte au droit à une défense pleine et entière, « un préjudice concret »²¹⁷. Au contraire, il n'y aurait aucune violation s'« il existe une autre source de renseignements »²¹⁸. Il en découle l'importante possibilité, dans le cadre des poursuites pour terrorisme, qu'il existe d'autres sources de renseignements et qu'ainsi il n'y ait plus obligation de divulguer des renseignements secrets. Ainsi que nous le verrons, l'idée de remplacer adéquatement des documents classifiés par des documents non classifiés joue un rôle important dans les efforts déployés aux États-Unis pour établir une relation pratique entre les renseignements de sécurité et la preuve.

Dans l'arrêt *R. c. Dixon*, la Cour a établi à l'unanimité une distinction entre le droit à la divulgation, qui serait violé lorsque l'« accusé démontre l'existence d'une possibilité raisonnable que les renseignements non divulgués eussent pu être utilisés pour réfuter la preuve du ministère public, présenter un moyen de défense ou rendre une décision qui

214 *Ibid.*, par. 23.

215 [1997] 2 R.C.S. 680.

216 *Ibid.*, par. 20.

217 *Ibid.*, par. 25.

218 *Ibid.*, par. 32.

aurait pu avoir une incidence sur la façon de présenter la défense », et le droit à une défense pleine et entière, qui serait violé « lorsque l'accusé démontre qu'il y a une possibilité raisonnable que la non-divulgaration ait influé sur l'issue ou l'équité globale du procès »²¹⁹. Bien que le droit à la divulgation ait un statut constitutionnel indépendant aux termes de l'art. 7 de la Charte, il vise à faciliter le droit à une défense pleine et entière. La Cour a indiqué également que la relation entre les deux droits a une dimension temporelle. En effet, le droit à une défense pleine et entière devient généralement pertinent lorsque les tribunaux d'appel revoient des procès alors que le droit à la divulgation s'attache aux questions de divulgation avant et pendant le procès.

La Cour suprême est revenue sur la nature de la relation qui existe entre le droit à la divulgation et le droit à une défense pleine et entière dans l'arrêt *R. c. Taillefer; R. c. Duguay*²²⁰. Dans cette affaire, une quantité considérable de renseignements se rapportant à une enquête pour meurtre n'avaient pas été divulgués à l'accusé, y compris les déclarations incompatibles de certains témoins à charge et autres renseignements qui entraient en contradiction avec la thèse du ministère public dans cette affaire. La Cour suprême a confirmé que le droit de l'accusé à la divulgation était vaste et constitutionnel. Le juge LeBel s'est exprimé dans les termes suivants :

Le ministère public doit divulguer à l'accusé tous les renseignements pertinents, qu'ils soient inculpataires ou disculpatoires, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser de divulguer des renseignements privilégiés ou encore manifestement non pertinents. La pertinence s'apprécie tant à l'égard de l'accusation elle-même que des défenses raisonnablement possibles. Les renseignements pertinents doivent être divulgués, que le ministère public ait ou non l'intention de les produire en preuve et ce, avant que l'accusé n'ait été appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer (p. 343). En outre, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge. [...] Peu de renseignements seront

219 *Ibid.*, par. 34.

220 [2003] 3 R.C.S. 307.

soustraits à l'obligation de communication de la preuve imposée à la poursuite²²¹.

Comme ce fut le cas de l'affaire Dixon, cette affaire a souligné la portée de l'obligation de divulgation, la pertinence s'appréciant toutefois tant à l'égard de l'accusation que des moyens de défense raisonnablement possibles.

La Cour a cependant fait remarquer que la violation du droit de l'accusé à la divulgation ne constitue pas toujours une atteinte au droit à une défense pleine et entière²²². Pour qu'on conclue à une violation du droit à une défense pleine et entière, l'accusé doit démontrer que la non-divulgation a influé sur l'issue ou sur l'équité globale du procès. Il est tenu d'établir non pas qu'un verdict différent était probable, mais seulement qu'il représentait une possibilité raisonnable; cette possibilité s'apprécie à l'égard de l'obligation d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. La Cour suprême a infirmé la décision de la Cour d'appel du Québec qui avait conclu qu'il n'y avait pas eu violation du droit à une défense pleine et entière dans cette affaire. La Cour d'appel avait, à tort, apprécié la preuve un élément à la fois, et conclu qu'aucun élément en soi n'aurait influé sur le verdict. Au contraire, l'examen en ce qui concerne tant l'issue du procès que l'équité globale de celui-ci devrait porter sur l'ensemble des circonstances. Au chapitre de l'équité du procès, les tribunaux devraient vérifier si la non-divulgation « a privé l'accusé de certains moyens de preuve ou d'enquête. Ce serait le cas, par exemple, si la déclaration non divulguée d'un témoin aurait raisonnablement pu être utilisée afin d'affaiblir la crédibilité d'un témoin de la poursuite. Une même conclusion s'imposerait si la poursuite omet de divulguer à la défense l'existence d'un témoin qui aurait pu, en temps opportun, permettre la découverte d'autres témoins utiles à la défense »²²³. L'examen devrait porter « sur les usages possibles et réalistes des éléments de preuve par la défense »²²⁴.

Le point de vue que la Cour a adopté dans l'arrêt Taillefer confirme que le droit à la divulgation a une vaste portée et qu'il s'applique aux renseignements pertinents, y compris à ceux qui concernent les témoins que le ministère public n'entend pas citer. Par ailleurs, cette affaire permet

221 *Ibid.*, par. 59 et 60.

222 *Ibid.*, par. 71.

223 *Ibid.*, par. 84.

224 *Ibid.*, par. 99.

de faire valoir que la violation du droit à la divulgation ne constitue pas dans tous les cas une violation du droit à une défense pleine et entière. La réponse à la question de savoir s'il y a atteinte à ce dernier droit dépend de l'existence d'utilisations réalistes par la défense de documents susceptibles d'influer sur l'issue ou l'équité du processus. La non-divulgation cumulative pourrait donner lieu à une violation du droit à une défense pleine et entière même si chaque document non divulgué ne pourrait à lui seul influencer sur l'issue ou l'équité du processus.

Clarifications ou restrictions législatives apportées à l'arrêt Stinchcombe

La Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire Stinchcombe au moment où la Commission de réforme du droit du Canada et la Commission d'enquête sur la déclaration de culpabilité injustifiée de Donald Marshall recommandaient que le Code criminel soit modifié de manière à préciser les obligations de divulgation. Dans l'arrêt Stinchcombe, la Cour a aussi envisagé la possibilité que le pouvoir judiciaire établisse des règles pour clarifier certaines modalités procédurales et peut-être même les grands principes à appliquer en matière de divulgation. De manière générale, toutefois, les questions de divulgation n'ont pas été résolues au moyen de règles et de lois. Elles l'ont plutôt été après le fait, dans des décisions judiciaires rendues dans des cas d'espèce. Bien qu'une démarche ainsi individualisée donne lieu à des décisions adaptées aux faits de chaque affaire, elle crée en revanche une certaine incertitude quant à la portée des obligations de divulgation. Ainsi que nous l'avons vu dans la première partie de notre étude, le sentiment que les renseignements que le SCRS pourrait communiquer à la police seraient assujettis aux obligations de divulgation a porté un dur coup au partage de renseignements entre le SCRS et la GRC. D'aucuns ont cru voir également une certaine incohérence dans la manière dont les normes énoncées dans l'arrêt Stinchcombe en matière de divulgation ont été interprétées par les divers acteurs de la justice pénale. On pourrait éventuellement remédier à ces lacunes en codifiant et en clarifiant les normes relatives à la divulgation.

La divulgation de dossiers thérapeutiques et autres dossiers confidentiels de plaignants dans les cas d'agression sexuelle est l'une des rares questions ayant donné lieu à l'adoption d'une loi visant à clarifier et à restreindre les obligations et droits généraux qui sont énoncés dans l'arrêt Stinchcombe en matière de divulgation. Le gros de la controverse sur cette question porte sur la production de ce type de dossiers en la possession de tierces parties, comme les centres d'aide aux victimes

d'agression sexuelle et les médecins, mais ces affaires mettent en cause également les restrictions législatives aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* relativement aux documents détenus par le ministère public.

Dans l'arrêt *R. c. O'Connor*²²⁵, les juges de la Cour suprême – par une majorité de cinq contre quatre – ont statué que les obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquaient aux dossiers personnels des plaignants que le ministère public avait en sa possession. Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont conclu que [l]orsque de tels dossiers sont en la possession ou sous le contrôle du ministère public, il n'y a tout simplement aucune raison impérieuse de s'écarter du raisonnement suivi dans *Stinchcombe* : à moins que le ministère public puisse prouver qu'ils sont manifestement non pertinents ou sont assujettis à une certaine forme de privilège d'intérêt public, les dossiers thérapeutiques en question doivent être divulgués à la défense »²²⁶.

En 1997, le législateur a édicté une loi précisant la procédure à suivre et imposant au juge l'obligation d'établir un équilibre entre, d'une part, les droits de l'accusé et, d'autre part, les droits du plaignant à la protection de la vie privée et à l'égalité ainsi que l'intérêt de la société à encourager le signalement d'infractions sexuelles, avant d'ordonner que les dossiers personnels d'un plaignant qui sont en la possession du ministère public soient divulgués à l'accusé. L'accusé a fait valoir dans l'affaire *R. c. Mills* que cette loi portait atteinte à l'art. 7 de la Charte au motif qu'elle avait pour effet de limiter la portée générale de l'obligation de divulgation énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*. La Cour à la majorité a rejeté cet argument. Les juges McLachlin et Iacobucci ont fait une distinction d'avec l'arrêt *O'Connor* au motif qu'il ne s'appliquait qu'aux dossiers où la plaignante avait renoncé à son droit à la protection de la vie privée. La nouvelle loi s'appliquait dans les cas où il n'y avait eu aucune renonciation de cette nature et [i]l était donc loisible au législateur de combler cette lacune par voie législative. Considéré dans ce contexte, le par. 278.2(2) garantit que la gamme des droits mis en jeu par la communication seront évalués conformément à la procédure énoncée aux art. 278.5 et 278.7. Le simple fait que cette procédure diffère de celle énoncée dans *Stinchcombe* n'établit pas sans plus l'existence d'une violation de la Constitution »²²⁷.

225 [1995] 4 R.C.S. 411.

226 *Ibid.*, par. 14; voir aussi par. 189, motifs du juge Cory; par. 254, motifs du juge Major.

227 [1999] 3 R.C.S. 668, par. 109.

La Cour a conclu également « qu'il [n'y a pas] automatiquement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière lorsque ce dernier est privé de renseignements pertinents. Comme notre Cour l'a exposé dans l'arrêt R. c. La, [1997] 2 R.C.S. 680, au par. 25, lorsque la demande est fondée sur la perte d'un élément de preuve, « l'accusé [...] doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière ». D'autres intérêts publics peuvent, de la même façon, limiter l'accès de l'accusé à des renseignements potentiellement pertinents. C'est ce qui ressort nettement de l'arrêt Stinchcombe, précité, où notre Cour a conclu que l'obligation de divulgation du ministère public est assujettie à une exception relative au privilège. De même, il est depuis longtemps reconnu en droit à quel point il est important de préserver l'identité des indicateurs de police au moyen du privilège relatif aux indicateurs, sous réserve de l'exception relative à l'innocence de l'accusé »²²⁸. En bref, la Cour a statué qu'il était constitutionnellement acceptable que le ministère public « se retrouve en possession de documents que l'accusé n'a pas vus, pourvu que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et que le procès soit fondamentalement équitable »²²⁹.

Dans l'arrêt R. c. Mills, la Cour est arrivée à la conclusion que la loi protégeait suffisamment le droit à une défense pleine et entière, en partie parce que le ministère public était tenu d'aviser l'accusé de l'existence des documents et de lui fournir suffisamment de renseignements sur la date et le contexte du dossier pour lui permettre de faire valoir qu'il avait besoin des documents en question pour présenter une défense pleine et entière²³⁰. Le juge en chef Lamer, dissident, a fait valoir que la loi exigeait de l'accusé qu'il établisse la pertinence vraisemblable d'un document qu'il n'avait pas consulté et qu'il serait préférable de permettre au ministère public d'établir que le document n'était pas pertinent ni privilégié²³¹.

L'applicabilité de l'arrêt Mills dans le contexte de la sécurité nationale est sujet à discussion. La démarche privilégiée par la Cour dans cette affaire procède de la notion que la Cour était appelée à concilier les droits opposés qui sont reconnus à l'accusé et au plaignant par la Charte, et que l'affaire n'était pas tranchée sous le régime de l'article premier de la Charte, où le ministère public a la charge de justifier l'existence de limites

228 *Ibid.*, par. 75.

229 *Ibid.*, par. 112.

230 *Ibid.*, par. 115.

231 *Ibid.*, par. 9.

à des droits garantis par la Charte. Il est possible qu'à l'avenir les tribunaux placent dans une classe à part le contexte de la sécurité nationale au motif qu'il oppose un accusé donné aux intérêts puissants, faut-il en convenir, de l'État au chapitre de la prévention du terrorisme et de l'institution de poursuites pour terrorisme. Le ministère public pourrait défendre l'existence de restrictions législatives à l'arrêt *Stinchcombe* dans des cas de terrorisme en faisant valoir que le terrorisme en soi porte atteinte au droit à la sécurité garanti par la Charte, mais cela reviendrait à faire fi de ce que la menace immédiate à la sécurité de la personne tire sa source du terroriste et non du gouvernement. Par ailleurs, il pourrait être plus facile de justifier l'existence de restrictions législatives à l'arrêt *Stinchcombe* dans le contexte de la sécurité nationale que le régime qui a été maintenu dans l'arrêt *Mills* si le juge avait accès à tous les renseignements avant de déterminer si ceux-ci doivent être divulgués.

Le contenu précis de toute loi visant à clarifier ou à restreindre la portée de l'arrêt *Stinchcombe* dans le contexte de la sécurité nationale serait d'importance cruciale. Il serait possible notamment d'adopter une loi soustrayant à l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public les renseignements dont la divulgation compromettrait ou risquerait de compromettre la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales. L'unique exception tiendrait aux renseignements qui sont disculpatoires ou qui atténuent la culpabilité de l'accusé. Une telle solution constituerait une atteinte au droit à la divulgation garanti par l'art. 7 de la Charte. Dans l'arrêt *Stinchcombe* et dans ceux qui ont suivi, la Cour a clairement rejeté la notion, que l'on retrouve dans la loi constitutionnelle américaine, suivant laquelle l'accusé n'a qu'un droit constitutionnel à la divulgation d'une preuve disculpatoire. Il est possible également que l'on conclue que cette restriction législative viole le droit à une défense pleine et entière compte tenu de l'interprétation donnée à ce droit dans l'affaire *Taillefer*, dont il a été question précédemment. En d'autres termes, on pourrait craindre que la divulgation de renseignements qui, à leur lecture, ne sont pas disculpatoires puisse malgré tout priver l'accusé de ressources en matière de preuve ou d'enquêtes qui pourraient mener à la récusation de témoins à charge ou à la découverte de témoins qui seraient utiles à la défense.

Il serait peut-être possible de tirer du régime législatif maintenu dans l'arrêt *Mills* une restriction plus nuancée aux obligations de divulgation dans le contexte de la sécurité nationale, une restriction qui tiendrait suffisamment compte cependant du contexte de sécurité nationale distinct et du fait que les intérêts de l'État à protéger les secrets, aussi

importants soient-ils, peuvent s'apparenter davantage aux intérêts de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles qu'au droit du plaignant en matière de protection de la vie privée et d'égalité. Suivant cette démarche, le juge pourrait être appelé à prendre en considération les effets bénéfiques et nuisibles de la divulgation ou de la non-divulgation sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et sur les intérêts de l'État à la non-divulgation de renseignements qui compromettraient la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales. Dans l'arrêt *Mills*, la Cour a indiqué qu'il était constitutionnellement acceptable de considérer les intérêts de la société à la condition que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux soit protégé pour « s'assurer que l'accusé ait accès aux documents dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière »²³².

Le pouvoir discrétionnaire d'établir l'équilibre entre des intérêts opposés à la divulgation et à la non-divulgation pourrait reposer sur une liste non exhaustive de facteurs. Ainsi, la valeur disculpatoire des renseignements ou la possibilité réaliste que ceux-ci révèlent des renseignements utiles à l'accusé aux fins de présenter une défense pleine et entière pourrait faire partie des facteurs qui font pencher la balance en faveur de la divulgation. Par opposition, le fait que les documents révéleraient des techniques d'enquête délicates, l'identité d'agents d'infiltration ou d'autres officiers de l'État, ainsi que les cibles d'autres enquêtes ou renseignements administratifs internes portant sur des services canadiens ou étrangers, pourrait faire partie des facteurs qui font pencher la balance en faveur de la non-divulgation des documents à l'accusé²³³. Ainsi, le législateur pourrait offrir aux juges des consignes sur l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, sans usurper celui de déterminer les renseignements qui doivent être divulgués à l'accusé pour garantir la tenue d'un procès équitable et protéger son droit à une défense pleine et entière²³⁴.

232 *Ibid.*, par. 144.

233 Dans l'affaire *R. c. Khawaja*, 2007 CF 490, par. 8, le juge Mosley a fait remarquer que l'accusé « a souligné qu'il ne recherche pas la divulgation de renseignements susceptibles de révéler les techniques employées pour mener des enquêtes sensibles, l'identité d'agents provocateurs appartenant à des organismes de renseignement et/ou à des forces de l'ordre, ou encore des personnes visées par d'autres enquêtes ». Il a noté également que 350 des 506 documents visés par la demande de non-divulgation du ministère public fondée sur l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* « contiennent ce que l'on pourrait qualifier de façon générale de renseignements administratifs internes, par exemple les noms, numéros de téléphone ou numéros de télécopieur d'employés d'organismes; numéros de dossiers internes; ou mentions de l'existence ou des identités d'agents secrets, au Canada ou à l'étranger ...[L'accusé] ne demande pas la divulgation de ce genre de renseignements. » *Ibid.*, par. 44. Dans d'autres affaires, cependant, l'accusé a pu demander la divulgation de tels renseignements et faire valoir qu'ils n'étaient ni clairement pertinents, ni privilégiés.

234 L'on trouvera un exemple d'une telle liste non limitative de facteurs au par. 276(3) du *Code criminel*, qui régit l'admissibilité en preuve de l'activité sexuelle antérieure du plaignant dans un dossier d'agression sexuelle.

Comme il peut le faire en vertu du paragraphe 278.7(3) du Code criminel, le juge pourrait être habilité à imposer des conditions relatives à la divulgation à l'accusé afin de protéger le plus possible les intérêts de l'État à la non-divulgation. Ces conditions seraient conçues de manière à tenir compte du contexte de la sécurité nationale. Elles pourraient notamment consister à censurer ou à résumer les documents visés, à ordonner qu'ils ne soient divulgués qu'à l'accusé, qu'ils soient tenus ou consultés dans des endroits protégés désignés, qu'aucune copie du dossier ne soit faite et que les renseignements signalétiques soient ou retranchés ou encodés de manière à protéger l'anonymat des sources des renseignements et des agents. On pourrait prévoir également le maintien du secret des documents jusqu'à l'expiration du délai d'appel applicable à l'ordonnance de divulgation.

Une telle loi donnerait probablement lieu à une contestation sous le régime de la Charte et serait probablement jugée contraire au droit de l'accusé à la divulgation au sens où on l'envisage dans l'arrêt *Stinchcombe*. On pourrait cependant faire valoir qu'elle constitue une limite raisonnable à ce droit à la divulgation, limite nécessaire pour protéger les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, compromettraient des intérêts vitaux et importants de l'État, et que cela peut être compatible avec le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. La loi serait vraisemblablement liée rationnellement à cet objectif de l'État, mais on pourrait faire valoir qu'il existe d'autres moyens mieux adaptés pour protéger les secrets, comme les dispositions existantes des art. 37 et 38 de la Loi sur la preuve au Canada. À de nombreux égards, les restrictions aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* dans le contexte de la sécurité nationale serviraient un objectif semblable à l'égard de l'instance fondée sur l'art. 38 devant la Cour fédérale. Si cette instance se déroulait devant le juge président le procès cependant, il serait peut-être avantageux de ne pas forcer la tenue d'un débat devant un tribunal distinct et de laisser planer la possibilité d'appels interlocutoires ou préalables à la tenue du procès. Dans l'arrêt *Mills*, la Cour suprême a indiqué que l'attribution rapide du dossier au juge du procès pourrait permettre que des restrictions à la production et à la divulgation soient établies bien avant la tenue du procès²³⁵, et une telle procédure est également recommandée vu la durée et la complexité des poursuites pour terrorisme²³⁶. Suivant cette solution cependant, il faudrait peut-être veiller à ce que le juge de première instance ait accès à des installations

235 *R. c. Mills*, par.145.

236 Bruce MacFarlane, « Structural Aspects of Terrorist Trials ».

et à une formation suffisantes pour le traitement des renseignements secrets, puisque, de manière générale, il serait appelé à examiner les documents avant de déterminer si leur non-divulgence est compatible avec le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable. Cette formule aurait comme principal avantage de suivre la pratique d'autres pays en permettant que les juges de procès en matière pénale prennent et, au besoin, renvoient des décisions sur la divulgation en prenant en considération la manière dont l'intérêt de l'accusé à présenter une défense pleine et entière évolue pendant la durée du procès²³⁷. Dans certains cas, l'intérêt de l'État à la non-divulgence peut changer aussi au cours du procès en raison de la levée de mises en garde à l'égard de certains renseignements ou de l'achèvement d'enquêtes.

Les restrictions législatives à l'arrêt *Stinchcombe* dans le contexte de la sécurité nationale auraient notamment pour objectif de réduire au minimum le besoin de présenter des demandes de confidentialité sous le régime de l'art. 38. Elles auraient pour objectif également d'atténuer les craintes que l'arrêt *Stinchcombe* ait eu pour effet de miner les relations entre la GRC et le SCRS et la transmission de renseignements secrets à la police. Cela dit, les restrictions législatives à l'arrêt *Stinchcombe* ne constituent pas une panacée. Elles seraient susceptibles d'une contestation fondée sur la Charte. On ne peut pas affirmer avec certitude que l'arrêt *Mills* s'applique dans le contexte de la sécurité nationale. Même si une loi restreignant la portée de l'arrêt *Stinchcombe* était maintenue en vertu de la Charte, il pourrait en découler de nombreux litiges sur le sens exact qu'il convient de lui donner et sur son rapport avec les normes constitutionnelles. Bien que les intérêts de l'État à la non-divulgence soient particulièrement puissants dans le contexte de la sécurité nationale, il y a aussi le danger que la non-divulgence dans ce contexte accroisse le risque d'erreurs judiciaires. La non-divulgence de renseignements même en apparence inoffensifs sur ce que l'on soupçonne être une cellule terroriste pourrait priver l'accusé d'importantes ressources susceptibles de lui permettre de contester la manière dont l'État a enquêté dans le dossier, a omis de suivre d'autres pistes ou d'examiner d'autres hypothèses sur des événements et des associations pouvant mener à conclure à son innocence. La non-divulgence de documents reçus de sources étrangères

²³⁷ Ainsi qu'il en a été question dans la partie IV.

pourrait aussi priver l'accusé d'arguments crédibles qu'un processus canadien a été vicié en raison d'un abus commis à l'étranger²³⁸.

Même si les restrictions législatives à l'arrêt Stinchcombe étaient maintenues, elles pourraient forcer le juge à examiner les renseignements que l'on demande de soustraire à la divulgation élément par élément, ce qui pourrait engendrer une certaine incertitude ainsi que l'allongement des poursuites pour terrorisme. Bien qu'elles soient destinées à réduire la nécessité pour le procureur général du Canada de recourir à des demandes d'ordonnance de confidentialité fondées sur l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada, les restrictions législatives à l'arrêt Stinchcombe pourraient accroître encore davantage la complexité des poursuites pour terrorisme, en retarder le déroulement et susciter d'autres contestations.

L'arrêt Stinchcombe et le devoir de préserver la preuve

Peu après l'arrêt Stinchcombe, la Cour suprême a précisé que le droit à la divulgation de renseignements pertinents n'allait pas sans l'obligation du ministère public de préserver cette preuve. Ainsi que nous le verrons, la destruction de renseignements pertinents par le SCRS lors du procès de Malik et Bagri a mené à la conclusion qu'il y avait eu violation de l'art. 7 de la Charte. Le juge de première instance n'a eu à prononcer aucune mesure de redressement, pour la seule raison qu'il a acquitté l'accusé sur le fond de l'affaire.

Dès 1993, la Cour suprême a indiqué que l'obligation de divulgation énoncée dans l'arrêt Stinchcombe avait pour corollaire le devoir du ministère public de préserver des échantillons de sang au-delà de la période minimale de trois mois prescrite dans le Code criminel²³⁹. En 1995, la Cour a été saisie à nouveau de l'affaire Stinchcombe, parce que les notes initiales de la police avaient été détruites. Dans le deuxième arrêt Stinchcombe, la Cour a précisé que l'obligation de préserver la preuve n'était pas absolue et qu'il pouvait suffire, pour satisfaire aux obligations énoncées dans l'arrêt Stinchcombe, d'expliquer de manière satisfaisante pourquoi l'élément de preuve en cause n'avait pas été

²³⁸ L'enquête de la GRC sur Maher Arar révèle certains des risques qu'il y a à tirer des conclusions sur des personnes sur le fondement de leurs associations ou de leurs convictions. Sur les dangers du manque de vision périphérique, voir le Groupe de travail fédéral-provincial sur les erreurs judiciaires (2004). Sur l'expérience et les dangers d'erreurs judiciaires dans les dossiers de terrorisme, voir Kent Roach et Gary Trotter, « Miscarriages of Justice in the War Against Terror » (2005) 109 *Penn State L. Rev.* 967.

²³⁹ *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, p. 472.

conservé²⁴⁰. En 1997, la Cour a précisé sa pensée sur la solution à adopter relativement à la préservation de la preuve dans l'arrêt *R. c. La*, une affaire où l'on ne pouvait avoir accès à l'enregistrement sur bande audio d'une conversation tenue avec une fillette dans le contexte d'une instance en matière de protection de l'enfance, même si cette preuve aurait pu être pertinente pour l'accusé dans une poursuite subséquente pour agression sexuelle où la fillette aurait été la plaignante²⁴¹. Le juge Sopinka est arrivé à la conclusion suivante pour la Cour à la majorité :

Le droit à la divulgation serait vide de sens si le ministère public n'était pas tenu de conserver des éléments de preuve qu'on sait pertinents. Pourtant, malgré tous les efforts que déploie le ministère public pour conserver la preuve, comme l'être humain n'est pas infaillible, il arrive, à l'occasion, que des éléments soient perdus [...] On ne peut attendre de la police qu'elle conserve tout ce qui lui passe entre les mains au cas où cela deviendrait un jour pertinent. En outre, même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Cependant, plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé²⁴².

Réfléchissant sur les rôles doubles et distincts du droit à la divulgation et du droit à une défense pleine et entière, la Cour a évoqué la possibilité que dans des « circonstances exceptionnelles, même si l'explication de la perte de la preuve était acceptable et qu'il n'y avait pas eu violation du droit à la divulgation, la perte d'un document soit à ce point préjudiciable au droit de présenter une défense pleine et entière qu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable »²⁴³. En pareils cas, il peut convenir d'ordonner l'arrêt des procédures. La Cour a indiqué en outre que l'incapacité du ministère public de préserver une preuve pertinente était également susceptible de donner lieu à un abus de procédure si, par exemple, le document était délibérément détruit afin de contourner les obligations de divulgation ou même peut-être s'il y avait eu « un degré

240 *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754.

241 Sur le fond de l'affaire, la Cour n'a conclu à l'existence d'aucune atteinte à l'art. 7 en raison de la destruction du ruban, en grande partie cependant parce que la police avait enregistré quatre autres déclarations de la fillette et avait témoigné à l'enquête préliminaire. *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 32 et 33.

242 *Ibid.*, par. 20 et 21.

243 *Ibid.*, par. 24.

inacceptable de négligence »²⁴⁴ dans la non-préservation de la preuve. Si elle était appliquée à des services de renseignement, cette décision pourrait avoir une incidence profonde sur la manière dont ceux-ci conçoivent des notes et conservent les fruits de leurs enquêtes. Les services de renseignement pourraient faire valoir qu'ils ne sont liés ni par l'arrêt *Stinchcombe* ni par le devoir connexe de préserver la preuve parce qu'ils ont pour mandat de fournir des renseignements au gouvernement. Ainsi que nous le verrons, cependant, cet argument n'a pas été retenu dans le cadre du procès de Malik et Bagri. Même si l'on conclut que les services de renseignement ne sont pas directement assujettis aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*, la destruction de documents importants par des tiers a dans certains cas entraîné l'arrêt des procédures²⁴⁵.

L'arrêt *La* a joué un rôle important à l'égard de deux concessions distinctes faites par le ministère public dans le cadre du procès d'*Air India*, à savoir que l'incapacité de préserver les écoutes électroniques et les notes du SCRS dénotait un degré inacceptable de négligence. Sans remettre en question cette concession, il importe toutefois de reconnaître que, dans cet arrêt, la Cour a implicitement reconnu que la collecte de renseignements de sécurité et la collecte d'éléments de preuve visaient des objectifs différents en soulignant qu'il n'y avait pas eu atteinte à l'art. 7 parce que l'enregistrement détruit dans cette affaire « n'a pas été enregistré[...] pour les fins d'une enquête criminelle » et que l'agent « ne l'a pas remis à l'agent qui enquêtait sur les accusations en question »²⁴⁶. On peut penser que la Cour se montrait ainsi prête à accepter que les obligations de divulgation et de préservation de la preuve ne s'étendent pas aux enquêtes parallèles et distinctes menées à d'autres fins. Cela dit, l'arrêt *La* permet de penser que si les agents du renseignement de sécurité communiquaient les renseignements à la police, le devoir de préserver la preuve devrait s'appliquer. Il est possible également que les tribunaux concluent à la violation du droit à une défense pleine et entière même si l'explication fournie relativement à l'incapacité de conserver les renseignements était raisonnable et qu'elle ne constituait pas une atteinte au droit à la divulgation.

L'affaire *La* soulève la question de savoir s'il y a lieu d'imposer une certaine restriction législative au devoir de préserver une preuve dans le

244 *Ibid.*, par. 22.

245 *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80.

246 *R. c. La*, par. 29.

contexte de la sécurité nationale. On pourrait faire valoir que l'application du principe est susceptible d'entraver les processus de collecte des services de renseignement, surtout leur volonté de communiquer des renseignements aux forces policières, lesquelles sont clairement assujetties au devoir de préserver et de divulguer les renseignements pertinents. Soulignons que le devoir de préserver la preuve et les renseignements, énoncé dans l'arrêt *Stinchcombe*, est à double tranchant. Ainsi que l'a reconnu Bob Rae dans son rapport, l'incapacité de préserver les renseignements pertinents peut avoir un effet préjudiciable tant pour l'État que pour l'accusé. La destruction des tables d'écoute et des notes du SCRS dans l'enquête sur Air India a pu porter préjudice à la preuve du ministère public. Par ailleurs, la destruction de ces pièces a également pu priver l'accusé de documents utiles à sa défense. Les documents ayant été détruits, toutefois, nous ne saurons jamais avec certitude ce qu'ils auraient pu révéler. Cette incertitude semble indiquer que le devoir de préserver la preuve et les renseignements pertinents, même dans le cadre d'enquêtes pour terrorisme menées par des services de renseignement, ne devrait pas être limité ou restreint. Les renseignements peuvent être conservés même si des restrictions sont imposées à leur circulation subséquente pour des motifs liés à la protection de la vie privée et à d'autres intérêts.

L'application des principes énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* dans la poursuite d'Air India et le devoir de préserver la preuve

La question de savoir si les renseignements recueillis par le SCRS étaient assujettis aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* s'est posée à diverses étapes de la poursuite intentée contre Malik et Bagri. En 2002, le juge Josephson s'est penché sur la question dans le cadre d'une requête relative à l'effacement des écoutes électroniques du SCRS. Le ministère public a fait valoir, dans un premier temps, que le SCRS devait être traité comme un tiers aux fins de divulgation, mais, pour reprendre les termes du juge du procès, [traduction] « M. Code soutient de manière convaincante, pour le compte de M. Bagri, que le droit et la logique mènent tous deux à conclure que, dans les circonstances de cette affaire, le SCRS fait partie du ministère public et, donc, qu'il est assujetti »²⁴⁷ aux obligations énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*. Le ministère public a subséquemment concédé que l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquait au SCRS par suite d'une entente conclue en 1987, aux termes de laquelle la GRC devait avoir un [traduction] « accès sans réserve à tous

²⁴⁷ *R. c. Malik* [2002] B.C.J. no 3219, par. 9.

les renseignements pertinents contenus dans les dossiers du SCRS... » relativement à l'enquête²⁴⁸. Cela a amené le juge Josephson à conclure que [traduction] « tous les autres renseignements en la possession du SCRS sont assujettis à la divulgation par le ministère public conformément aux normes énoncées dans l'arrêt R. c. Stinchcombe »²⁴⁹.

L'entente conclue en 1987 paraît être une exception au protocole d'entente conclu en 1986 entre le SCRS et la GRC qui, ainsi qu'il a été mentionné précédemment, indique qu'aucun des services n'aura un accès sans réserve aux dossiers de l'autre service. Cette déclaration vise non pas à critiquer l'entente conclue en 1987 dans le contexte sans précédent de l'enquête sur Air India, mais plutôt à replacer la conclusion du juge Josephson sur l'applicabilité de l'arrêt Stinchcombe au SCRS dans un contexte plus général. La concession du ministère public et les déclarations du juge Josephson prennent acte des circonstances particulières de l'enquête sur Air India et laissent ouverte la possibilité que ce précédent fasse l'objet d'une distinction d'avec les dossiers plus courants où le SCRS sélectionne soigneusement les renseignements qu'il divulgue à la GRC.

La question s'est posée à nouveau en 2004 lorsqu'il a fallu déterminer si le SCRS avait manqué à son obligation de divulgation relativement à la destruction des notes et des enregistrements sur bande d'entrevues menées entre un agent du SCRS et un témoin à charge clé. Comme il l'avait en 2002, le ministère public a concédé que l'arrêt Stinchcombe s'appliquait au SCRS par suite de l'entente conclue en 1987 entre le SCRS et la GRC. Même en l'absence d'une telle entente, le juge Josephson a conclu ceci :

[traduction] « En dépit de la nette démarcation entre les rôles du SCRS et de la GRC, les renseignements obtenus du témoin ont immédiatement paru à Laurie [l'agent du SCRS] « être d'une importance et d'une pertinence extrêmes relativement à l'enquête criminelle sur Air India. Lorsque, dans l'exécution de sa tâche de recueillir des renseignements, il a découvert une preuve pertinente aux fins de cette enquête, il était tenu en droit et en principe de la préserver et de la transmettre à la GRC²⁵⁰.

248 *Ibid.*, par. 10.

249 *Ibid.*, par. 14.

250 *R. c. Malik* [2004] B.C.J. no 842; 2004 BCSC 554, par. 20.

Cette entrevue du SCRS a eu lieu après l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India. Pour cette raison, l'entrevue avait une valeur probante plus évidente que les entrevues qui avaient pu être menées avant qu'un acte de terrorisme n'ait été commis. Une fois exécuté l'acte de terrorisme, il devient plus difficile de faire valoir que le SCRS s'acquitte de ses obligations réglementaires à l'égard des menaces à la sécurité du Canada, par opposition à la détermination d'une certaine forme de responsabilité pénale à l'encontre de certains individus. L'enquête sur l'affaire Air India était à de nombreux égards unique, plus particulièrement durant la période qui a suivi l'attentat. Les décisions du juge Josephson ne devraient pas permettre de conclure que le SCRS est toujours en principe assujéti aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*²⁵¹.

Litige subséquent mettant en cause la destruction par le SCRS de notes d'entrevue

La question de l'incapacité du SCRS de conserver et de divulguer des notes d'entrevue fait l'objet d'un litige en instance devant la Cour suprême. La question s'est posée dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité délivré contre Adil Charkaoui. Ce dernier a demandé l'arrêt des procédures, faisant valoir que le SCRS n'avait pas conservé les notes d'entrevue, et qu'il avait plutôt produit un résumé de diverses entrevues. Le juge Noël a rejeté cette demande, en grande partie parce que « les sommaires d'entrevues n'ont aucune signification quant au fondement des faits et allégations à la base du certificat et de la mise en détention »²⁵². Il a déclaré également qu'il n'était pas nécessaire d'en traiter sauf pour indiquer que le SCRS n'est pas un organisme policier et que son rôle n'est pas de porter des accusations. À ce titre, on ne peut lui imposer les mêmes obligations que celles attribuées à un corps policier. De plus, nous ne sommes pas en droit criminel mais plutôt en droit de l'immigration²⁵³.

L'appel de Charkaoui a été rejeté par la Cour d'appel fédérale, principalement au motif que le préjudice occasionné le cas échéant par la destruction des notes d'entrevue était de nature conjecturale. Par

251 La conclusion suivant laquelle les renseignements du SCRS sont assujétiés aux obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* ne doit pas nécessairement entraîner la divulgation de renseignements secrets. Le ministère public peut faire valoir la confidentialité liée à la sécurité nationale et autres immunités d'intérêt public aux termes des art. 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dont il sera question plus loin.

252 *Re Charkaoui*, 2005 CF 149, par. 16.

253 *Ibid.*, par. 17.

ailleurs, la Cour d'appel a déterminé que la défense du gouvernement sur la destruction des notes d'entrevue n'était pas très convaincante :

Selon les Ministres, l'obligation imposée au SCRS de s'en tenir à ce qui est strictement nécessaire fait en sorte que lorsqu'un sommaire d'une entrevue est rédigé, la conservation des notes de l'entrevue n'est plus strictement nécessaire et elles sont alors détruites. Cette politique, dit-on, empêche l'accumulation de renseignements à l'égard de personnes qui ne font l'objet d'aucun soupçon.

À sa face même, l'article 12 stipule que le test de la nécessité, même la stricte nécessité, s'applique à la collecte d'information, par enquête ou autrement. S'il y a nécessité quant à la conservation de l'information ainsi collectée, il s'agit d'une nécessité au plan pratique et non législatif. Car si l'information n'est pas conservée, elle ne peut alors servir à aucune fin utile²⁵⁴.

Le juge Pelletier a fait remarquer qu'il devait « dire en passant que je trouve peu convaincante la justification offerte par les Ministres pour cette politique du SCRS »²⁵⁵. Aux termes de l'art. 12, le critère de la nécessité absolue s'applique à la seule collecte de renseignements et non à la conservation ni à l'analyse subséquente de ceux-ci.

Il reste à voir si la Cour suprême déterminera si et quand le SCRS a l'obligation, aux termes de l'arrêt *Stinchcombe*, de sauvegarder les renseignements en vue de leur éventuelle divulgation. Une conclusion de la Cour suprême selon laquelle le SCRS était assujéti aux obligations énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* dépendrait vraisemblablement du fait que l'entrevue a été menée dans le contexte d'une instance contradictoire intentée contre Charkaoui. Quoi qu'il en soit, ce litige révèle la répugnance constante du SCRS à recueillir ou à conserver des renseignements en fonction de normes de preuve en dépit du fait que d'autres services de renseignement, et plus particulièrement le MI5, y sont disposés, à tout le moins dans certains cas.

Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, les services de renseignement devraient revoir le stéréotype qui les conduit à ne pas se préoccuper de la preuve dans le contexte d'enquêtes anti-terroristes. Plus leurs enquêtes s'intéressent à la responsabilité potentielle d'individus et non

²⁵⁴ *Re Charkaoui*, 2006 CAF 206, par. 28 et 29.

²⁵⁵ *Ibid.*, par. 27.

aux seules menaces générales à la sécurité nationale, plus se renforce l'argument selon lequel l'arrêt *Stinchcombe* s'applique aux services de renseignement. Comme ce fut le cas dans le cadre de l'enquête sur *Air India*, la collecte de renseignements de sécurité en fonction de normes de preuve et la sauvegarde de tels renseignements pourraient favoriser les intérêts de l'État en matière de prévention du crime et le droit des individus concernés à l'application régulière de la loi.

La divulgation et la protection des indicateurs et des témoins

Au cours du procès dans l'affaire *Air India* s'est posée la question de l'interaction entre les obligations de divulgation et la protection des indicateurs et des témoins. Rappelons que les privilèges relatifs à la preuve ont été qualifiés de restriction légitime au droit à la divulgation aux termes de l'arrêt *Stinchcombe*. Le privilège le plus pertinent touche l'indicateur de la police; il protège le nom de l'indicateur et les renseignements signalétiques contre toute divulgation sans le consentement et de l'indicateur et du ministère public. Ce privilège est assujéti à une seule exception, soit que l'innocence de l'accusé soit en jeu²⁵⁶. Cette exception traditionnelle est compatible avec l'importance accordée au droit de l'accusé à une défense pleine et entière aux termes de la Charte.

En 1994, dans le contexte de la divulgation d'affidavits produits à l'appui d'une écoute électronique dans le cadre d'une poursuite pour infractions relatives aux drogues, la Cour suprême a reconnu un éventail de considérations d'intérêt public susceptibles de justifier le retrait et la non-divulgation d'éléments contenus dans les affidavits. Se fondant sur la reconnaissance des facteurs pris en considération par le juge Watt dans l'affaire *Parmar* et reconnus par la Cour dans l'arrêt *Garofoli* rendu en 1990, dont il a été question précédemment, le juge Sopinka a reconnu que ces considérations d'intérêt public, aujourd'hui codifiées dans les dispositions du Code criminel sur l'écoute électronique, étaient les suivantes :

- a) L'identité des informateurs confidentiels de la police, et donc leur vie et leur sécurité, peuvent-elles être compromises, sachant que la divulgation peut résulter tout autant de la mention de la nature des renseignements fournis par la source confidentielle que par la révélation de son nom?

²⁵⁶ *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281.

- b) La nature et l'étendue des enquêtes en cours seraient-elles ainsi compromises?
- c) La divulgation révélerait-elle des techniques secrètes d'obtention de renseignements, mettant ainsi en danger ceux qui les pratiquent et compromettant la tenue d'enquêtes ultérieures sur des crimes semblables et l'intérêt public en matière d'application de la loi et de détection des crimes?
- d) La divulgation porterait-elle préjudice aux intérêts d'innocents?²⁵⁷

Par ailleurs, la Cour a indiqué que le « principe de base devrait être la divulgation intégrale de l'affidavit ». Elle a statué que le juge du procès avait à tort retranché des documents qui n'étaient plus confidentiels, et elle a mis en garde contre le danger d'obliger les accusés à « démontrer l'usage exact qu'ils pourraient faire de renseignements qu'ils n'ont même pas vus »²⁵⁸.

Trois juges dissidents ont souligné les dangers de la divulgation et fait remarquer que les « programmes policiers de protection des témoins, qui s'appliquent aussi aux indicateurs de police, attestent éloquemment les dangers que courent ces personnes », et que l'« édition des informations ayant trait à l'écoute électronique [...] procède de cet effort de la société pour protéger l'identité des indicateurs et des techniques d'enquête de la police »²⁵⁹. La décision des juges majoritaires signifie cependant qu'il pourrait ne pas être possible dans tous les cas de protéger complètement les indicateurs contre la non-divulgation. Dans de tels cas, l'opportunité et l'attrait des programmes de protection des témoins revêtent autant plus d'importance. Le fait que l'indicateur, dans la poursuite qui a été instituée dans l'affaire Parmar, n'ait pas consenti à ce que son identité soit révélée a, en bout de ligne, porté un coup fatal à cette poursuite. L'étude de cas qui suit révélera comment la répugnance à divulguer l'identité d'un autre indicateur a mené au bout du compte à un arrêt des procédures dans

257 *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469.

258 *Ibid.*

259 *Ibid.*, voir aussi Michaud c. Québec (Procureur général), [1996] 3 R.C.S., par. 48 et suiv., où la Cour a souligné la nécessité de limiter la divulgation aux fins de protéger les indicateurs, et mis en garde contre le risque que la divulgation d'une demande d'écoute électronique même révisée « puisse révéler involontairement l'identité d'un indicateur de police, entraînant ainsi des conséquences qui peuvent être fatales ». *Ibid.*, par. 53. À noter que cette affaire ne concernait pas une demande de divulgation de l'accusé.

un cas où deux hommes avaient été initialement déclarés coupables en 1986 de complot en vue de faire exploser un autre aéronef d'Air India.

L'affaire Khela

En 1986, cinq Sikhs canadiens dont on alléguait l'adhésion au groupe Babbar Khalsa ont été accusés à Montréal d'avoir planifié l'attentat à la bombe du vol 110 d'Air India, un Boeing 747 en partance de New York vers New Delhi, le 30 mai de la même année. Les accusations portées contre trois de ces individus ont été abandonnées pour absence de preuve, mais à la fin de 1986, au terme d'un procès de trois semaines, les deux autres hommes, Santokh Singh Khela et Kashmir Singh Dhillon, ont été déclarés coupables par un juge et un jury de complot en vue de commettre un meurtre. Au cours du procès, on a produit des éléments de preuve sur la manière dont « Billy Joe » – un trafiquant de drogues reconnu coupable et indicateur de la police de longue date²⁶⁰ – avait présenté l'accusé à un agent d'infiltration du FBI, Frank Miele, qui s'était fait passer pour un expert en matière d'explosifs. On a produit également des enregistrements sur bande audio de rencontres qui avaient eu lieu entre les hommes, et une autre pièce sur l'utilisation de codes pour masquer le sens véritable de leurs conversations²⁶¹. Les deux hommes ont été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité.

L'appel des accusés à la Cour d'appel du Québec a été accueilli, le juge Proulx statuant, en 1991, que le juge de première instance avait à tort conclu que Billy Joe, l'indicateur, était protégé par le privilège reconnu aux indicateurs de police et qu'on n'était pas tenu de l'appeler à témoigner. Billy Joe, subséquemment accompagné par un agent d'infiltration du FBI qui a témoigné au procès, avait à maintes reprises eu affaire avec les accusés, qui lui auraient versé la somme de 8 000 \$. Selon le ministère public, cet argent avait été versé relativement à l'attentat à la bombe de l'aéronef d'Air India, alors que la défense était d'avis qu'il avait été versé en relation avec un vol d'automobile. Le juge Proulx est arrivé à la conclusion suivante :

²⁶⁰ Au procès, le constable Jacques Gagné, de la Sûreté du Québec, a témoigné qu'il avait traité avec Billy Joe pendant 12 ans, que celui-ci n'était connu que sous son numéro de code, 86-07, qu'il avait fait de la prison en 1980 pour possession de drogues, complot en vue de faire le trafic de stupéfiants, séquestration et utilisation d'une arme à feu et qu'il avait reçu de la police la garantie qu'il ne serait pas forcé de témoigner, et qu'on avait convaincu la commission des libérations conditionnelles de libérer l'un des amis de Billy Joe. Il a indiqué également que l'indicateur avait « quitté la ville » même s'il était visé par une assignation à comparaître au procès. [traduction] « Des Sikhs sont victimes de provocation policière selon la défense », peut-on lire dans la Gazette de Montréal du 10 décembre 1986, à la page A11.

²⁶¹ [traduction] « Des Sikhs de Montréal sont reconnus coupables de complot en vue de faire exploser un avion », *Ottawa Citizen*, 24 décembre 1986.

[traduction] « L'analyse des faits précédemment décrits sur le rôle de l'indicateur et du droit applicable en l'espèce m'amène à conclure que l'indicateur était « un témoin relativement à des faits essentiels » et « un agent provocateur qui travaillait sur le terrain », et qu'il était « des plus importants aux fins de la justice » que la divulgation de l'identité de l'indicateur soit ordonnée [...] Le témoignage de l'indicateur était pertinent quant à (1) la nature de l'entente, (2) l'absence d'une entente, (3) l'absence d'intention, (4) la question de la provocation policière (conformément au droit en vigueur à l'époque), et (5) la crédibilité [...] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge du procès a fait erreur en refusant d'accéder à la demande des appelants et d'ordonner au ministère public (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur, (2) de communiquer le nom véritable de Billy Joe et ses coordonnées, et (3) de permettre aux appelants de rencontrer Billy Joe²⁶².

En dépit du privilège qui protège l'indicateur de police, l'identité et le témoignage de celui-ci devraient être communiqués à l'accusé dans les cas où il devient un témoin essentiel dans l'affaire ou s'il s'agit d'un agent provocateur. Dans la présente affaire, « Billy Joe » était un témoin crucial en raison de sa participation aux événements. Bien que son identité ait dû être divulguée aux accusés, la Cour d'appel a indiqué qu'il aurait été possible de le faire témoigner sous un nom d'emprunt dans un procès subséquent. Même lorsqu'il doit y avoir divulgation pour protéger le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, certaines mesures peuvent être prises pour limiter les dommages ainsi causés.

À l'ouverture du second procès en 1992, les accusés ont demandé l'arrêt des procédures au motif, d'une part, que le ministère public ne s'était pas acquitté de son obligation de communication et, d'autre part, que leur droit à un procès dans un délai raisonnable avait été violé. Le ministère public a divulgué les notes des policiers responsables de Billy Joe et une déclaration de ce dernier suivant laquelle [b]ien sûr qu'il s'agissait de faire sauter des avions et, la raison pour laquelle je suis disposé à témoigner, c'est que je pense que c'est fou de comploter pour faire sauter des avions et de tuer des centaines de personnes innocentes²⁶³. L'on a soutenu qu'il s'agissait là de l'unique déclaration faite par Billy Joe à la police concernant

262 R. c. Khela (1991) 68 C.C.C.(3d) 81, distinction d'avec R. c. Scott, [1990] R.C.S.
263 *Ibid.*, 87.

le complot. Quelques semaines avant l'ouverture prévue du procès, un homme affirmant s'appeler Billy Joe avait été présenté à l'avocat des accusés, mais il était encagoulé. Il s'est exprimé uniquement en français, bien que toutes les discussions précédentes s'étaient déroulées en anglais. Il a en outre refusé de décliner son identité véritable, s'en tenant à son nom de code. Le juge Steinberg est arrivé à la conclusion que le ministère public avait contrevenu aux obligations de divulgation énoncées en des termes clairs par la Cour d'appel²⁶⁴. Il a conclu en outre que le retard de 28 mois pouvait être attribué au ministère public en raison des difficultés éprouvées avec les transcriptions et autres questions, et qu'il y avait eu manquement à l'al. 11b), ce qui l'a amené à ordonner l'arrêt des procédures ainsi que la libération des accusés, lesquels avaient été emprisonnés depuis leur arrestation en 1986.

L'appel du ministère public a été accueilli par la Cour d'appel du Québec, qui a statué que l'al. 11b) ne s'applique pas au délai écoulé en appel, et que le délai écoulé dans cette affaire ne constituait pas un manquement à l'art. 7 de la Charte. La Cour d'appel a souscrit aussi à la prétention du ministère public selon laquelle, compte tenu du danger que courait Billy Joe, [traduction] « qui a déjà été victime d'une première tentative de meurtre », la question de savoir si le ministère public était tenu de divulguer son nom et ses coordonnées aurait dû être tranchée par le juge de première instance. Le juge Baudouin a déclaré ceci : [traduction] « Ainsi que la Cour suprême l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, l'obligation du ministère public de divulguer la preuve et à un moment précis n'est pas absolue »²⁶⁵. La Cour d'appel a conclu que [traduction] « de toute évidence il y avait eu malentendu, voire confusion, entre le ministère public et la défense relativement à la communication de la preuve avant le procès, sans cependant que l'on puisse parler de mauvaise foi ». L'arrêt des procédures devrait être infirmé, et les questions de communication et de respect de la première décision de la Cour d'appel devraient être laissées au juge du procès, qui devrait avoir une [traduction] « connaissance parfaite des faits et être en possession de tous les renseignements nécessaires »²⁶⁶.

Les accusés ont ensuite interjeté appel à la Cour suprême, et ont obtenu un résultat mixte. Les juges Sopinka et Iacobucci ont conclu en effet ceci :

264 *R. c. Khela* 1992 Q.J. No. 409.

265 *R. c. Khela* (1994) 92 C.C.C.(3d) 81, p. 88 et 89 (C.A. Qué.).

266 *Ibid.*, 90.

Il ressort très clairement du dossier dont nous venons de parler que le ministère public a omis de communiquer, avant le procès, tous les renseignements concernant Billy Joe requis par les trois éléments de la décision du juge Proulx. Pour ce qui est du premier élément, le ministère public n'a fourni, avant le procès, aucun aperçu du témoignage de l'indicateur et aucune déclaration de celui-ci. Quant au deuxième élément, le ministère public n'a pas fourni le véritable nom au complet de Billy Joe ni ses coordonnées. Le dernier élément de l'ordonnance du juge Proulx est celui qui soulève le plus de difficultés. Il en est ainsi parce que les conditions régissant le déroulement de l'interrogatoire ont peut-être été dictées non pas tant par le ministère public que par l'indicateur, c'est-à-dire par Billy Joe lui-même [...]

L'omission du ministère public de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve peut violer l'art. 7 de la Charte et porter atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le juge Steinberg a ordonné l'arrêt des procédures, mais il a fondé sa décision, du moins en partie, sur l'existence d'un délai déraisonnable, ce qui, ainsi que nous avons conclu, constituait une erreur. Par ailleurs, nous concluons que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation que lui avait fixée le juge Proulx en matière de communication de la preuve. Les conditions de la communication de la preuve sont compatibles avec l'arrêt *Stinchcombe*, précité, sauf que l'ordre de produire l'indicateur a pour effet d'élargir l'obligation qui incombe au ministère public. Les témoins à charge, même les indicateurs, ne sont pas des biens qui appartiennent au ministère public et que celui-ci contrôle et peut produire pour qu'ils soient interrogés par la défense. L'obligation qui incombe au ministère public ne va pas jusqu'à contraindre celui-ci à produire ses témoins pour qu'ils se soumettent à un interrogatoire préalable oral. Néanmoins, sous réserve de la possibilité d'en demander la modification par la procédure appropriée, la décision du juge Proulx liait le ministère public. La Cour d'appel (appel no 2) a donc commis une erreur en ordonnant le renvoi de l'affaire au juge de première instance pour qu'il fixe à nouveau les conditions et le contenu de la communication de la preuve concernant Billy Joe²⁶⁷.

267 *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, par. 17 et 18.

Bien qu'elle ait noté que l'ordonnance visant à faire en sorte que Billy Joe puisse être soumis préalablement à un interrogatoire oral excède la portée de l'arrêt Stinchcombe, la Cour suprême n'a pas reproché à la défense d'avoir refusé de procéder à une entrevue avec un homme encagoulé et récalcitrant dont elle ne pouvait dire avec certitude qu'il s'agissait de Billy Joe. La Cour a ordonné, « [s]ous réserve des modifications qui pourraient être apportées [...] par le juge de première instance sur la foi de nouveaux éléments de preuve concernant les risques courus par Billy Joe », que le ministère public soit tenu de communiquer, « avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur », et de divulguer, « également avant le procès, le nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées ». Subsidiairement, le ministère public pourrait produire Billy Joe aux fins de l'interrogatoire préalable « en garantissant qu'il coopérera et répondra à toutes les questions pertinentes »²⁶⁸. La juge L'Heureux-Dubé, en dissidence, a souscrit à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la première décision de la Cour d'appel ne liait pas le juge du procès ni les parties et qu'il appartenait au juge du procès de trancher les questions de communication, à la lumière des questions de sécurité. À l'instar de la Cour suprême à la majorité, elle a indiqué également que la première ordonnance d'interrogatoire préalable de la Cour d'appel excédait la portée de l'arrêt Stinchcombe parce que l'on peut uniquement ordonner au ministère public de produire ce qu'il « possède »; or, il ne « possède » pas des personnes »²⁶⁹.

En 1996, l'affaire a fait l'objet d'un troisième procès. Le juge a ordonné l'arrêt des procédures au motif qu'il y avait eu omission de communiquer la preuve, et abus de procédure. Le ministère public a affirmé devant la deuxième formation de la Cour d'appel et la Cour suprême que la déclaration de Billy Joe où il disait « [b]ien sûr qu'il s'agissait de faire sauter des avions et, la raison pour laquelle je suis disposé à témoigner, c'est que je pense que c'est fou de comploter pour faire sauter des avions et de tuer des centaines de personnes innocentes » était la seule déclaration faite par Billy Joe qui était en la possession du ministère public. Cela dit, une somme considérable d'autres renseignements se rapportant à Billy Joe ont été mis en lumière et ont finalement conduit à l'arrêt des procédures. Certains de ces renseignements provenaient d'un affidavit d'écoute électronique auparavant scellé et d'autres ont été produits par la police. Les documents contenaient une déclaration de 17 pages obtenue auprès de Billy Joe en mars 1992. Cette déclaration [traduction] « décrivait dans

²⁶⁸ *Ibid.*, par. 20.

²⁶⁹ *Ibid.*, par. 41.

le détail la relation qu'entretenait Billy Joe avec des personnes que la GRC soupçonnait d'être des extrémistes Sikhs et qui, en 1986, faisaient l'objet d'une enquête active. Elle révélait également qu'au début de 1986, l'on avait demandé à Billy Joe d'orchestrer le meurtre de Tara Singh Hayer, chef de la rédaction de l'Indo-Canadian Times à Burnaby (C.-B.). À cet égard, la déclaration rapporte que Billy Joe a reçu une somme de 8 000 \$ pour ses efforts. Cette somme, qui d'après Billy Joe n'avait absolument rien à voir avec l'explosion d'un avion, était justement celle dont le paiement constituait l'un des fondements de la preuve du ministère public contre les requérants en 1986 »²⁷⁰.

Le troisième juge du procès, le juge Martin, s'est livré à un examen exhaustif de l'enquête à la lumière de la preuve récemment communiquée. Il a noté que la police avait convenu de traiter avec Billy Joe, qui avait agi à titre d'indicateur dans des affaires de stupéfiants par le passé et communiqué avec la police pour lui fournir des renseignements sur un complot en vue de faire exploser un autre avion d'Air India. Billy Joe [traduction] « a clairement indiqué dès le départ toutefois que sa collaboration n'irait dans aucune circonstance jusqu'à témoigner en faveur de la poursuite, et cette condition a été apparemment acceptée »²⁷¹. Le juge Martin s'est exprimé dans les termes suivants :

[traduction] « Dans une certaine mesure, la thèse du ministère public dans la présente affaire, à tout le moins au début, est compréhensible. Comme elles se sont produites au tout début de l'enquête sur la tragédie d'Air India, les activités des militants Sikhs soupçonnés qui œuvraient au Canada ont posé des difficultés urgentes et complexes aux autorités. L'enquête policière était de portée internationale et comptait plusieurs volets. En outre, le nombre de vies humaines en jeu était fort élevé. Les renseignements fournis par Billy Joe, s'ils touchaient un seul aspect de l'enquête dans son ensemble, soulevaient néanmoins la perspective terrifiante et très réelle qu'un autre avion et tous ceux qui se trouvaient à son bord explosent en mille morceaux. Tel est, en tout état de cause, le scénario que Billy Joe a présenté à son contrôleur de la Sûreté du Québec²⁷².

270 R. c. Khela [1996] Q.J. No. 1940, par. 22, publié dans 39 C.R.R. (2d) 68.

271 *Ibid.*, par. 37.

272 *Ibid.*, par.35.

Le juge Martin a fait remarquer également que [traduction] « vu les hésitations de Billy Joe, son manque de fiabilité, son refus de témoigner, et la certitude, s'il devait le faire, qu'il s'ensuivrait un contre-interrogatoire gênant en vue de remettre en cause ses motifs et sa crédibilité douteuse, on a décidé de le remplacer en faisant intervenir dans les activités en cause un agent d'infiltration qui se faisait passer pour un « spécialiste des explosifs » venu de New-York, que Billy Joe prétendrait avoir recruté. Une équipe d'agents secrets du FBI à New York est arrivée à Montréal, y compris l'agent d'infiltration en question. Il s'appelait Frank Miele et se faisait passer pour George Carbone. En mettant Billy Joe de côté, la GRC espérait, je suppose, bâtir la poursuite en se parant de la respectabilité de l'insigne de Miele »²⁷³.

Bien que le juge Martin ait reconnu que la démarche du ministère public était motivée par le sentiment d'une « urgence réelle »²⁷⁴ et qu'elle représentait [traduction] « une politique réfléchie et délibérée plutôt qu'une voie dictée par les caprices de l'un ou l'autre des nombreux procureurs au dossier »²⁷⁵, il a néanmoins exprimé l'avis qu'elle allait [traduction] « à l'encontre des principes énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* »²⁷⁶. Il y a relevé un certain nombre de difficultés qui n'avaient rien à voir avec son refus de communiquer la déclaration de 17 pages obtenue auprès de Billy Joe. L'une de ces difficultés tenait à l'argument du ministère public suivant lequel il n'était pas tenu de communiquer la preuve sur laquelle il s'était fondé pour obtenir des mandats d'écoute électronique. Il a souligné que [traduction] « le seul fait que l'on se fonde sur des renseignements pour obtenir une autorisation d'intercepter des communications privées ne permettra pas de soustraire à la divulgation des éléments que le ministère public serait par ailleurs tenu de communiquer »²⁷⁷. L'entente aux termes de laquelle Billy Joe ne devait pas être obligé de témoigner²⁷⁸ posait elle aussi une difficulté. Bien qu'elle ait pu être motivée par l'urgence de l'affaire, [traduction] « le ministère public sait cependant certainement que les tribunaux ne seront pas liés par de telles ententes. En bout de ligne, elles risquent de mettre en péril voire même de pulvériser les chances de succès d'une poursuite »²⁷⁹.

273 *Ibid.*, par. 40.

274 *Ibid.*, par. 41.

275 *Ibid.*, par. 71.

276 *Ibid.*, par. 71.

277 *Ibid.*, par. 46.

278 Un agent de la Sûreté du Québec a témoigné lors du premier procès que Billy Joe avait obtenu de la police la promesse qu'il ne serait pas tenu de témoigner. [traduction] « Deux Sikhs reconnus coupables de complot en vue de faire exploser un avion », *Gazette de Montréal*, 24 décembre 1986, p. A1.

279 *Ibid.*, par. 67.

Billy Joe, par l'entremise de son avocat, [traduction] « s'est carrément opposé à la divulgation de son identité et de ses coordonnées. La requête écrite était appuyée par un affidavit et alléguait de manière générale que le ministère public s'était engagé à protéger son identité aussi bien qu'à ne pas exiger qu'il témoigne. Il prétendait également craindre pour sa sécurité si son identité était divulguée »²⁸⁰. Cependant, il a retiré cette demande après que l'avocat de la défense eut obtenu le droit de le contre-interroger sur son affidavit. Le nom véritable de Billy Joe a par la suite été communiqué à l'avocat de la défense, qui a convenu avec le substitut du procureur général et l'avocat de Billy Joe d'une méthode de signification d'une assignation à témoigner à Billy Joe.

Le fait qu'après 10 ans le nom de Billy Joe ait finalement été communiqué aux accusés fait ressortir l'importance de programmes de protection des témoins efficaces. Néanmoins, la divulgation éventuelle du nom de l'indicateur n'a pas soustrait le ministère public à sa responsabilité quant aux manquements antérieurs à son obligation de communiquer les documents pertinents qui se trouvaient en sa possession, notamment ceux qui avaient été utilisés pour obtenir les mandats d'écoute électronique aussi bien qu'à l'égard de la déclaration de 17 pages obtenue auprès de Billy Joe. Le juge Martin est arrivé à la conclusion que les documents non communiqués [traduction] « sont susceptibles de poser un doute raisonnable. Les documents pourraient également être fort pertinents sur la question de la provocation policière »²⁸¹.

Le juge Martin a conclu qu'il convenait d'ordonner l'arrêt des procédures eu égard aux manquements aux diverses obligations de divulgation. Il a fait remarquer que la Cour suprême avait déjà indiqué qu'il y avait lieu de prononcer l'arrêt si le ministère public continuait de refuser de divulguer l'identité de Billy Joe ou de communiquer tous les renseignements le concernant. La décision récente du ministère public de divulguer l'identité de Billy Joe ne le soustrayait pas à la responsabilité qu'il devait assumer à l'égard de ses nombreux manquements en matière de divulgation, dont l'omission de communiquer la déclaration de 17 pages alors que la Cour d'appel et la Cour suprême avaient toutes les deux l'impression que tous les documents avaient été transmis. La manière dont le ministère public perçoit la divulgation [traduction] « porte toutes les marques d'une décision de principe délibérée »²⁸². Elle était « délibérée » et le préjudice

280 *Ibid.*, par. 71.

281 *Ibid.*, par. 45.

282 *Ibid.*, par. 90.

que les accusés, qui avaient passé six ans en prison, ont subi était « évident »²⁸³. Le juge Martin a conclu en ces termes :

[traduction] « Il se peut que d'aucuns aient à se plaindre des conséquences de l'arrêt Stinchcombe. Ils pourraient juger lourdes, pénibles et injustes les obligations supplémentaires imposées au ministère public et, par ricochet, à ses agents. Ils pourraient aussi qualifier de non fondé le principe sur lequel l'arrêt Stinchcombe repose, à savoir que les fruits de l'enquête appartiennent au public et non au ministère public. Or, l'arrêt Stinchcombe, avec toutes les réserves et toutes les précisions qui y ont été apportées dans des affaires subséquentes, est la loi du pays. Le ministère public et les agents de l'État n'ont d'autre choix que de s'y conformer. S'ils s'en abstiennent délibérément, les tribunaux n'auront d'autre choix que d'en assurer l'application. Dans certaines situations exceptionnelles, cela pourra malheureusement mener à un arrêt des procédures. C'est, à mon avis, l'un des « cas les plus évidents » où, en toute justice, je n'ai aucune autre option. Les procédures sont viciées, et il n'y a dans les circonstances aucun redressement possible²⁸⁴.

Le ministère public a sans succès interjeté appel de cet arrêt des procédures. Dans sa troisième décision sur l'affaire, la Cour d'appel a souligné que la décision d'arrêter les procédures devait être examinée à la lumière des directives clairement énoncées par la Cour suprême sur les obligations auxquelles il faut satisfaire en matière de divulgation pour éviter un arrêt, ainsi que des conclusions du juge Martin selon lesquelles ces [traduction] « nouveaux documents non communiqués étaient d'un intérêt vital pour la défense » ou qu'ils [traduction] « auraient revêtu une valeur considérable pour la défense... ». Le juge Proulx a conclu : [traduction] « Pour parler franchement, "assez c'est assez" »²⁸⁵.

L'affaire Khela illustre les limites du privilège relatif à l'indicateur de police et la manière dont les différends et les problèmes liés à la divulgation des renseignements peuvent perturber et prolonger les poursuites pour terrorisme. Bien que ce privilège puisse mettre certains indicateurs à l'abri

283 *Ibid.*, par. 88.

284 *Ibid.*, par. 93.

285 *R. c. Khela* (1998) 126 C.C.C.(3d) 341, pp. 345 et 346 (C.A. Qué.).

des obligations énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*, il ne s'appliquera pas à ceux qui, comme Billy Joe, jouent un rôle actif, ni à ceux qui témoignent au procès. La réticence à divulguer les notes d'entrevues menées avec Billy Joe et toutes les notes policières s'y rapportant a éventuellement mené à un arrêt des procédures, même après que le ministère public et l'accusé eurent finalement réglé leur vieux différend concernant la divulgation de l'identité de Billy Joe.

L'affaire *Khela* démontre également à quel point les poursuites pour terrorisme peuvent reposer sur des sources humaines dont la fiabilité peut parfois être douteuse. Bien que l'on recoure à la surveillance électronique dans ce genre d'affaire, il se peut que les conspirateurs se montrent prudents sur ce qu'ils disent dans certains endroits, de crainte que leurs conversations ne soient enregistrées. Un indicateur peut souvent représenter l'une des meilleures sources de renseignement sur les gestes et les intentions des accusés. L'État doit faire preuve de prudence dans la manière dont il traite avec les indicateurs, et se garder de leur faire des promesses qu'il ne peut tenir en ce qui a trait à la divulgation des renseignements les concernant ou à l'obligation de témoigner. Les entrevues et les ententes conclues avec les indicateurs devraient également être entièrement documentées, et communiquées au besoin. Si, comme dans les affaires *Parmar* et *Khela*, l'identité des indicateurs doit être divulguée, il est important que l'on offre à ces témoins des programmes de protection qui soient pertinents et attrayants. Rien ne garantit que les indicateurs comme Billy Joe coopéreront dans le cadre de pareils programmes, mais ceux-ci devraient être offerts au cas où les indicateurs seraient tenus de témoigner, ou au cas où leur identité serait divulguée.

Résumé

Bien qu'il exclue les renseignements qui sont de toute évidence inutiles ou qui sont assujettis à divers privilèges, dont celui qui s'applique aux indicateurs, l'arrêt *Stinchcombe* impose au ministère public des obligations générales en matière de divulgation. Sur les faits particuliers de l'enquête consacrée à l'affaire *Air India*, le SCRS a été jugé tenu de respecter les obligations énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*, notamment le devoir de sauvegarder la preuve. Cette conclusion ne vise probablement pas toutes les activités du SCRS, mais elle pourrait certainement être appliquée à ses enquêtes antiterroristes qui portent principalement sur des individus que l'on soupçonne et qui pourraient bien être accusés d'avoir commis des infractions de terrorisme. La définition générale d'infractions de

terrorisme permet difficilement au ministère public de faire valoir que les renseignements sur l'accusé ou ses associés sont manifestement sans pertinence et non assujettis à l'obligation de communication. Abstraction faite des problèmes liés à la divulgation des renseignements produits par les services de renseignement canadiens ou étrangers, l'analyse de l'affaire Khela fait ressortir les difficultés qui peuvent être causées par des obligations de divulgation susceptibles de mettre en danger les indicateurs ou de mettre en péril les enquêtes en cours.

Reste la question de savoir ce qu'il faudrait faire, le cas échéant, pour modifier les obligations de divulgation énoncées dans l'arrêt Stinchcombe dans la mesure où elles s'appliquent aux poursuites pour terrorisme. Faire fi de ces obligations ne constitue manifestement pas une option. L'affaire Khela confirme qu'une telle solution risque de mener à un arrêt des procédures. Le contournement peut aussi accroître le risque de déclarations de culpabilité erronées, un risque qui peut avoir son importance dans le cadre des poursuites pour terrorisme. La loi adoptée en réponse à l'arrêt O'Connor constitue en quelque sorte un précédent au chapitre des restrictions législatives visant l'arrêt Stinchcombe. L'arrêt Mills nous enseigne que les restrictions législatives à la divulgation de l'information peuvent être jugées conformes à la Charte même si, de ce fait, certains renseignements pertinents qui se trouvent en la possession du ministère public ne sont pas communiqués à l'accusé, et même si l'on tient compte des intérêts de la société à la non-divulgation de ces renseignements. Par ailleurs, dans l'arrêt Mill, la Cour est demeurée consciente du dilemme que représente le fait d'exiger de l'accusé qu'il démontre la pertinence de renseignements qu'il n'a pas vus. En outre, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, comme le définit l'arrêt Taillefer, peut être violé par les effets cumulatifs de la non-divulgation, et ce, même si aucun élément de l'information gardée secrète n'est à lui seul susceptible de jeter un doute raisonnable sur la culpabilité ou de jeter un doute sur l'équité du procès.

Bien qu'il soit possible d'imposer des restrictions de nature législative à l'arrêt Stinchcombe, il y a lieu de faire preuve de prudence à cet égard. Ces restrictions donneront lieu à une contestation fondée sur la Charte au motif qu'elles s'appliqueront à un droit constitutionnel général à ce que certains renseignements soient divulgués. On pourra faire valoir également, et de manière convaincante, que l'arrêt Mills devrait faire l'objet d'une distinction, parce que le contexte de la sécurité nationale oppose l'État à l'individu et ne suppose aucunement la pondération

de droits constitutionnels opposés. Une restriction conforme au droit à une défense pleine et entière forcera le juge, probablement le juge du procès, à examiner tous les documents pertinents pour déterminer si ceux-ci devraient être communiqués. Pour ce faire, il devra probablement disposer des installations et de la formation requises pour traiter les renseignements secrets. L'apparente certitude engendrée par une telle loi pourrait être plus illusoire que réelle. Les procédures visant à restreindre les obligations énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* pourront à certains égards en recouper ou en chevaucher d'autres qui existent déjà aux termes de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada aux fins d'obtenir des ordonnances de confidentialité. Ainsi que nous le verrons, l'art. 38 se distingue notamment par le fait que l'on s'en remet à la Cour fédérale pour déterminer ce qui peut être communiqué, le juge du procès conservant cependant la tâche de déterminer si la tenue d'un procès équitable demeure possible compte tenu de la non-divulgence ou de la divulgation partielle ordonnée par la Cour fédérale. Ainsi que nous le verrons également, cette solution, qui fait intervenir deux tribunaux, a pour effet de fragmenter et de retarder les poursuites pour terrorisme. L'argument le plus convaincant à l'appui de l'adoption de restrictions législatives à l'arrêt *Stinchcombe* pourrait être qu'elles permettront au juge du procès de trancher la question de savoir si la non-divulgence est justifiée. Ainsi que nous le verrons dans la section suivante, cependant, il se peut que la réforme du processus visé à l'art. 38 constitue une façon plus directe d'atteindre le même objectif.

V. Procédures d'obtention des ordonnances de confidentialité au Canada

La présente partie traite des moyens mis à la disposition de la Couronne pour obtenir une ordonnance judiciaire de non-divulgence ou de divulgation modifiée au nom des intérêts de l'État en matière de sécurité nationale, de défense nationale ou de relations internationales ou pour d'autres raisons d'intérêt public déterminées. Comme l'a reconnu la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Atwal* (examiné plus haut), ces procédures revêtent une importance fondamentale, car il est possible à un tribunal de les appliquer au cas par cas pour décréter certaines exceptions par rapport au droit très général à la divulgation d'informations. Comme nous le verrons, les procédures appliquées varient considérablement d'un cas à l'autre, selon la nature des raisons d'intérêt public invoquées pour empêcher la divulgation. Aux termes de l'art. 37 de la LPC, c'est au juge de première instance d'une cour supérieure qu'incombe la responsabilité

de consentir à la non-divulgence pour des raisons d'intérêt public déterminées et de trancher au sujet des privilèges relevant de la common law. En revanche, seul un juge désigné de la Cour fédérale peut statuer sur les demandes de confidentialité formulées en vertu de l'art. 38 au titre de la sécurité nationale. Afin d'évaluer l'effet de ce dédoublement de la procédure au Canada dans le cas des demandes de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale, nous nous appuyerons sur trois études de cas : l'arrêt *Kevork*, l'affaire *Khawaja*, qui est une poursuite pour terrorisme en cours d'instance, et le procès *Ribic*. La section suivante examinera la façon dont des questions semblables sont tranchées par des juges de procès criminels aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie.

L'article 37 de la LPC et les demandes d'interdiction de divulguer

L'article 37 de la LPC fixe la procédure que doit suivre tout ministre ou tout autre fonctionnaire de l'État fédéral pour obtenir une ordonnance, fondée sur des raisons d'intérêt public déterminées, interdisant la divulgation ou imposant la divulgation modifiée de certains documents. Dans les affaires au criminel, ces demandes peuvent être entendues par un juge de la cour supérieure provinciale et elles sont sujettes à appel auprès de la cour provinciale d'appel ainsi que de la Cour suprême. Cette procédure a été invoquée à quelques reprises en vue de protéger l'identité d'indicateurs de police ou de protéger des informations relatives à des enquêtes en cours.

La disposition fondamentale de l'art. 37, le par. 37(5), prescrit ce qui suit :

Si le tribunal saisi conclut que la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1) est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public déterminées, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice au regard des raisons d'intérêt public déterminées, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

Ce paragraphe prescrit donc au tribunal de soupeser la non-divulgence et la divulgation au regard de l'intérêt public. Il confère aussi une certaine

latitude au juge quant au genre de conditions dont il peut assortir la divulgation afin de réconcilier, d'une part, l'intérêt à protéger le secret et, d'autre part, la nécessité de divulguer certaines informations. Ces conditions peuvent aller de la divulgation partielle à l'acceptation d'un résumé ou d'un aveu écrit. Il est courant que les lois modernes traitant de protection du secret donnent aux juges le pouvoir de formuler des solutions créatives pour tenter, autant que faire se peut, de rapprocher les intérêts opposés que représentent la protection du secret et la divulgation de l'information.

Bien que ce soit là l'objet du paragraphe 37(5), force est de reconnaître que les limitations imposées à la divulgation peuvent avoir un effet négatif sur le caractère équitable de procès subséquents. Voici ce que dit à ce sujet le paragraphe 37.3(1) :

Le juge qui préside un procès criminel ou une autre instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle (sic) estime indiquée dans les circonstances en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) relativement à ce procès ou à cette instance ou à la décision en appel portant sur une ordonnance rendue au titre de l'un ou l'autre de ces paragraphes.

Quant au paragraphe 37.3(2), il encourage les juges de première instance à appliquer les principes de la créativité et de la proportionnalité à la formulation des mesures de redressement qu'ils entendent imposer pour protéger le caractère équitable de la procédure :

L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

- a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;
- b) ordonner l'arrêt des procédures;
- c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

Le régime envisagé à l'art. 37 de la LPC propose donc aux juges deux manières de réconcilier l'intérêt de l'État à empêcher la divulgation de certaines informations et celui de l'accusé à obtenir gain de cause dans sa demande de divulgation. Premièrement, dès lors qu'il est saisi d'une demande au titre de l'art. 37, le juge a la possibilité de rendre une ordonnance de divulgation conditionnelle ou modifiée. Deuxièmement, le par. 37.3(2) invite le juge du procès à faire preuve de créativité dans le remède à appliquer tout en protégeant le droit de l'accusé à un procès équitable malgré l'existence d'une ordonnance de non-divulgation ou de divulgation modifiée. Si l'arrêt des procédures demeure le remède ultime pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, il est aussi question, dans ce même paragraphe, de recours moins radicaux, comme le fait de rendre une ordonnance à l'encontre d'une des parties, le plus vraisemblablement la Couronne, ou d'annuler un chef d'accusation.

Ce qu'il y a de fondamental dans l'art. 37, c'est que, dans le cadre d'une instance criminelle devant une cour supérieure provinciale, le juge du procès peut rendre une ordonnance imposant toute la gamme des divulgations prévues en vertu du par. 37(5) tout en se prévalant de la latitude que lui confère le par. 37.3(2), notamment du pouvoir de rendre une ordonnance réparatrice. Nous sommes donc en présence d'une approche axée sur une seule instance, à l'instar de ce qui se fait dans d'autres démocraties relativement à toutes les demandes possibles d'interdiction de publier au nom du secret d'État ou de la protection de l'intérêt public. Par contraste, l'art. 38 de la LPC repose sur une dualité judiciaire où la Cour fédérale impose des restrictions et des conditions à la divulgation et où le tribunal du procès criminel a le pouvoir de

rendre différentes ordonnances réparatrices visant à garantir la tenue d'un procès équitable tout en respectant la décision de la Cour fédérale relativement à ce qui peut ou ne doit pas être divulgué. Dans la présente cette partie de notre étude, nous verrons quels sont les avantages et les inconvénients des deux approches proposées, l'une aux termes de l'art. 37 (un seul niveau d'instance) et l'autre en vertu de l'art. 38 (deux niveaux d'instance).

La procédure suivie dans le cas d'une demande formulée au titre de l'art. 37 est souple et, quand le juge l'estime appropriée, elle permet de tenir des sessions à huis clos et ex parte afin de protéger le caractère secret des renseignements²⁸⁶. C'est volontairement que l'éventail des raisons qu'il est possible d'invoquer à l'appui d'une demande de confidentialité en vertu de l'art. 37 n'a pas été limité. À la faveur d'une série d'arrêts, les tribunaux ont reconnu que la protection des indicateurs de police peut légitimement relever de l'intérêt public. Dans *R. c. Archer*²⁸⁷, la Cour d'appel de l'Alberta a statué que l'identité d'un indicateur de police doit être tue même lorsque l'accusé cherche à contester le fondement d'un mandat de

286 Voici ce qu'a indiqué à ce sujet la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans un de ses jugements : [traduction] « En cas d'opposition et de demande de confidentialité, le juge du procès peut prendre connaissance des informations concernées, verbalement ou par écrit, s'il l'estime indiqué dans les circonstances, y compris en l'absence des parties, de leurs avocats et du public. Qu'il décide ou non d'examiner lesdites informations verbalement ou par écrit, le juge du procès peut ensuite admettre les demandes de privilège de la Couronne ou rendre une ordonnance de divulgation éventuellement assortie de conditions. » *R. c. Meuckon* (1990) 57 C.C.C.(3d) 193, p. 199-200 (B.C.C.A). La juge d'appel Charron a également fait droit à une procédure ex parte, bien que ce fut avec l'accord de l'avocat de l'accusé : [traduction] « Dans les circonstances de l'espèce, le juge de la demande formulée en vertu de l'art. 37 avait le loisir d'adopter la procédure qui lui était recommandée et à laquelle toutes les parties intéressées avaient consenti. Il n'existe pas de règle stricte imposant la procédure appropriée à ce genre de demande. Qui plus est, vu la diversité des informations qui peuvent être visées par une enquête portant sur une demande en vertu de l'art. 37, il ne serait pas avisé que le présent tribunal impose une telle règle... [59] Dans cette affaire, l'appelant ne s'objecte pas à l'idée que le juge saisi puisse examiner la documentation en privé. D'ailleurs, pour qu'un tel examen ait lieu en vertu de l'art. 37, dans le respect du secret de l'information avant qu'une décision soit rendue, il est évident qu'une certaine forme de confidentialité s'impose. Toutefois, l'appelant est d'avis, à bon droit, que la procédure appliquée par le juge Watt, dans l'arrêt *Parmar*, n'a été assortie d'aucune rencontre en privé entre le juge, l'un des avocats et un policier, contrairement à ce qui s'est fait en l'espèce. Dès lors, bien que l'appelant ait consenti à cette procédure dans un premier temps, il s'élève maintenant contre le fait que la Couronne fédérale et l'enquêteur aient participé à cet examen de la documentation organisé en privé par le juge saisi. J'estime personnellement, grâce au recul qui caractérise les contrôles un appel, qu'il aurait été préférable que cette rencontre en privé soit enregistrée ou, mieux encore, que le juge saisi bénéficie de l'assistance dont il avait besoin sans qu'il lui soit pour autant nécessaire d'organiser une rencontre privée. Néanmoins, je ne conclus pas à une erreur devant donner lieu à cassation en l'espèce, les parties à la cause ayant expressément donné leur consentement à la procédure. » *R. c. Pilote* (2002) 163 C.C.C.(3d) p. 225, part. 52, 59-60 (Cour d'appel de l'Ontario). Voir également l'arrêt *R. c. Pearson* (2002) 170 C.C.C.(3d) p. 549, par. 64 (Cour d'appel du Québec) établissant que l'accusé peut être exclu des délibérations entourant une demande formulée au titre de l'art. 37 « si des motifs impérieux de sécurité et de protection des témoins l'exigent ». (1989) 47 C.C.C.(3d) 567

perquisition. Dans l'arrêt *R. c. Babes*²⁸⁸, la Cour d'appel de l'Ontario admet également la possibilité d'invoquer la nécessité de protéger un indicateur de police dans une demande d'interdiction de divulguer formulée en vertu de l'art. 37. Le privilège de l'indicateur peut s'appliquer même si celui-ci exerce un autre rôle, mais, comme nous l'avons vu à propos de la décision *Khela*, l'indicateur peut aussi perdre son privilège s'il a agi en qualité de provocateur de la police.

La Cour d'appel de l'Ontario a par ailleurs conclu à la possibilité d'étudier les demandes de privilège jurisprudentiel concernant les indicateurs de police à l'étape de l'enquête préliminaire, et indépendamment de l'art. 37 de la LPC. Elle a indiqué que, dans la plupart des cas, le privilège de l'indicateur est confirmé à cette étape parce que l'innocence de l'accusé n'est pas en jeu²⁸⁹. Cette procédure s'avère donc utile dans les cas où la demande d'interdiction de divulguer est faite à l'étape de l'enquête préliminaire, mais le par. 37(1.1) dispose que toute opposition à la divulgation par l'État, en vertu de la LPC, prend le pas sur la procédure de common law. Un juge de la cour provinciale de l'Alberta a reproché à la Couronne d'avoir occasionné un délai de deux ans pour avoir tenté, en vain, d'obtenir une ordonnance de confidentialité en vertu de l'art. 37, ce qui a donné lieu à une suspension de procédure parce que le droit de l'accusé à bénéficier d'un procès dans un délai raisonnable avait été violé²⁹⁰. Cela pourrait justifier la codification du privilège de l'indicateur afin d'en délimiter plus clairement les conditions d'application.

288 (2000) 146 C.C.C.(3d) 465 (Cour d'appel de l'Ontario). Rejet de la demande d'autorisation d'en appeler.

289 *R. c. Richards* (1997) 115 C.C.C.(3d) 377.

290 *R. c. Sander* (1995) 98 C.C.C.(3d) 564 (B.C.C.A.). Dans certains cas, le procès peut se dérouler parallèlement à une procédure entreprise en vertu de l'art. 37. Voir R. Hubbard et al *The Law of Privilege* (Aurora: Canada Law Book, 2007), à 3.40.8.

Certaines causes établissent que l'art. 37 peut servir à protéger des informations relatives à des enquêtes en cours dans des affaires de terrorisme. Ce genre de protection serait justifié particulièrement dans les cas où l'État continue de faire enquête sur des complices de l'accusé qui sont susceptibles de faire partie de cellules terroristes. Dans la décision *R. c. Trang*²⁹¹, le juge reconnaît que le privilège d'intérêt public peut s'appliquer aux techniques d'enquête de la police, aux enquêtes policières en cours et aux documents risquant de mettre en jeu la sécurité des particuliers. Bien que le juge n'ait pas considéré que le « renseignement de police » représente une autre forme de privilège, il a reconnu que ce type de renseignement peut, dans certaines situations, faire l'objet d'une interdiction de divulguer²⁹².

L'article 37 propose un outil souple et efficace pour mettre en balance le renseignement et la preuve ainsi que la protection du secret et la divulgation, et cela au cas par cas. Plutôt que de devoir s'objecter à la divulgation des renseignements à l'accusé ou au tribunal (comme ce fut le cas lors du premier procès Khela) ou d'anticiper une loi ex ante énonçant l'éventail complet des restrictions applicables à la divulgation, puis de se défendre en conséquence, la Couronne peut, aux termes de l'art. 37, invoquer un éventail illimité de raisons d'intérêt public pour justifier sa demande de non-divulgence. L'article 37 permet aux juges, y compris aux juges du procès des cours supérieures dans les cas de poursuites pour terrorisme, de rendre des décisions au cas par cas en

291 (2002) 168 C.C.C.(3d) 145 (Cour du banc de la Reine, Alberta). Voir également *R. c. Chan* (2002) 164 C.C.C.(3d) 24 (Cour du banc de la Reine, Alberta) qui reconnaît des privilèges de droit commun semblables.

292 Le juge Binder poursuit ainsi : [traduction] « S'agissant de politique publique, je suis d'avis qu'en ce qui concerne la mission et le rôle que sont censés remplir les corps policiers au sein de la société, il est de l'intérêt public de protéger les renseignements de nature sensible que possède la police. Je ne doute pas que c'est ainsi que la population voit les choses. Cependant, en ce qui concerne la divulgation, je ne suis pas convaincu qu'il faille reconnaître un nouveau privilège dans le cas du « renseignement policier ». Je pense plutôt que toute protection éventuelle de ce genre de renseignement doit se faire en fonction d'une catégorie plus précise. Par exemple, les éléments d'information contenus dans les bases de données en question, s'ils sont pertinents, peuvent être soumis à un privilège pour un certain nombre de raisons, comme les techniques d'enquête, une enquête en cours, la sécurité des particuliers ou les communications internes. Dans la même veine, la structure de la base de données (ou tous les aspects s'y rattachant) peut aussi être sujette à privilège relativement aux techniques d'enquête. Les informations concernant les tierces parties pourraient être visées par un privilège au nom du respect des renseignements personnels, aspects sur lequel nous reviendrons plus loin dans les présents motifs. Cela ne revient pas pour autant à affirmer que le « renseignement policier » ne bénéficiera pas d'un privilège dans l'avenir, surtout dans la foulée des événements du 11 septembre 2001 et de la possibilité que, désormais, la définition de « renseignement policier » soit considérablement élargie. Le juge en chef Lamer (à l'époque) s'est d'ailleurs dit d'avis, dans l'arrêt *Gruenke* (bien qu'il se fut agit d'une question de privilège générique en matière de communications religieuses) que « des considérations de principe peuvent justifier l'identification d'une nouvelle catégorie de privilèges fondée sur des principes. » *Ibid.*, par. 63.

matière de divulgation complète ou partielle, notamment en imposant la production de résumés et d'aveux. Les articles 37.1 et 37.2 permettent de faire appel des décisions prises en vertu de l'art. 37 auprès de la cour d'appel concernée et de la Cour suprême, mais il existe des précédents établissant qu'un procès peut se poursuivre, autant que faire se peut, pendant qu'une des parties est en appel²⁹³.

Il est possible, en tant que condition à la divulgation, d'imposer le remplacement de renseignements secrets par des renseignements non classifiés, si les circonstances s'y prêtent, même si cela ne fait pas spécifiquement l'objet d'une divulgation modifiée telle qu'envisagée à l'art. 37.5. L'article 37 permet aussi aux juges d'appliquer le correctif qu'ils estiment juste et approprié pour protéger le droit de l'accusé à bénéficier d'un procès équitable. Le juge qui déciderait que la non-divulgation est incompatible avec le principe de l'équité procédurale aux termes de l'art. 37 – que ce soit au stade d'une demande préliminaire ou en première instance – pourrait contraindre la Couronne à se retourner vers l'organisme du renseignement étranger ou national concerné pour lui demander de revenir sur son opposition à la divulgation de ladite information, d'autant que le maintien de la non-divulgation aurait pour effet d'entraîner l'arrêt des poursuites pour activités terroristes. Dans certains cas délicats, l'article 37 pourrait donc permettre d'indiquer à la Couronne qu'elle doit choisir entre la divulgation de certaines informations et la suspension de la procédure. Le cas échéant, les gouvernements seront amenés à s'interroger plus précisément sur le délicat compromis à réaliser entre la protection du secret et la divulgation de certaines informations, mais dans le contexte d'une ordonnance judiciaire particulière concernant la divulgation²⁹⁴.

L'article 38 de la LPC et la confidentialité liée à la sécurité nationale

Procédure actuelle en vertu de l'article 38 de la Loi sur la preuve au Canada

L'article 38 énonce une procédure complexe qui vise à régir la protection de tout renseignement dont la divulgation pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales

²⁹³ *R. c. McCulloch* (2001) 151 C.C.C.(3d) 281 (Cour d'appel de l'Alberta); *R. c. Archer* (1989) 47 C.C.C.(3d) 567 (Cour d'appel de l'Alberta).

²⁹⁴ La poursuite à l'égard d'une infraction de terrorisme exige le consentement du procureur général de la province ou du fédéral. *Code criminel*, art. 83.24.

du Canada. Contrairement à l'art. 37, toutes les demandes de non-divulgaration faites en vertu de cet article doivent être soutenues devant la Cour fédérale, ce qui peut, dès lors, entraîner la fragmentation ou la perturbation d'un procès au criminel.

L'article 38.01 impose à tous les participants du système judiciaire, y compris l'accusé, d'informer le procureur général du Canada par écrit, et dans les plus brefs délais, de la possibilité qu'ils divulguent ou réclament que soient divulgués des renseignements de nature délicate (dit « renseignements sensibles ») ou susceptibles d'être préjudiciables. La Loi définit les renseignements potentiellement préjudiciables comme étant des « renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales » et les « renseignements sensibles » comme étant des « renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection ». D'aucuns ont critiqué la portée de ces termes qui pourrait donner lieu à un recours abusif à la procédure prévue à l'article 38. D'un autre côté, il appartient au procureur général du Canada d'éviter ce genre de contentieux en concluant des accords de divulgation avec les accusés. En outre, une fois qu'il est saisi d'un avis émanant d'une des parties à un procès, le procureur général dispose d'un délai de dix jours pour rendre sa décision relativement à la divulgation²⁹⁵.

L'exigence relative à ce genre d'avis, en vertu de l'art. 38.01, est destinée à permettre au procureur général d'être informé d'avance, et au gouvernement de pouvoir « prendre des mesures proactives au moment opportun » et de réduire ainsi le risque que l'instance soit suspendue « jusqu'à ce que la Cour fédérale rende une décision au sujet de la divulgation des renseignements en cause ». Comme nous le verrons, c'est précisément ce qui s'est produit dans l'affaire Ribic, que nous examinerons ci-après, et qui a donné lieu à l'annulation du procès. Il demeure tout de même que, grâce à ce « régime modifié, le gouvernement peut toujours invoquer la Loi pour s'opposer à la divulgation de renseignements lors de l'audition »²⁹⁶. Cela revient à dire que les questions découlant de l'art. 38 peuvent tout de même être posées pendant le déroulement d'un procès criminel si,

295 LPC art. 38.03.

296 Ministère de la Justice, fiche documentaire « Modifications de la *Loi sur la preuve au Canada* ».

par exemple, l'accusé propose, sans préavis, de citer des témoins dont les dépositions pourraient porter sur des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Le fait de dénier à l'accusé le droit de citer un témoin susceptible de révéler des informations pertinentes à sa cause pourrait enfreindre son droit à une réponse et à une défense pleines et entières. Comme ce fut le cas dans l'affaire Ribic, il peut être nécessaire de se tourner vers la Cour fédérale en plein milieu d'un procès criminel afin de déterminer la façon de permettre à l'accusé d'accéder à une preuve pertinente tout en protégeant les renseignements secrets visés par une revendication légitime.

Aux termes de l'art. 38.03, le procureur général du Canada peut « à tout moment, autoriser la divulgation des renseignements et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées ». L'article 38.031 lui donne, ainsi qu'aux personnes ayant donné un préavis au titre de l'art. 38.01, la possibilité de conclure des accords de divulgation. Il est prévu, en l'absence de tels accords, de tenir une audience devant un juge spécialement désigné de la Cour fédérale. Voici comment celle-ci décrivait récemment cette démarche en vertu de l'art. 38 :

5. Le [procureur général (p.g.)] fait valoir que l'instance relative à la demande présentée en vertu de l'article 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada comporte un certain nombre d'étapes habituelles, comme suit.
6. Premièrement, à la suite de la réception d'un avis de de mande aux termes de l'article 38.04, le p.g. présente une requête en directives en vertu de l'alinéa 38.04(5) a) de la Loi sur la preuve au Canada. Dans les documents relatifs à sa requête, le p.g. indique toutes les parties ou tous les témoins dont il croit que les intérêts peuvent être touchés par l'interdiction de divulguer des renseignements, et il peut proposer quelles personnes doivent être officiellement désignées comme parties défenderesses. Le p.g. demande que ce volet de la requête en directives soit tranché par écrit.
7. Après avoir lu les documents relatifs à la requête du p.g., la Cour fédérale, aux termes de l'alinéa 38.04(5)c) de la Loi sur la preuve au Canada, désigne les parties défender

esses et ordonne au p.g. d'aviser ces dernières de la demande en leur signifiant l'avis de demande et la requête en directives.

8. La Cour fédérale convoque ensuite une conférence sur la gestion de l'instance avec les parties à la demande (c'est-à-dire, le p.g. et les parties défenderesses) en vue d'évoquer les autres questions soulevées par la requête en directives du p.g., notamment :
 - 1) s'il est nécessaire de tenir une audience au sujet de l'affaire;
 - 2) s'il faut aviser d'autres personnes de l'audition de l'affaire;
 - 3) s'il faut gérer la demande de façon spéciale au moyen d'un calendrier officiel concernant les étapes procédurales ultérieures.Ces conférences de gestion de cas sont confidentielles et se déroulent à huis clos. Le public n'y a pas accès et, en général, seuls sont présents les parties à la demande, leurs avocats, le juge président l'audience et les membres du personnel désigné de la Cour.

9. Lorsqu'il a été statué sur la requête en directives, le calendrier officiel est établi en vue de préparer la demande d'audition visée par l'article 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada. Comme dans le cas des demandes ordinaires qui sont soumises à la Cour fédérale, ces calendriers prévoient l'échange d'affidavits, les contre-interrogatoires sur les affidavits, la préparation de dossiers de demande (comprenant des exposés des faits et du droit) ainsi que l'audience devant le juge désigné. Contrairement aux demandes ordinaires qui sont présentées à la Cour fédérale, ces calendriers prévoient que certaines parties des affidavits, des dossiers de demande et des audiences tenues devant le juge désigné sont examinées « ex parte » (c'est-à-dire, vues ou entendues seulement par le p.g. et la Cour), tandis que d'autres sont « sous scellé » ou « à huis clos » (c'est-à-dire, vues ou entendues par les parties et la Cour, mais interdites au public). En effet, la demande classique présentée en vertu de l'article 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada comporte les étapes suivantes :

- a) les affidavits « sous scellé » du p.g. sont signifiés à la partie défenderesse et déposés auprès de la Cour;
- b) les affidavits « sous scellé » de la partie défenderesse sont signifiés au p.g. et déposés auprès de la Cour;
- c) les affidavits « ex parte » du p.g. sont déposés à la Cour;
- d) les contre-interrogatoires concernant les affidavits « sous scellé » des parties ont lieu hors cour;
- e) le dossier de demande « sous scellé » du p.g. est signifié à la partie défenderesse et déposé auprès de la Cour;
- f) le dossier de demande « ex parte » du p.g. est déposé à la Cour;
- g) le dossier de demande « sous scellé » de la partie défenderesse est déposé à la Cour;
- h) l'audience a lieu; celle-ci comporte à la fois des séances « à huis clos » (où toutes les parties sont présentes, mais le public est exclu) et des audiences « ex parte » (où seul le p.g. est présent).

10. Les affidavits « sous scellé » sont ceux, établis par une partie à la demande, qui sont déposés et signifiés aux autres parties et auxquels il est possible de faire référence pendant les phases des audiences où toutes les parties sont présentes (c'est-à-dire, les séances « à huis clos » de la Cour). Cependant, aux termes du paragraphe 38.12(2), ces affidavits sont confidentiels et ne peuvent être divulgués au public.

11. La position du p.g. est que les affidavits « sous scellé » qu'il produit aux fins de la demande présentée au titre de l'article 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada visent à énoncer, en termes généraux et de manière raisonnée, les motifs pour lesquels il est nécessaire de protéger les renseignements en question de toute divulgation au public, c'est-à-dire pourquoi cette divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Selon le p.g., ces affidavits « sous scellé » n'exposent pas en détail les renseignements en cause (c'est-à-dire, ceux qui sont visés par l'avis), pas plus qu'ils ne contiennent d'autres faits précis qui constitueraient eux-mêmes des « renseignements sensibles »

ou des « renseignements potentiellement préjudiciables ». Le but déclaré pour lequel le p.g. dépose et signifie ces affidavits « sous scellé » est de fournir aux parties défenderesses qui demandent la divulgation des renseignements en cause le maximum d'informations factuelles afin qu'elles puissent comprendre pourquoi le p.g. tente de protéger les renseignements sans compromettre ces derniers ou d'autres renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables concernant la nécessité de protéger les renseignements en cause de toute divulgation.

12. Les affidavits « ex parte » sont ceux que dépose le p.g. et qui ne sont pas signifiés à la partie défenderesse. Seul le juge qui préside l'instance les lit, et il n'y est fait référence qu'aux portions ex parte des audiences où le p.g. est présent et la partie défenderesse exclue (c'est-à-dire, les sessions « ex parte » de la Cour), conformément au paragraphe 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada.

13. La position du p.g. est que les affidavits « ex parte » qui sont produits aux fins de la demande présentée au titre de l'article 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada visent à énoncer, en termes précis, les motifs de fait pour lesquels il est nécessaire de protéger les renseignements en litige de toute divulgation au public, c'est-à-dire pourquoi cette divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Ces affidavits contiennent aussi les renseignements en cause qui sont visés par l'avis.

14. Les dossiers de demande « sous scellé » sont ceux qui sont déposés et signifiés aux autres parties, et il est possible d'y faire référence au cours des séances « à huis clos » de la Cour. Les dossiers des demandes « ex parte » que dépose le p.g. ne sont pas signifiés aux autres parties, ne sont lus que par le juge qui préside l'instance et il n'y est fait référence que lors des audiences « ex parte » de la Cour, conformément au paragraphe 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada.

15. Lors des audiences « à huis clos » de la Cour où sont présentes toutes les parties à la demande, celles-ci font valoir leurs arguments au sujet, notamment, des questions suivantes : 1) la pertinence éventuelle des renseignements en cause (si le p.g. la conteste), 2) si la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, et 3) si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Pour ce qui est du préjudice, le p.g. fait valoir ses arguments en termes généraux parce qu'il ne souhaite pas courir le risque de divulguer les renseignements en cause ou de compromettre d'autres renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables.

Lors des audiences « ex parte » où lui seul est présent, le p.g. fait valoir ses arguments en faisant référence aux affidavits « ex parte » concernant la question de savoir si la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. L'avocat du p.g. est accompagné des auteurs des affidavits afin que l'actuel juge président désigné puisse les interroger²⁹⁷.

Autrement dit, la procédure fixée par l'art. 38 – soit la signification des affidavits sous scellé et des affidavits ex parte, et la tenue d'audiences ex parte auxquelles seuls participent le procureur général et éventuellement l'accusé – peut être complexe et chronophage.

La personne qui est accusée au criminel peut aussi présenter des observations dans le cadre d'une audience ex parte. Le juge en chef Lutfy a précisé à cet égard : « ...l'accusé peut vouloir présenter au juge chargé d'entendre la demande présentée en vertu de l'article 38 des observations sur l'importance de divulguer les renseignements secrets qui l'aideront à assurer sa défense. Dans de telles circonstances, l'accusé préfère faire ces observations sans divulguer à une autre partie le fond ou les détails de sa défense dans l'instance pénale²⁹⁸. »

Le paragraphe 38.06(2) constitue le fondement même de l'art. 38 :

Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la

²⁹⁷ *Toronto Star c. Canada* 2007 C.F. 128, par. 36.

²⁹⁸ *Ibid.*, par. 37.

défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

Cette disposition invite le juge à faire preuve de souplesse dans ses tentatives visant à réconcilier les deux types d'intérêt public en imposant éventuellement une divulgation partielle ou la production d'un résumé ou d'aveux.

En vertu de l'art. 38.09, l'accusé ou le procureur général a la possibilité de s'adresser à la Cour fédérale d'appel concernant toute décision rendue aux termes de l'art. 38.06. Bien que ce genre d'appel doive être interjeté dans les dix jours suivant la publication de l'ordonnance, aucun délai n'est imposé au juge saisi. En outre, la décision de la Section d'appel ne revêt pas forcément un caractère définitif, les parties disposant de dix jours après le jugement pour demander l'autorisation de se pourvoir en appel auprès de la Cour suprême. Ces dispositions donnent la possibilité de porter éventuellement les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale devant la Cour suprême avant même le début d'un procès pour terrorisme. Toute décision rendue par le juge du procès en matière de confidentialité liée à la sécurité nationale ouvre droit à appel, une fois le verdict rendu, à l'instar de toute autre décision de justice rendue en première instance.

Ces droits d'appel avant le procès s'expliquent sans doute par le fait que le procureur général du Canada est tenu d'en appeler de toute ordonnance de divulgation pouvant être préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales du Canada. Il peut aussi émettre un certificat au titre de l'art. 38.13 « interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger, soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère [...] ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou

de toute autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat. » L'émission d'un tel certificat empêche la divulgation, mais le certificat peut être examiné par un juge de la Cour d'appel fédérale qui a le pouvoir d'intervenir à ce propos uniquement s'il « estime qu'aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère [...] ou qui concernent une telle entité, ni sur la défense ou la sécurité nationales... »²⁹⁹.

La capacité du procureur général à émettre un certificat pour bloquer une ordonnance de divulgation de la Cour fédérale, au titre de l'art. 38, est controversée. Ce pouvoir et l'examen judiciaire auquel il peut être soumis ont fait l'objet d'un certain nombre de recommandations. S'agissant de l'établissement d'un lien fonctionnel entre les données du renseignement et les éléments de preuve, on peut considérer que le certificat du procureur général représente un recours ultime dont l'État peut se prévaloir afin de garantir le respect des promesses faites à des organismes étrangers de ne pas dévoiler leurs données du renseignement dans le cadre d'un procès. D'un autre côté, l'application de ce pouvoir extraordinaire n'est pas sans conséquences. Par exemple, le juge du procès criminel pourrait, au vu de l'art. 38.14, conclure qu'il n'est plus possible d'assurer un procès équitable à cause d'un tel certificat, celui-ci revenant, dans les faits, à renverser une ordonnance de divulgation prise par la Cour fédérale au bénéfice de l'accusé.

L'art. 38.14 impose au juge du procès de respecter toute ordonnance de la Cour fédérale ou tout certificat du procureur général exigeant la non-divulgation des renseignements, ce qui n'empêche qu'il peut rendre une ordonnance réparatrice en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable; pour cela, il peut suspendre l'instance ou un chef d'accusation d'un acte d'accusation. Certes, le certificat du procureur général permet de protéger le secret, mais au risque de faire dérailler la poursuite pour terrorisme.

L'art. 38.14 confère aux juges des procès criminels une grande discrétion en matière de redressements, sans toutefois leur donner le pouvoir de modifier les termes d'une ordonnance de confidentialité ou de divulgation partielle rendue par un juge de la Cour fédérale, pas plus que les termes d'un certificat du procureur général. Ils ne sont pas, non plus, explicitement investis du pouvoir d'examiner les documents visés par une ordonnance

²⁹⁹ LPC, par. 38.031(9).

de confidentialité³⁰⁰. On pourrait toujours soutenir que cette démarche judiciaire vise à instaurer une forme de freins et de contrepoids, mais elle pourrait aussi inciter le juge du procès à faire preuve d'un excès de prudence dans la protection du droit de l'accusé à bénéficier d'un procès équitable, et donc l'amener à décréter l'annulation de l'instance tandis qu'un tel correctif ne serait pas nécessaire pour protéger les droits de l'accusé compte tenu de la nature de la preuve non divulguée. À l'inverse, à cause de cette forme de litispendance, le juge du procès pourrait ne pas être en mesure de se rendre compte que les renseignements visés par l'ordonnance de confidentialité sont déterminants pour garantir le droit de l'accusé à produire une réponse et une défense pleines et entières et même à établir son innocence. Cette procédure place le juge du procès dans la position où il doit rendre des décisions très délicates relatives à l'avenir du procès criminel sans avoir vu les renseignements visés par l'ordonnance de confidentialité.

S'il est toujours possible d'affirmer que la procédure prévue à l'art. 38 permet au juge de la Cour fédérale d'examiner l'ensemble des renseignements visés par la demande de confidentialité, il ne faut pas oublier que celui-ci peut être amené à rendre sa décision à une étape préliminaire de l'instance sans avoir pu apprécier pleinement l'utilisation possible des renseignements non divulgués lors du procès, ni la façon dont ces derniers pourraient permettre à l'accusé de mettre la main sur d'autres informations utiles³⁰¹. Nous allons maintenant voir quels sont les avantages et les inconvénients du dédoublement tout à fait particulier de la procédure qui est envisagé à l'art. 38.

Démarches traditionnelles en matière de confidentialité liées à la sécurité nationale : la protection du secret sans examen par un juge

La démarche judiciaire en matière de divulgation et de sécurité nationale a considérablement évolué au fil du temps. Jusqu'en 1982, au moment de l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés, on considérait que les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale relevaient de la prérogative de l'exécutif et ne pouvaient être soumises à une révision judiciaire. Jusqu'à sa modification à la fin de

³⁰⁰ Bien que le par. 38.06(2) donne à la Cour fédérale la latitude d'imposer des conditions aux ordonnances de divulgation, cela ne revient pas à dire qu'un juge de cette cour peut ordonner que des informations non divulguées soient communiquées au juge du procès criminel. Cependant, le procureur général peut permettre que des documents non divulgués soient montrés au juge du procès criminel en vertu de l'art. 38.03.

³⁰¹ *R. c. Tallifer* [2003] 3 R.C.S 307.

1982, le par. 41(2) de la Loi sur les cours fédérales prévoyait l'application d'une interdiction absolue dès qu'un ministre fédéral affirmait par voie de certificat adressé à la cour que la divulgation d'un document ou de son contenu risquait d'être préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité du Canada ou encore aux relations fédérales-provinciales. Cette loi disposait spécifiquement que la cour n'examine pas le document³⁰².

En 1982, la Loi sur la preuve au Canada a été modifiée afin de permettre l'examen des demandes de non-divulgation par un juge spécialement désigné de la Cour fédérale chaque fois que l'exécutif invoque les préjudices éventuels que la divulgation pourrait occasionner à la défense nationale, à la sécurité nationale ou aux relations internationales du Canada. Cette modification conférait aux juges spécialement désignés de la Cour fédérale la possibilité de prendre connaissance des documents faisant l'objet d'une demande de non-divulgation. Le législateur y a particulièrement pris soin de garantir la sécurité des renseignements en question.

Même s'ils disposaient dès lors du pouvoir d'examiner les documents visés par une demande de confidentialité au nom de la sécurité nationale, au début, les juges ont hésité à l'exercer. En 1983, la Cour d'appel fédérale a unanimement confirmé la décision d'un juge qui avait refusé que soit divulgué un document concernant l'ancien service du renseignement de la GRC. D'anciens membres de ce service, accusés d'avoir volé la liste des membres du Parti québécois, avaient demandé que ce document soit divulgué afin de leur permettre de prouver qu'ils avaient agi sur ordre et de soutenir leur défense d'apparence de droit. Le juge Le Dain a semblé reconnaître l'importance que ce document pourrait revêtir, mais il n'est pas pour autant arrivé à la conclusion qu'un juge devait l'examiner : « J'ai toutefois conclu, avec réticence, que la divulgation de tout renseignement jugé suffisant aux fins de la défense des appelants, même conformément à des restrictions du genre de celles qui ont été suggérées ci-dessus (à supposer que la Cour puisse, sans aide, déterminer si les renseignements sont suffisants et les restrictions adéquates, ce

302 Le paragraphe 41(2) de la *Loi sur les cours fédérales* prescrit ce qui suit : « (2) Lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal que la production ou communication d'un document serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada, le tribunal doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication. » Pour obtenir le contexte de cette disposition, voir Robert Hubbard, Susan Magotiaux et Suzanne Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (Aurora: Canada Law Book, 2007), à 4.30.

dont je doute), serait probablement préjudiciable à la sécurité nationale et aux relations internationales, pour les motifs exposés dans l'attestation et l'affidavit secret de l'intimé, et qu'un tel préjudice l'emporte sur l'importance relative de la divulgation pour la défense des appelants. Je conclus donc également que les renseignements en cause ne doivent pas être examinés et ne doivent pas être divulgués³⁰³. » Dans un jugement concordant, le juge d'appel Marceau fait sienne la déclaration du juge en chef Thurlow qui avait rendu une ordonnance de confidentialité sans examiner le document : « je crois que la nature des questions de relations internationales, de défense et de sécurité nationales est telle que les cas où le maintien du secret de certaines informations pouvant leur porter préjudice sera considéré moins important que la bonne administration de la justice, même en matière criminelle, seront rares³⁰⁴. » Il ajoute qu'il n'était pas nécessaire de faire enquête sur l'ampleur du préjudice que la divulgation pourrait occasionner à la sécurité nationale. Selon lui « [a]ccepter que la sécurité nationale et les relations internationales soient compromises, même seulement dans une mesure très restreinte, pour éliminer le risque d'une incrédulité aussi extrême de la part des douze membres du jury, m'apparaîtrait, je le dis avec respect, totalement irraisonnable³⁰⁵. » Bref, le droit a toujours favorisé les intérêts de l'État en matière de protection du secret, même au détriment de la divulgation de renseignements nécessaires à l'accusé.

La guerre froide et la confidentialité liée à la sécurité nationale

Les attitudes traditionnelles face à la confidentialité liée à la sécurité nationale ont été nettement influencées par des perceptions issues de la période de la guerre froide. Une cause souvent citée, rendue en 1988, nous en donne un bon exemple. Elle concernait la non-divulgation de renseignements au sujet d'un fonctionnaire à qui l'on avait refusé la cote de sécurité à cause de ses liens présumés avec des groupes communistes. Dans son ordonnance de confidentialité, le juge Addy exprime ainsi ses inquiétudes à propos de l'effet mosaïque : « En outre, reste toujours le danger que, si anodine que puisse me sembler la divulgation des renseignements, elle soit en fait susceptible de se révéler nuisible à la sécurité nationale » si elle devait être bénéficière à un [traduction] « observateur bien informé », c'est-à-dire une personne qui s'y connaît en matière de sécurité et qui est membre d'un groupe

303 *Re Goguen* (1984) 10 C.C.C. (3d) 492, p. 474 (C.A.F.).

304 *Ibid* à 480.

305 *Ibid* à 488.

constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada³⁰⁶. » Il conviendrait de réévaluer les prémisses qui sous-tendent ces préoccupations au sujet de l'effet mosaïque, puisque les circonstances ont changé. L'un des principaux thèmes de la présente étude concerne la nécessité de revoir les anciennes prémisses et les méthodes de fonctionnement normalisées dans le domaine du renseignement de sécurité au vu des défis particuliers que présente le terrorisme et de la nécessité de poursuivre efficacement ceux qui planifient ou commettent des actes terroristes.

Le juge Addy exprime les réserves suivantes pour justifier la non-divulgence de renseignements au nom de la sécurité nationale :

... de façon générale, cette divulgation a) permettrait d'identifier ou aurait tendance à identifier des sources humaines et des sources techniques; b) permettrait d'identifier ou aurait tendance à identifier des particuliers ou des groupes existants ou qui ont existé et qui font ou ne font pas l'objet d'une enquête; c) permettrait d'identifier ou aurait tendance à identifier des techniques et des méthodes utilisées par le service de renseignement; d) permettrait d'identifier ou aurait tendance à identifier des membres du service; e) nuirait ou aurait tendance à nuire à la sécurité des systèmes de télécommunications et de cryptographie du service; f) révélerait l'intensité de l'enquête; g) révélerait le succès ou le peu de succès de l'enquête³⁰⁷.

Les motifs invoqués dans cette décision sont très larges et pourraient devenir une clause de style invitant l'exécutif à formuler des demandes très générales pour protéger la confidentialité des renseignements au nom de la sécurité nationale. Ainsi, les informations concernant les membres du SCRS ou les opérations et les enquêtes de ce service peuvent ne pas systématiquement faire l'objet d'un interdit de divulgation. La non-divulgation qui peut s'imposer pour protéger la conduite d'opérations de contre-ingérence dirigées contre des pays étrangers ne s'imposera pas forcément dans le cas d'opérations de lutte contre le terrorisme dirigées contre des cellules appartenant à une nébuleuse.

306 *Henrie c. Canada* (1989) 2 C.F. 229 p. 244, (1988) A.C.F. 965, p. 242-243.

307 *Ibid.*, 579. Une autre décision qui reconnaît l'effet mosaïque est l'arrêt *Ternette c. Canada* [1992] 2 C.F. 75, par. 35 et 36.

Les risques associés à une revendication excessive de la confidentialité liée à la sécurité nationale

Dans le rapport de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, le juge O'Connor relate des exemples où le procureur général du Canada a commencé par revendiquer la confidentialité au nom de la sécurité nationale avant de faire machine arrière.

Le juge admet qu'il pouvait paraître compréhensible que le gouvernement pêche par excès de prudence, mais il critique la démarche que ce dernier a adoptée dans ses demandes CSN :

... la multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations CSN. En conséquence, le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale. [...] Je soulève la question de la trop grande portée des réclamations CSN du gouvernement dans l'espoir que l'expérience acquise dans le cadre de la présente Commission orientera, en quelque sorte, d'autres procédures. Lorsque le gouvernement formule des réclamations CSN à l'égard d'une certaine information dans une procédure judiciaire ou administrative, et que l'on vise la reddition de comptes du secteur public et l'équité, le facteur le plus important consiste, pour le gouvernement, à limiter dès le départ la portée de ces réclamations à ce qui est vraiment nécessaire. S'adresser aux tribunaux pour résoudre les réclamations CSN contestables ne profite à personne. Bien que les organismes gouvernementaux puissent être tentés de formuler des réclamations CSN pour soustraire certaines informations à l'examen du public et éviter une situation potentiellement embarrassante, ils devraient toujours résister à cette tentation³⁰⁸.

308 Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar, Analyse et recommandations* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux), p. 326 à 329.

Le juge O'Connor soulève la question de « la trop grande portée des réclamations CSN du gouvernement dans l'espoir que l'expérience acquise dans le cadre de la présente commission orientera, en quelque sorte, d'autres procédures »³⁰⁹.

La Cour fédérale a, par la suite, autorisé la divulgation, dans le rapport public rédigé par le juge O'Connor, de certains renseignements à propos desquels le gouvernement avait invoqué l'art. 38 de la LPC. Il était question du FBI et de la CIA, de l'utilisation de renseignements d'origine syrienne grâce auxquels un mandat avait été émis au Canada, ainsi que de déclarations chocs faites par un haut responsable du SCRS quant aux intentions des autorités américaines au sujet de Maher Arar. Le juge Noël a conclu qu'une partie des renseignements que le gouvernement voulait garder confidentielle ne correspondait même pas aux critères du préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales du Canada³¹⁰. Cette conclusion revêt un caractère extraordinaire, surtout compte tenu des égards que les tribunaux accordent généralement aux allégations de préjudice potentiel³¹¹ du gouvernement et de la portée des intérêts de l'État aux chapitres de la sécurité nationale, de la défense nationale et des relations internationales.

Même si une étude comme la nôtre est limitée, puisqu'elle s'appuie sur des sources publiques, force est de constater que le gouvernement a récemment revendiqué la confidentialité liée à la sécurité nationale de façon trop générale et trop systématique. Les revendications CSN de trop grande portée sont particulièrement dangereuses dans le cas des procès pour terrorisme parce qu'elles risquent de retarder et de fragmenter ces instances à causes du recours à la procédure prévue à l'art. 38. Nous examinerons cette procédure plus en détail à la faveur de trois études de cas. Pour l'instant, je me propose toutefois de voir dans quelle mesure il est nécessaire de revoir les concepts de confidentialité liée à la sécurité nationale qui remontent à la période de la guerre froide au vu des défis

309 *Ibid.*, p. 328.

310 *Le Procureur général du Canada c. La Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, et Maher Arar*, 2007 C.F. 766, par. 91; Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, addendum (Ottawa : Travaux publics, 2007).

311 Voici, par exemple, ce qu'a indiqué le juge Noël : « Il est bien établi en droit, au Canada comme dans de nombreux autres pays régis par la common law, que les tribunaux doivent montrer de la retenue à l'égard des décisions de l'exécutif pour ce qui concerne les questions de sécurité nationale, de défense nationale et de relations internationales, car l'on considère que le pouvoir exécutif est, davantage que le pouvoir judiciaire, dépositaire de connaissances spécialisées en ces matières ». *Ibid.*, par. 46.

que présente le terrorisme ainsi que des risques associés à la multiplication des réclamations par l'exécutif.

Changer la façon d'aborder la règle des tiers

La règle des tiers veut que l'organisme destinataire de renseignements visés par des restrictions ou des réserves quant à leur utilisation subséquente ne dévoile pas cette information et ne s'en serve surtout pas en preuve dans une action en justice sans le consentement préalable de l'émetteur. Dans un procès pour terrorisme, cela revient à dire que le renseignement émanant d'un organisme étranger ou même d'un organisme national ne doit pas être divulgué aux autres parties à l'instance sans le consentement explicite de la partie à l'origine de l'information.

Le juge O'Connor a traité de la nécessité d'assortir les renseignements partagés avec d'autres pays de restrictions ou réserves et de protester en cas de non-respect de ces restrictions, mais il n'estime pas pour autant que la règle des tiers constitue un obstacle absolu à la communication d'information. Voici ce qu'il déclare à ce sujet :

Les réserves ne devraient pas être considérées comme un obstacle au partage de l'information, surtout lorsqu'il s'agit de partage d'information dépassant les limites de ce qui est de prime abord envisagé. Elles peuvent aisément être assorties de modalités claires permettant de demander la modification ou l'assouplissement des restrictions imposées à l'utilisation et à la dissémination de l'information lorsque les circonstances le justifient. La procédure n'a pas à être longue ou complexe³¹².

Dans une décision récente qu'il a rendue à la suite d'une procédure entamée au titre de l'art. 38, dans le procès Khawaja pour terrorisme, le juge Mosley devait préciser ce qui suit :

L'objet de la règle des tiers est manifestement de protéger et d'encourager l'échange de renseignements sensibles entre le Canada et les États ou organismes étrangers, en protégeant pour cela à la fois la source et le contenu des renseignements échangés, l'unique exception étant que le Canada a toute latitude de communiquer les

³¹² Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar, Analyse et recommandations* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux), p. 369.

renseignements et/ou de faire état de leur source si le consentement de la source est obtenu.

Cependant, dans l'application de cette notion à tel ou tel élément de preuve, la Cour doit être consciente que cette notion n'englobe pas toutes les situations. D'abord, il faut se demander si le Canada a ou non tenté d'obtenir un consentement à la communication des renseignements. Je suis enclin à dire, comme le défendeur, qu'il n'est pas loisible au procureur général de prétendre tout bonnement que des renseignements ne peuvent pas être divulgués en application de la règle des tiers, si une demande de consentement à la divulgation, sous une forme ou sous une autre, n'a pas été en fait présentée à la source étrangère.

Deuxièmement, comme l'a signalé la Cour dans la décision *Ottawa Citizen*, lorsque l'organisme canadien a connaissance de renseignements avant de les avoir reçus d'un ou de plusieurs organismes étrangers, « la règle des tiers n'a aucune pertinence ». Dans ce cas, les renseignements doivent être communiqués, sauf si un autre intérêt légitime sur le plan de la sécurité a été invoqué : décision *Ottawa Citizen*, précité, paragraphe 66. À titre de comparaison, on pourrait pareillement prétendre que, lorsque des renseignements sont de notoriété publique avant ou après leur réception d'une source étrangère, la règle des tiers n'a là non plus aucune pertinence dans la mesure où c'est la source publique qui est mentionnée³¹³.

Cette approche laisse entendre que la règle des tiers ne doit pas être appliquée de façon systématique. Avant de l'invoquer, le gouvernement doit s'appliquer à tenter, de bonne foi, d'obtenir le consentement du tiers parti concerné pour utiliser les éléments de preuve qui l'intéressent. Partant des faits de l'espèce, le juge Mosley a conclu que l'organisme de renseignement britannique avait refusé de consentir à la divulgation des renseignements à l'accusé à cause des problèmes de sécurité qui régnaient alors en Grande-Bretagne et d'une enquête en cours. Le juge a cependant ajouté du même souffle qu'un « un organisme de renseignement des États-Unis avait consenti durant l'audience à la divulgation d'un document important qui avait été auparavant assorti d'une réserve »³¹⁴. La guerre contre le terrorisme n'infléchira certes pas la règle des tiers, mais elle devrait influencer les alliés dans leur disposition à consentir à la divulgation de renseignements dans le cadre d'un procès

313 *R. c. Khawaja* 2007 C.F. 490, par. 145-147.

314 *Ibid.*, par. 153.

criminel. Nos alliés sont aux prises avec les mêmes problèmes que nous en ce qui concerne la transformation des données du renseignement en éléments de preuve à des fins de poursuites pour terrorisme. Comme nous l'avons vu dans la première partie de la présente étude, certains organismes comme le MI5 ont publiquement annoncé leur volonté de recueillir des renseignements en appliquant les normes de la preuve. Malheureusement, on constate des signes de résistance à l'adoption d'une approche modifiée à la règle des tiers selon laquelle le gouvernement devrait obtenir le consentement de l'organisme source avant de pouvoir se réfugier derrière la règle des tiers. Dans l'arrêt *Canada c. la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*³¹⁵, le juge Noël cite un affidavit rempli par un employé de la GRC dans lequel on peut lire « si la GRC devait en l'espèce obtenir un consentement à la divulgation des renseignements, l'engagement de la GRC à observer la règle des tiers pourrait être mis en doute puisque la divulgation serait demandée pour une fin autre que l'application de la loi, et donc en dehors des paramètres généralement admis pour l'obtention d'un consentement (affidavit de X (au nom de la GRC), paragraphe 42) »³¹⁶. Or, si cette approche devait être retenue, elle pourrait considérablement gêner l'obtention du consentement en vue de permettre l'utilisation de données du renseignement en tant qu'éléments de preuve ou éléments d'informations à divulguer à l'accusé³¹⁷.

La règle des tiers joue un rôle déterminant de toute revendication légitime de confidentialité liée à la sécurité nationale, mais elle ne devrait pas être invoquée de façon systématique. Elle ne peut s'appliquer qu'aux informations reçues d'un tiers sous le sceau de la confiance, et ne devrait pas s'étendre aux renseignements qui étaient du domaine public ou détenus de façon indépendante par des organismes canadiens. Ces derniers devraient d'ailleurs chercher à obtenir le consentement de l'organisme source en vue de pouvoir utiliser les données du renseignement visées par la règle des tiers, comme l'ont recommandé le juge O'Connor (*Commission Arar*) et le juge Mosley. Ces organismes pourront toujours refuser d'accorder leur consentement, mais il faut savoir qu'eux aussi sont aux prises avec des problèmes identiques tenant à la nécessité d'établir un lien entre renseignement et preuve dans le cadre d'enquêtes antiterroristes.

315 2007 C.F. 766.

316 *Ibid.*, par. 72.

317 Le juge Noël n'a pas directement commenté cette allégation dans son jugement public, ce qui ne l'a pas empêché d'émettre l'avertissement suivant : « il faut agir avec circonspection lorsqu'on envisage la possibilité de transgresser la règle des tiers à l'égard de renseignements obtenus de nos alliés les plus importants ». *Ibid.*, par. 80.

Changer la façon d'envisager l'effet mosaïque

L'effet mosaïque dont a traité le juge Addy (voir ci-dessus) se rapporte au processus suivant lequel la divulgation d'un élément d'information apparemment inoffensif peut s'avérer préjudiciable si un ennemi le place dans un contexte plus large (la mosaïque). Ce genre de préoccupation était logique durant la guerre froide, quand un service du renseignement professionnel, comme le KGB, cherchait à mettre la main sur tous les renseignements divulgués et déployait des ressources en conséquence. Comme nous l'avons vu, cette manière de procéder est beaucoup moins logique quand l'ennemi n'est pas un État, comme c'est le cas des groupes terroristes. Si des cellules comme al-Qaïda peuvent effectivement consacrer une partie de leurs ressources à des activités de contre-ingérence, ils n'ont pas les mêmes ressources que les États. Certains pays peuvent toutefois désirer appuyer des activités terroristes et donc se livrer à un certain travail de contre-ingérence. Cela dit, dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, l'effet mosaïque n'est plus aussi menaçant qu'il l'était à l'époque de la guerre froide.

Bien que le contexte ait changé, il est de notoriété publique que le SCRS continue d'invoquer l'effet mosaïque pour justifier ses demandes de non-divulgation. Par exemple, dans son jugement relatif à la Commission Arar, le juge Noël cite l'affidavit d'un représentant du SCRS :

[traduction]... dans les mains d'un lecteur bien informé, des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui par eux-mêmes ne sont pas nécessairement très sensibles, pourront servir à dresser un tableau plus détaillé une fois comparés à des renseignements déjà connus du destinataire ou pouvant être obtenus d'une autre source. En intégrant les renseignements divulgués par le Service à ceux qui sont déjà connus, le lecteur informé pourra en apprendre bien davantage sur les cibles du Service et sur la profondeur de ses connaissances que ce qu'un document révélera à première vue à un lecteur non informé. En outre, une personne qui a une connaissance personnelle des évaluations et conclusions du Service sur un individu, ou une connaissance personnelle de l'ampleur des renseignements du Service, ou de son manque de

renseignements, touchant telle ou telle menace, sera en mesure de savoir que ses activités ont échappé à la vigilance du Service³¹⁸.

Le juge Noël poursuit en affirmant, comme l'avait fait le juge Mosley dans l'arrêt *Khawaja*, que « l'effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même, et cela parce qu'il est difficile de se mettre à la place d'un tel « observateur bien informé », une raison suffisante d'empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué »³¹⁹. Les tribunaux ainsi que les organismes du renseignement, nationaux et étrangers, devraient réexaminer les anciennes prémisses en la matière, étant donné que le renseignement concernant les activités terroristes est de plus en plus susceptible de présenter une valeur probante.

Critiques de l'article 38 de la Loi sur la preuve au Canada

L'article 38 de la LPC a été la cible de nombreux commentaires négatifs. À l'exception de certaines dispositions imposant la tenue de séances à huis clos, jusqu'ici, cet article a été jugé conforme à la Charte.

Pour Stanley Cohen, les modifications apportées à la LPC en 2001 [traduction] « visent à réaliser l'équilibre qui s'impose dans le cas de la divulgation d'éléments d'information importants chaque fois qu'il est question de sécurité nationale »³²⁰. Il fait remarquer que le certificat du procureur général, émis en vertu de l'art. 38.13, peut s'imposer au nom de l'engagement pris par le Canada envers ses alliés, et que l'art. 38.14 constitue [traduction] « une protection appréciable » allant jusqu'à la possibilité d'ordonner un arrêt de la procédure en cas d'émission d'un certificat en vertu de l'art. 38.13. Pour ce même auteur, les dispositions prévoyant l'admission d'un résumé ou la divulgation partielle des renseignements [traduction] « visent à promouvoir la capacité des parties concernées d'accéder aux informations concernant les relations internationales ou la défense nationale ou encore la sécurité nationale du Canada, et de les utiliser d'une façon qui soit conforme à leurs droits de bénéficier d'un procès équitable »³²¹.

318 *Ibid.*, citation traduite, par. 83.

319 *Ibid.*, par. 84. Voir aussi R. .c. *Khawaja* 2007 C.F. 490, par. 136.

320 Stanley Cohen *Privacy, Crime and Terror* (Toronto: Butterworths, 2005), p. 307.

321 *Ibid.*, p. 304.

Hamish Stewart fait remarquer qu'à la suite des modifications de 2001, l'art. 38 de la LPC [traduction] « s'applique à une gamme plus étendue de renseignements que ne le prévoit la doctrine traditionnelle de l'immunité d'intérêt public » parce qu'il vise des informations que le gouvernement a protégées, informations dont la divulgation peut ou non être préjudiciable³²². Il critique le dédoublement de procédure qui sous-tend l'art. 38, surtout dans les causes au pénal, parce que [traduction] « le juge de la Cour fédérale est appelé à rendre une décision au sujet de la divulgation sans avoir participé au procès et sans avoir décidé du remède éventuel à adopter en cas de non-divulgation ». S'il reconnaît que les juges de la Cour fédérale ont une certaine expérience dans les questions de sécurité nationale, le professeur Stewart affirme tout de même qu'ils [traduction] « ne possèdent pas de compétences particulières dans les autres questions, comme le droit de produire une réponse et une défense pleines et entières qui doit être mis dans la balance par rapport aux questions de protection de la sécurité »³²³.

Peter Rosenthal a également critiqué l'ampleur des informations visées par l'art. 38, tant en ce qui a trait à la définition de renseignements sensibles qu'au type d'informations provenant d'organismes étrangers qui peuvent faire l'objet d'un certificat émis en vertu de l'art. 38.13³²⁴. Il fait remarquer que le procureur général dispose de nombreux moyens pour protéger la confidentialité de l'information; il peut recourir aux procédures prévues en common law, à celles inscrites aux articles 37 et 38.06 de la Loi sur la preuve au Canada ou aux certificats prévus à l'art. 38.13³²⁵. Rosenthal critique aussi les procédures de l'art. 38 dans la mesure où elles permettent de tenir des instances ex parte dont sont exclus les avocats de la défense. Comme nous le verrons, cet aspect s'est retrouvé au centre d'une contestation de l'art. 38.11 fondée sur la Charte dans le cadre de l'affaire Khawaja. Enfin, l'auteur doute que les dispositions visant à garantir la tenue d'un procès équitable soient suffisantes étant donné que le juge du procès, appelé à rendre la décision, peut ne pas toujours avoir accès aux renseignements non divulgués et que le juge de la Cour fédérale peut ne pas toujours être en mesure d'anticiper les défenses qu'aurait pu invoquer l'accusé après une éventuelle divulgation si celle-ci avait eu lieu³²⁶.

322 Hamish Stewart « Public Interest Immunity After Bill C-36 » (2003) 47 C.L.Q. 249, p. 252.

323 *Ibid.*, p. 254.

324 Peter Rosenthal « Disclosure to the Defence After September 11: Sections 37 and 38 of the Canada Evidence Act » (2003) 48 C.L.Q.186, p. 191-192.

325 *Ibid.*, p.192-193.

326 *Ibid.*, p. 196.

Kathy Grant, quant à elle, critique les dispositions de l'art. 38 qui imposent la confidentialité et la tenue d'audiences *ex parte*, parce qu'elle estime que celles-ci [traduction] « maintiennent délibérément l'accusé dans l'ignorance de renseignements par ailleurs pertinents. Non seulement le procès risque d'être injuste, mais les risques que le procès soit inéquitable peuvent même être gardés secrets »³²⁷. Comme nous le verrons, ces deux caractéristiques de l'art. 38 ont été à l'origine de contestations ultérieures fondées sur la Charte, contestations qui ont connu des résultats mitigés.

Le juge Jeremy Patrick, pour sa part, a critiqué la procédure prévue à l'art. 38 qu'il a qualifiée de [traduction] « lente et pesante »³²⁸, puisqu'elle avait fait dérailler le procès Ribic. Il soutient que la portée de cet article est beaucoup trop large et que celui-ci ne devrait s'appliquer qu'aux renseignements qui, s'ils étaient divulgués, pourraient effectivement être préjudiciables à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales du Canada³²⁹. Il critique les interdictions de publication obligatoires dans le cas des audiences tenues en vertu de l'art. 38³³⁰, dispositions qui, comme nous le verrons, ont été invalidées en regard de la Charte. Il s'en prend aussi à l'existence des certificats du procureur général (art. 38.13) et au seuil très faible à respecter pour confirmer leur validité.

Récemment, un comité du Sénat et un autre de la Chambre des communes se sont penchés sur l'article 38 à la faveur de leur examen de la Loi antiterroriste. Celui de la Chambre a recommandé une série de modifications relativement mineures consistant notamment à raccourcir la durée de validité du certificat du procureur général pour la faire passer de 15 à 10 ans, à exiger le dépôt de rapports annuels relatifs à l'utilisation de tels certificats et à permettre d'en appeler de la décision d'un juge de la Cour d'appel fédérale ayant procédé à l'examen judiciaire d'un certificat émis par le procureur général en vertu de l'art. 38.13³³¹. Le comité sénatorial a, quant à lui, recommandé que le juge saisi d'une demande au sujet d'un certificat (art. 38.13) soit tenu d'établir si les raisons d'intérêt public justifiant que les renseignements soient divulgués l'emportent

327 Kathy Grant « The Unjust Impact of Canada's Anti-Terrorism Act on the Accused's Right to Full Answer and Defence » (2004) 16 Windsor Review of Legal and Social Issues 137, p. 157-158.

328 Jeremy Patrick-Justice « Section 38 and the Open Court Principle » (2005) 54 U.N.B.L.J. 218, p. 229.

329 *Ibid.*, p. 231.

330 *Ibid.*, p. 233.

331 Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes, mars 2007, ch. 6.

sur les raisons d'intérêt public justifiant leur non-divulgation³³². Cette capacité du procureur général à émettre un certificat en vertu de l'art. 38.13 a énormément mobilisé l'attention, mais jusqu'ici, il ne s'en est pas officiellement prévalu. Le gouvernement considère, à juste titre, que ce pouvoir de renverser les ordonnances judiciaires de divulgation revêt un caractère extraordinaire, mais cela ne fait que présenter sous un jour favorable le dilemme fondamental auquel le gouvernement se retrouve systématiquement confronté dans les dossiers où il est question de renseignements sensibles. Ce dilemme a été décrit comme étant un choix entre l'acceptation et le rejet de la demande de divulgation. En soi, un certificat émis au titre de l'art. 38.13 ne signale pas la fin d'une poursuite, mais il est très probable – face à un tel renversement, par l'exécutif, d'une ordonnance de divulgation émise par un tribunal – qu'un juge de première instance décrète l'arrêt d'une procédure entreprise aux termes de l'art. 38.14 afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable.

Aborder la non-divulgation d'une façon plus disciplinée, fondée sur le préjudice

Le comité sénatorial a recommandé que « les définitions de « renseignements potentiellement préjudiciables » et de « renseignements sensibles » [...] ainsi que les motifs [...] de ne pas autoriser la divulgation de ces renseignements aux termes de l'article 38.06 soient modifiés de manière à préciser la façon dont la divulgation de certains renseignements doit porter préjudice aux relations internationales... »³³³. Cette recommandation pourrait être étendue à la sécurité nationale et à la défense nationale dont il est question à l'art. 38. Dans sa décision relative à l'art. 38, dans la cause de la Commission Arar, le juge Noël s'est attaqué à la délicate mission de définir le caractère opératoire de l'art. 38. Pour lui, « la « sécurité nationale » s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada »³³⁴. La défense nationale s'entend de « tous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis » et de « l'arsenal militaire d'une nation »³³⁵. Enfin, les relations internationales « s'entendent des renseignements qui,

332 *Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, p. 67-74.

333 *Ibid.*, p. 70.

334 *P.g. Canada c. Commission d'enquête 2007 C.F. 766*, par. 68.

335 *Ibid.*, par. 62.

s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec l'étranger »³³⁶. Si les efforts déployés par le juge Noël pour proposer une définition sont louables, il n'en demeure pas moins que le résultat n'est pas satisfaisant. On a du mal à imaginer un libellé plus vague et plus général que celui-ci et l'on dirait même que dans cette tentative de définition, le libellé n'en est devenu que plus général. Le problème tient peut-être au caractère vague de ces dispositions légales. Dans son audience d'enquête, la Cour suprême a ostensiblement rejeté l'argument du gouvernement voulant que la Loi antiterroriste ait pour objet de protéger la sécurité nationale, et cela notamment parce qu'elle s'est inquiétée d'une certaine « rhétorique issue d'une perception d'urgence »³³⁷.

Il existe de bonnes raisons de protéger le secret, notamment quand la sécurité des indicateurs est menacée, quand des enquêtes sont en cours et quand le Canada a pris des engagements en ce sens envers ses alliés. Toutefois, ces raisons risquent de se perdre au fil de déclarations générales concernant la sécurité nationale, la défense nationale et les menaces à nos relations internationales. Cette portée très large des définitions en question explique peut-être pourquoi le gouvernement est tenté de multiplier les réclamations CSN. Étant donné les controverses provoquées par la multiplication des réclamations, comme nous l'avons vu plus haut, et la nécessité de réévaluer la relation entre le renseignement secret et la preuve utile à des poursuites dans des affaires de terrorisme, il y aurait lieu d'envisager de réformer l'art. 38 afin de limiter la liste des préjudices susceptibles d'être occasionnés par la divulgation de renseignements secrets pour s'en tenir à des préjudices précis et graves. Une approche plus disciplinée, fondée sur le préjudice potentiel, pourrait aider le gouvernement à ne pas retomber dans le piège de la multiplication des réclamations. Une telle approche permettrait aussi d'atténuer les doutes et le cynisme de la population qui, comme l'a justement fait remarquer le juge O'Connor, ne manqueraient pas de surgir au lendemain du dépôt, par le gouvernement, d'une réclamation CSN de trop grande portée.

Recourir davantage aux procédures contradictoires en vertu de l'art. 38

Le comité de la Chambre a recommandé que, soit le juge président une audience, soit une partie exclue des délibérations ex parte et à huis clos,

³³⁶ *Ibid.*, par. 61.

³³⁷ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)* [2004] 2 R.C.S 248, par. 39.

aux termes de l'art. 38, puisse recommander la nomination d'un avocat indépendant ayant la cote de sécurité appropriée pour être en mesure de contester les revendications de non-divulgence du gouvernement³³⁸. Le comité sénatorial spécial a formulé une recommandation semblable relativement au recours à des avocats spéciaux³³⁹. Comme nous le verrons plus loin, le juge en chef Lutfy s'est montré disposé à envisager la nomination d'un avocat spécial ayant une habilitation de sécurité appropriée dans les cas où le procureur général réclame une audience ex parte en vertu de l'art. 38.11 à l'appui d'une requête en non-divulgence³⁴⁰. Comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'arrêt Charkaoui, les modalités d'application de cette formule sont complexes et méritent un débat au Parlement. La question fondamentale consiste à savoir comment un avocat spécial ayant l'habilitation de sécurité nécessaire prendra connaissance du dossier de l'accusé et s'il sera en mesure de consulter cet accusé ou son avocat après avoir pris connaissance des renseignements secrets.

Dans le procès Malik et Bagri, les avocats de la défense ont pu examiner les documents non divulgués après s'être engagés à ne pas en dévoiler le contenu à leurs clients. Cela leur a permis, comme ils étaient davantage au courant du dossier, de déterminer la pertinence et l'utilité des renseignements en question et ensuite de présenter des requêtes de divulgation plus précises et mieux étayées. En vertu de l'art. 38 dans sa version actuelle, les avocats n'ont d'autre choix que de formuler à l'aveuglette des requêtes de divulgation de portée large, parce qu'ils n'ont pas vu les renseignements incriminés. Un avocat ayant la cote de sécurité prendrait le temps nécessaire pour appréhender le dossier, ce qui ne ferait qu'occasionner d'autres retards de procédure en vertu de l'art. 38. En fin de compte, un avocat ayant l'habilitation de sécurité nécessaire pourrait ne jamais connaître aussi bien le dossier que le propre avocat de l'accusé. Une procédure contradictoire destinée à contester la demande de non-divulgence de la Couronne permettrait peut-être de contrer la revendication du secret par l'exécutif, mais son adoption risquerait de rendre plus difficile la protection du droit de l'accusé à produire une réponse et une défense pleines et entières parce que l'avocat ayant l'habilitation de sécurité ne connaîtrait pas parfaitement le dossier et qu'il ne pourrait pas parler des renseignements secrets avec l'accusé.

338 *Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes*, mars 2007, p. 92.

339 *Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, p. 41-45.

340 *R. c. Khawaja* 2007 C.F. 463.

L'article 38 et la liberté d'expression

Les dispositions obligatoires de l'art. 38 prévoyant que toutes les requêtes formulées au titre de cet article et que tous les dossiers du tribunal demeurent confidentiels, et que les audiences se déroulent en privé, ont été contestées avec succès dans le procès *Toronto Star c. Canada*³⁴¹. Dans son arrêt, le juge en chef Lutfy indique que ces dispositions obligatoires existent depuis 25 ans, soit depuis l'adoption de la LPC, mais qu'elles ne justifient pas la limitation de la liberté d'expression ni du principe des audiences publiques. Dans une cause antérieure, le même juge en chef Lutfy avait d'ailleurs précisé :

La Cour fédérale est tenue par l'article 38 de garder secret un fait qui a été évoqué publiquement devant le tribunal administratif ou judiciaire à l'origine de la procédure. [...] Il est inhabituel qu'une partie au litige puisse être le seul arbitre pour ce qui est d'autoriser la divulgation de renseignements qui sont ou qui devraient être publics. Une cour de justice devrait être considérée comme détentrice d'un pouvoir suffisant sur sa procédure dans la situation que je viens de décrire³⁴².

Ce passage montre bien que le procureur général du Canada peut effectivement invoquer l'art. 38 et se prévaloir des dispositions inhérentes à la protection du secret. Dans l'arrêt *Toronto Star c. Canada*, le juge en chef Lutfy se dit d'avis que, compte tenu de l'arrêt *Ruby* rendu par la Cour suprême, l'obligation de tenir des audiences à huis clos ne peut être justifiée pour les parties de la procédure découlant de l'art. 38 qui ne portent pas sur des renseignements secrets³⁴³. Il donne donc une interprétation atténuante en fonction de laquelle le public et la presse seraient tout de même exclus des audiences pour [traduction] « toutes les observations ex parte, celles que présente de plein droit le Procureur général du Canada et celles que présente le particulier avec l'autorisation de la cour »³⁴⁴.

Le reste de la présente partie sera consacrée à trois exemples de procédures entreprises en vertu de l'art. 38 à des moments différents.

341 2007 C.F. 128.

342 *Ottawa Citizen c. Canada* 2004 C.F. 1052, par. 38, 40.

343 *Ibid.*, par. 70-71.

344 *Ibid.*, par. 87.

La première étude de cas, l'affaire Kevork, concerne une disposition antérieure à l'art. 38 en matière de procès pour terrorisme. La deuxième, l'affaire Ribic, concerne la poursuite de l'auteur d'une prise d'otages en Bosnie à l'occasion de laquelle le recours aux dispositions de l'art. 38 en plein milieu du procès criminel a donné lieu à l'annulation de l'instance. Ce cas a influé sur la décision de modifier l'art. 38 afin que le procureur général du Canada soit prévenu d'avance de toute question relative à l'art. 38. Quant à la dernière étude de cas, elle concerne une affaire en cours dans le cadre de laquelle une procédure en vertu de l'art. 38 a été entreprise lors de ce qui a constitué la toute première poursuite pour terrorisme aux termes de la Loi antiterroriste de 2001.

Étude de cas – l'affaire Kevork

Ce cas, qui concerne une poursuite pour terrorisme entreprise dans les années 80 et dans laquelle la Cour fédérale a été saisie d'une requête de non-divulgence, illustre certains des dilemmes associés à la procédure dualiste propre au Canada en matière de confidentialité liées à la sécurité nationale. Ce cas révèle plus particulièrement la position très délicate dans laquelle les juges du procès peuvent se retrouver quand ils doivent déterminer si la non-divulgence de renseignements qu'ils n'ont pas vus ne risque pas d'entraver la tenue d'un procès équitable.

Entre 1982 et 1985, des ressortissants turcs ont été la cible de trois attentats terroristes au Canada. En 1982, c'est l'attaché militaire de l'ambassade de Turquie, Atilla Altikat, qui a été abattu par balles à Ottawa. En 1985, un gardien de sécurité, Claude Brunelle, a été tué lors d'un attentat contre l'ambassade de Turquie à Ottawa. Ces deux premiers cas illustrent l'existence d'activités terroristes au Canada avant l'attentat d'Air India.

En avril 1982, un diplomate turc, Kani Gungor, s'est retrouvé paralysé à la suite d'un attentat à l'arme à feu. En mars 1984, trois accusés, Haroutine Kevork, Raffic Balian et Haig Gharakhanian, ont été inculpés de conspiration en vue de commettre un meurtre et de tentative de meurtre. Pour cette poursuite, la Couronne s'est fondée sur le témoignage de deux complices, Hratch Bekredjian et Sarkis Mareshlian. Les accusés ont contesté la crédibilité des témoins de la Couronne, affirmant que c'étaient plutôt eux qui avaient commis l'attentat. Cette étude de cas, à l'instar de celle concernant l'affaire Khela, révèle l'importance des sources humaines. L'instance en question a aussi revêtu une dimension internationale parce que la Couronne a cherché à introduire en preuve les

résultats d'écoutes téléphoniques réalisées aux États-Unis et au Canada. Cette étude de cas montre le lien étroit qui peut exister, dans des procès pour terrorisme, entre la divulgation de la preuve, la protection des témoins et la confidentialité liée à la sécurité nationale.

L'affaire en question a été assortie de nombreuses requêtes préliminaires déposées en cour supérieure provinciale et en Cour fédérale, jusqu'à ce que l'accusé plaide finalement coupable à des accusations de conspiration en vue de commettre un meurtre. Dans l'une de ces requêtes avant le procès, l'accusé a tenté d'obtenir de la police d'Ottawa qu'elle divulgue l'identité d'un indicateur clé lors de l'audience sur la mise en liberté provisoire. Le juge Ewaschuk a souligné que cet indicateur aurait normalement dû témoigner, et il l'a même qualifié de témoin éventuel. Cependant, il a conclu que la vie de cette personne serait menacée si son identité était divulguée et qu'il n'était pas nécessaire, à cette étape préliminaire de la procédure, de dévoiler son identité³⁴⁵. Un aspect essentiel de ce jugement tient au fait que le juge n'a pas estimé que la crédibilité de l'indicateur fût pertinente aux questions à trancher à l'étape de l'audience sur cautionnement³⁴⁶ ni même à celle de l'audience préliminaire. Bien qu'une audience préliminaire ait eu lieu dans cette affaire, la Couronne a finalement décidé de recourir à une mise en accusation directe. La décision Stinchcombe qui a suivi sur la question de la divulgation (voir plus haut) établit que la preuve et les autres documents pertinents doivent être dévoilés à l'accusé, mais que le choix du moment de la divulgation est laissé à la discrétion de la Couronne. Cette latitude de la Couronne peut donner au gouvernement le temps nécessaire pour adopter des mesures en vue de protéger les témoins avant que leur identité ne soit divulguée à l'accusé.

Dans une autre décision préalable au procès, le juge Ewaschuk conclut que la preuve obtenue grâce à des écoutes électroniques réalisées par les autorités américaines était admissible à l'étape de l'audience sur cautionnement sans qu'il soit nécessaire d'établir la conformité de cette preuve aux normes constitutionnelles canadiennes ou américaines. Il insiste sur le caractère informel des auditions sur la mise en liberté provisoire tout en laissant ouverte la possibilité que la Charte s'applique à ce genre de preuve qu'un accusé veut faire admettre à son procès³⁴⁷.

345 *R. c. Kevork* [1984] O.J. 926.

346 La libération sur cautionnement a été refusée à l'accusé en partie parce qu'on craignait qu'il puisse fuir le Canada et que sa libération ne fasse courir un danger à l'indicateur. *R. c. Kevork* [1984] O.J. 929.

347 *R. c. Kevork* (1984) 12 C.C.C.(3d) 339.

Par la suite, la Cour suprême a statué que la Charte ne s'applique pas à la répression de la criminalité par des autorités étrangères³⁴⁸, même si celles-ci travaillent en collaboration avec les autorités canadiennes³⁴⁹ ou avec des agents canadiens stationnés à l'étranger³⁵⁰. Par ailleurs, on pourrait conclure que l'admission en preuve de renseignements recueillis à l'étranger enfreint les dispositions de la Charte si cette preuve entraîne la tenue d'un procès inéquitable ou d'autres formes d'infraction à l'art. 7 de la Charte.

Lors de l'enquête préliminaire, l'accusé a réclamé la divulgation des renseignements que le SCRS avait obtenus lors d'écoutes électroniques. Il a aussi demandé le dépôt des profils que le Service avait dressés au sujet de Hratch Bekredjian et de Sarkis Mareshlian, deux indicateurs de police et témoins de la Couronne, de même que la divulgation de l'identité des agents du SCRS qui avaient assuré la filature de l'accusé. Ces informations avaient une valeur probante, en partie parce qu'elles auraient pu révéler les allées et venues de l'accusé, qui résidait alors à Toronto, dans le cas de ce crime commis à Ottawa. L'enquête préliminaire a été ajournée quand la Couronne s'est objectée à la divulgation de ces renseignements pour des raisons de sécurité nationale. Elle a produit un affidavit du directeur du SCRS, dans une procédure entreprise auprès de la Cour fédérale en vertu des art. 36.1 et 36.2 de la Loi sur la preuve au Canada (de l'époque), affidavit qui affirmait que la communication de ces renseignements « porterait préjudice à la sécurité nationale, car elle révélerait ou pourrait avoir pour effet de révéler les méthodes utilisées pour exercer une surveillance, la capacité et les aptitudes du Service à exercer une surveillance électronique, les lieux et les moyens employés pour ce faire et l'identité de ceux qui y procèdent »³⁵¹. Le juge Addy a rejeté la demande de l'accusé qui voulait contre-interroger le directeur au sujet de cet affidavit, puisque aucun contre-interrogatoire ne pouvait être autorisé en vertu de la procédure suivie « sauf peut-être en cas de circonstances exceptionnelles démontrées, dont le poids ferait pencher la balance »³⁵². Le juge a ajouté qu'il n'existe pas, dans le cadre d'une procédure au titre de la LPC, de droit formel à mener un contre-interrogatoire lors d'audiences obligatoires à huis clos, ni de droit de la Couronne à formuler des demandes d'audience ex parte exécutoires. Il a insisté en ces termes sur les intérêts de l'État à protéger le secret :

348 *R. c. Harrer* (1995) 3 S.C.R. 562.

349 *R. c. Terry* (1996) 2 S.C.R. 207.

350 *R. c. Hape* 2007 SCC 26.

351 *Kevoork c. R.*, (1984) 2 C.F. 753, p. 770 (C.F. 1re inst.).
Ibid., p. 753.

Ce qui peut paraître au non-initié, au profane qui n'a pas la formation requise, une information d'apparence inoffensive et anodine pourrait fort bien s'avérer pour un adversaire entraîné ou quelque service de renseignement rival extrêmement utile une fois rapproché d'un ensemble d'autres renseignements apparemment sans rapport. Vu cela et en raison de l'extrême délicatesse de toute question touchant à la sécurité, ce serait une tâche fort aventureuse pour un juge de décider si certaines questions doivent ou ne doivent pas recevoir une réponse au cours d'un contre-interrogatoire. De plus, le contre-interrogé pourrait fort bien être placé dans la position des plus désagréables de fournir une réponse par sa simple opposition à la question. Enfin, il est facile de prévoir qu'on s'opposera à bien des questions du contre-interrogatoire de la même manière qu'on s'oppose aux questions initiales qui servent de fondement à la présente demande. Cela conduira inévitablement à d'autres enquêtes et à d'autres demandes et n'aura pas de fin, et le danger de porter atteinte à la sécurité en sera d'autant plus réel³⁵³.

Cette conception de l'intérêt de l'État pour la protection de la sécurité et en particulier l'importance que revêt l'effet mosaïque à cet égard – effet selon lequel un élément d'information peut fournir à tout ennemi de précieuses indications sur des opérations en cours – traduisait tout à fait la façon dont on percevait à l'époque la notion d'intérêt de l'État à protéger le secret. Il semble qu'on se concentrait alors sur le risque de divulguer des renseignements concernant des opérations de contre-ingérence à long terme visant l'Union soviétique plutôt que des opérations de lutte contre le terrorisme qui auraient pu donner lieu à des poursuites criminelles contre des cellules décentralisées.

Le juge Addy a rejeté la demande de divulgation des documents du SCRS formulée par l'accusé sans avoir préalablement examiné ces documents. Il a souligné que « certes le législateur fédéral a choisi d'autoriser notre juridiction à connaître d'une opposition à communication fondée sur la crainte de préjudice à la sécurité ou à la défense nationales ou aux relations internationales, ce qui antérieurement était un domaine réservé exclusivement au pouvoir exécutif, mais ce n'est nullement là une

353 *Ibid.*, p. 772-773.

indication que le secret en ces matières soit, de quelque manière, moins important qu'avant l'adoption de cette législation »³⁵⁴. Le juge Addy a fait droit à l'objection du procureur général du Canada de divulguer les documents réclamés pour des raisons de sécurité nationale. Il a souligné que le contre-interrogatoire envisagé aurait porté sur les activités du SCRS et sur les profils que le Service avait dressés au sujet des indicateurs. L'accusé réclamait surtout les documents du SCRS pour s'attaquer à la crédibilité des indicateurs de la police, bien qu'il ait estimé que cette crédibilité était déjà ébranlée puisqu'ils avaient reconnu leur complicité dans cette affaire. Le juge poursuit ainsi :

... les preuves concernant la crédibilité d'un témoin, par leur nature même, ne sont pas du genre qu'on doit examiner ou prendre en compte lorsqu'une opposition a été faite en vertu de l'article 36.2. La crédibilité d'un témoin ne fait jamais l'objet principal de la décision même au stade du procès; ce n'est qu'un accessoire. Sa contestation n'anéantit jamais aucun des éléments de l'infraction et, de toute évidence, ce n'est pas une preuve dont la production est « indispensable au système de défense » (voir l'affaire Goguen précitée). Ce critère, naturellement, s'applique avec autant de force aux preuves qu'on veut administrer au procès de l'accusé qu'au stade de l'enquête préliminaire. Toute la jurisprudence, tant canadienne qu'anglaise, en traite en fait dans le contexte du procès lui-même.

On arrive à la même conclusion lorsqu'on examine l'autre raison pour laquelle les requérants veulent obtenir ces preuves, soit un système de défense fondé sur la prétention que c'est un des indicateurs qui en fait a commis la tentative de meurtre. Cela ne voudrait pas nécessairement dire que les trois requérants accusés ne sont pas parties à l'infraction de tentative de meurtre ou à celle de complot en vue de commettre un meurtre.

Cette raison seule m'oblige à rejeter la demande³⁵⁵.

Avant de faire droit à la requête de confidentialité du procureur général, le juge Addy a imposé des normes très élevées exigeant que l'accusé prouve, au moins, que les documents réclamés pourraient aider la défense

354 *Re Kevork* (1984) 17 C.C.C.(3d) 426, p. 762. Voir aussi *Re Gold* [1985] (C.F. 1re inst.)/ 642 aff 25 D.L.R.(4th) 285 qui concerne également le non-examen des documents.

355 *Ibid.*, p. 766-767.

et qu'il n'existait aucun autre moyen pour cette dernière d'obtenir les faits recherchés, si ce n'est par la divulgation de renseignements visés par une demande de confidentialité liée à la sécurité nationale. Il a conclu ainsi : « Les requérants espèrent dénicher quelque chose qui leur soit utile. Ce qu'on demande de faire, ce n'est rien de moins qu'une recherche à l'aveuglette, une demande générale de communication de pièces. Ce vice serait fatal à la demande même si les preuves qu'on veut réunir avaient une importance vitale et portaient directement sur la question de la culpabilité ou de l'innocence »³⁵⁶. Ce rejet par le juge Addy de la demande de divulgation formulée par l'accusé, qu'il a qualifiée de « recherche à l'aveuglette » qui mettait en cause la « crédibilité d'un témoin », une « question secondaire » dans le procès au criminel, contraste très nettement avec la conclusion qu'allait tirer le juge Watt quelques années plus tard dans l'arrêt *Parmar*, soit que la divulgation des renseignements obtenus grâce à un mandat d'écoute électronique s'impose pour permettre à l'accusé d'apporter une réponse complète et de disposer d'une défense pleine et entière, estimant que cette démarche était [traduction] « une recherche à l'aveuglette protégée par la constitution »³⁵⁷.

Le juge Addy a également mis en doute la valeur probante des renseignements détenus par le SCRS au sujet des deux indicateurs, affirmant à cet égard que les profils dressés par le SCRS au sujet des témoins de la Couronne contenaient [traduction] « une accumulation manifeste de oui-dire et qu'ils ne pourraient être admis en preuve même s'il était établi qu'ils contenaient des renseignements pouvant être essentiels pour la défense. Ces documents n'auraient pu être admis ni en interrogatoire principal, ni en contre-interrogatoire des agents en possession de qui ils auraient pu se trouver. Ils revêtent un caractère général qui, si ce n'était du fond de l'affaire, auraient peut-être pu faire l'objet d'un dépôt forcé à des fins de communication de la preuve au civil, mais qui n'auraient certainement pas pu être utilisés dans une quelconque procédure reposant sur les règles de la preuve »³⁵⁸. De nos jours, les obligations de divulgation découlant de la décision *Stinchcombe* s'appliquent en bonne partie à des informations qui ne seraient pas forcément admissibles lors d'un procès, et la Cour suprême a reconnu que le droit à réponse et défense complètes qui est garanti à l'accusé peut être enfreint si l'on refuse de lui communiquer les renseignements susceptibles de lui donner des pistes d'investigation valables³⁵⁹. Cela dit, l'incapacité de l'accusé de s'appuyer sur des données du renseignement dans le cadre d'un procès pourrait

356 *Ibid.*, p. 435.

357 *R. c. Parmar*, traité plus loin.

358 *Ibid.*, p. 435.

359 *R. c. Taillefer*, (2003) R.C.S., p. 307.

être un facteur dont il conviendrait de tenir compte afin de déterminer l'effet de la non-divulgence des données du renseignement sur son droit à réponse et défense pleines et entières.

Le juge Addy a également rejeté la demande de brefs d'habeas corpus qui auraient permis aux accusés de participer aux auditions de la Cour fédérale en vertu des dispositions de la LPC, sa conclusion étant que la Charte ne donne pas aux accusés le droit d'être présents à l'instance. Il a fait remarquer que la Couronne n'avait pas pris position relativement à cette requête des accusés, et qu'étant donné la nature des accusations portées contre les accusés, afin que ces derniers puissent participer aux procédures, il aurait fallu que l'instance se déroule dans des installations sécuritaires plutôt que dans un tribunal normal. Comme nous le verrons, l'exclusion d'un accusé au moment où le procureur général fait ses demandes ex parte en vertu de l'art. 38 a récemment été contestée avec succès au regard de la Charte³⁶⁰.

Après le dépôt de la requête de confidentialité en vertu de la LPC, le juge s'est prononcé en faveur de la position du procureur général du Canada et l'enquête préliminaire a pu reprendre son cours. Après 30 jours d'audience ayant porté sur la preuve, le juge de la cour provinciale a déclaré l'accusé coupable de conspiration en vue de commettre un meurtre, mais pas de tentative de meurtre. La Couronne a ensuite porté des accusations directes pour ce dernier chef d'accusation et la procédure, qui avait fréquemment été appliquée dans le cadre de mégaprocès, a fait l'objet d'une contestation fondée sur la Charte qui a été infructueuse, la Cour fédérale ayant jugé que la mise en accusation directe n'enfreignait pas la Charte. Puis, la Section d'appel de la Cour a statué qu'elle n'avait pas compétence pour entendre un appel de ce genre en vertu du Code criminel. Elle a conclu, à ce sujet, à l'existence de [traduction] « puissantes considérations de principe s'opposant à l'interruption du procès à cause d'un appel interjeté auprès de la Cour d'appel. Ces mêmes considérations de principe s'appliquent, selon nous, au retard que des procédures de ce genre entraînent dans le déroulement d'un procès au criminel. Il y a lieu de ne pas encourager la fragmentation de la procédure au pénal »³⁶¹. La cour a également rejeté une tentative d'appel interlocutoire au civil au motif que l'accusé n'avait pas transmis, comme il l'aurait dû, les actes de procédure et qu'il n'avait pas donné de préavis au procureur général³⁶². Le même genre d'appel avant un procès est possible en vertu des art. 37

360 *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, (2007) C.F. 463.

361 *Re Kevork* (1985) 21 C.C.C.(3d) 369, p. 372.

362 *Ibid.*, p. 373.

et 38 de la LPC, mais, comme nous le verrons avec l'affaire Khawaja qui est en cours, un tel appel peut retarder les poursuites pour terrorisme.

Dans l'affaire Kevork, les accusés ont de nouveau lancé une contestation fondée sur la Charte dans le cadre de la procédure d'accusation directe dont ils faisaient l'objet, et cela devant le juge du procès au criminel. Toutefois, cette contestation a été rejetée parce que [traduction] « les accusés n'avaient aucune raison de se plaindre : ils se trouvaient déjà derrière les barreaux pour avoir été inculpés de conspiration en vue de commettre un meurtre et ils ne pouvaient espérer bénéficier d'une libération sous caution. Ils avaient bénéficié d'une communication complète de la preuve et, à ce qu'on me dit, le processus de communication en question se poursuit. L'annulation de l'acte d'accusation pour tentative de meurtre a au moins été remise en question... »³⁶³.

Le juge du procès est revenu sur l'ordonnance qu'avait rendue le juge Addy aux termes de la Loi sur la preuve au Canada à la suite d'une requête préalable au procès. Après avoir fait remarquer que les conflits opposant les intérêts de l'État en matière de protection du secret et les droits des accusés sont complexes et communs à de nombreuses démocraties, le juge Smith a souligné ceci : [traduction] « La question, simplement résumée, revient à déterminer si les accusés peuvent, d'après les faits en cause, fournir une réponse et une défense pleines et entières sans pouvoir s'appuyer sur des documents dont on leur a refusé la divulgation. Il faut pour cela définir la portée du droit à produire une réponse et une défense pleines et entières. Ce droit est-il absolu? Dans la négative, quels en sont les paramètres, si l'on suppose que le droit en common law ou reconnu par une loi quelconque, ou le droit constitutionnel à réponse et défense complètes peut être enfreint? Le recours peut-il consister à invoquer l'art. 1 de la Charte de façon à accorder la primauté à la sécurité nationale et à contraindre l'accusé à subir son procès sans avoir accès à l'information qu'il réclame? »³⁶⁴. L'accusé a de nouveau cherché à obtenir la preuve relative aux éventuelles écoutes et filatures du SCRS. Selon le juge, [traduction] « l'accusé a soutenu que les écoutes électroniques visés par le subpoena, si elles existent vraiment puisque leur existence n'a pas été reconnue, porteront un coup dur et définitif à la crédibilité des complices. J'estime que ce cas est beaucoup trop complexe pour que je me range à cette théorie extrême. Tout ce que l'on peut dire à ce stade, c'est que cette preuve pourrait s'avérer substantielle d'une façon ou d'une

³⁶³ R. c. Kevork (1986) 27 C.C.C.(3d) 271, p. 281.

³⁶⁴ R. c. Kevork (1985) 27 C.C.C.(3d) 523, p.526.

autre pour ce qui est de la validité des témoignages des complices. Je me dois, à nouveau, d'insister sur le fait que leur crédibilité a été clairement et lourdement entachée lors de l'audience préliminaire »³⁶⁵. Cela permet de penser qu'il n'est vraiment possible d'évaluer les effets précis de la non-divulgence qu'en regard des questions de l'espèce et de l'ensemble de la preuve soumise au procès. Le juge de la Cour fédérale présidant une audience préliminaire ne devrait pas se retrouver dans la même position qu'un juge de première instance qui doit jauger les répercussions de la non-divulgence sur l'affaire dont il est saisi.

Le juge du procès s'est dit incommodé par le fait que le juge Addy n'ait pas examiné les documents à propos desquels il avait émis une ordonnance de confidentialité :

[traduction]À la lecture de ces motifs, je suis toutefois prêt à reconnaître que, pour le juge Addy, les préoccupations relatives à la sécurité nationale prenaient le pas sur celles concernant les droits de l'accusé. Il demeure qu'en fin de compte, comme nous l'avons vu, il ne s'est intéressé qu'à la question de la divulgation. Il a décidé de ne pas examiner les documents. Je suis indisposé à l'idée que la Cour fédérale n'examine pas de tels documents. Si le juge en chef ou son juge désigné est convaincu, dans tous les cas de figures, qu'il y a lieu d'ordonner la non-divulgence de certains documents au nom de la sécurité nationale, sans avoir eux-mêmes examiné ces documents, le juge du procès risque alors d'être aux prises avec un réel dilemme advenant que, selon lui, un tel examen s'imposait³⁶⁶.

Comme nous le verrons dans les autres études de cas, la Cour fédérale a dévié de sa position initiale selon laquelle les juges n'avaient généralement pas besoin d'examiner les documents pour rendre une décision sur les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale. Ce changement de cap permet au moins de s'assurer qu'un juge, même si ce n'est pas le juge du procès, examine les documents à propos desquels le procureur général du Canada dépose une requête de confidentialité.

Le juge Smith a commenté abondamment les conséquences de cette forme de litispendance qui consiste à retirer des mains du juge du procès

³⁶⁵ *R. c. Kevork* (1985) 27 C.C.C.(3d) 523, p. 530.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 536.

les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale pour les confier aux juges spécialement désignés de la Cour fédérale. Voici ce qu'il déclare à ce propos :

[traduction] Le législateur a décidé de confier au juge en chef de la Cour fédérale, ou à un juge désigné par ce dernier, le soin de trancher les questions de relations internationales, de défense nationale ou de sécurité, non sans quelque orientation quant à la nécessité de réaliser un équilibre entre des intérêts opposés. Il existe à présent dans ce pays un dédoublement de la procédure judiciaire qui n'existait jusqu'ici pas en common law. Les juges du procès doivent maintenant se rendre à l'idée que les privilèges inhérents aux trois domaines que sont la défense nationale, les relations internationales et la sécurité nationale – dans la mesure où la loi en a confié la responsabilité au judiciaire – n'ont plus de place dans les tribunaux de première instance, du moins pas en ce qui concerne la divulgation et la communication de l'information. Ces mêmes juges du procès ne peuvent pas, corollairement, abdiquer leur responsabilité de veiller à ce que les personnes accusées de crime bénéficient d'un procès équitable, qu'elles puissent produire des réponses et une défense pleines et entières et qu'elles puissent se prévaloir des droits et des privilèges qui leur sont traditionnellement réservés sous une forme maintenant codifiée en droit. La divulgation ne peut plus être ordonnée à leur niveau, mais le par. 24(1) permet aux tribunaux de formuler une réparation, s'il en est une qui s'impose³⁶⁷.

Le juge du procès a reconnu que le Parlement avait confié à la Cour fédérale le soin de se prononcer sur les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale, mais il a aussi conclu que les autres aspects (soit le droit de l'accusé de pouvoir fournir une réponse et une défense pleines et entières, son droit d'avoir un procès équitable et son droit de bénéficier de réparations fondées sur la Charte à la suite d'une ordonnance de confidentialité de la Cour fédérale) sont tranchés par le juge de première instance. La détermination du juge Smith à garantir un procès équitable est étayée par l'art. 38.14 de la LPC qui confirme que le juge du procès a le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime nécessaire afin

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 537.

de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, même s'il prive le juge de première instance du pouvoir de modifier les ordonnance de confidentialité de la Cour fédérale rendues en vertu de l'art. 38 de la LPC.

Le juge du procès semble entretenir des réserves vis-à-vis du doublement de procédure prévu dans la LPC. Pour lui, [traduction] « [i]l y a lieu d'en blâmer le législateur qui, sans le vouloir, a peut-être créé une impasse dans certains cas en instaurant un régime judiciaire dualiste plutôt qu'à un seul tribunal et en attribuant à chaque instance des fonctions qui se nient ou se contredisent mutuellement ». Il ajoute que la responsabilité de pondérer les intérêts opposés que sont la protection du secret et le droit de l'accusé à un procès équitable, [traduction] « responsabilité qui incombait aux tribunaux avant l'adoption de l'art. 36, a été transférée à la Cour fédérale, même si c'est à la seule fin – selon l'approche retenue par la Cour fédérale – de déterminer s'il y a lieu d'ordonner la divulgation. Les tribunaux de première instance ne semblent donc rien avoir à faire d'autre que de réfléchir aux répercussions de la décision de la Cour fédérale sur l'exigence d'offrir un procès juste [...] Le législateur n'a certainement pas eu l'intention de confier à la Cour fédérale une compétence qu'elle pourrait exercer – et ce ne saurait, à mon avis, être le cas – d'une façon qui soit contraire au devoir qui incombe aux juges de première instance en leur qualité de présidents de tribunaux ayant compétence, celui de faire respecter les droits de l'accusé en cours de procès, droits qui sont maintenant codifiés dans nos lois »³⁶⁸. Ces remarques peuvent donner à penser qu'à cause de ce doublement de la procédure, les juges du procès pourraient être portés à commettre l'erreur de chercher à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable en décrétant une suspension des procédures au motif qu'ils ne sont pas en mesure, soit de voir la preuve que l'accusé veut faire divulguer, soit de mettre dans la balance les intérêts opposés que sont la protection du secret et la divulgation de l'information.

Le juge Smith a rejeté l'argument voulant que l'ensemble de la preuve doive être divulgué à l'accusé dans le cadre d'une poursuite :

[traduction] S'agissant de sécurité nationale, je rejette l'argumentation selon laquelle, dès lors qu'il est statué de refuser l'accès d'une partie de la preuve détenue par l'État, ce dernier doit adopter la règle de la simple alternative

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 538, 540.

découlant de l'arrêt U.S. c. Reynolds et al. (1953), 345 U.S. 1 et renoncer à la poursuite. Je concède donc que cela soulève la question très épineuse de l'examen des documents. De son côté, la défense m'exhorte à ne pas adopter le principe « novateur » qui veut que la preuve doive être jugée essentielle et critique avant que la suspension des procédures ne puisse être décrétée, alléguant que dans les causes criminelles, le gouvernement ne peut invoquer de privilège qu'en matière de preuve au risque de favoriser la libération des intimés dès lors que la Couronne a refusé de déposer des éléments de preuve importants (règle de la simple alternative). Je ne suis pas convaincu que tel soit le cas en vertu de la common law ou du droit américain. J'ai déjà mentionné la Classified Information Procedures Act des États-Unis qui autorise le tribunal à expurger en partie les documents classifiés. La procédure envisagée alors est distincte de celle applicable au procès, et elle se déroule en l'absence des parties. Le gouvernement peut même choisir de remplacer le document par un résumé³⁶⁹.

Le juge Smith était attiré par une approche souple permettant de réconcilier les intérêts opposés que sont l'équité et la protection du secret. [traduction] « Je reconnais que le seul recours envisageable ne consiste pas à suspendre les poursuites. Une ordonnance conditionnelle pourrait imposer la fourniture d'une réponse, verbale ou écrite, à certaines questions; il pourrait s'agir d'interdire à un témoin de déposer à moins que la divulgation ne soit autorisée; il pourrait être question d'imposer des témoignages sans que l'identité des témoins ne soit divulguée (ils pourraient être cachés de la vue ou être déguisés). » Par ailleurs, le juge Smith indique que [traduction] « la plupart de ces correctifs » ne sont pas à la disposition du juge du procès parce qu'ils pourraient avoir pour effet d'attaquer de façon collatérale l'ordonnance de la Cour fédérale ayant interdit la divulgation des documents du SCRS à l'accusé. Autrement dit, c'est à la Cour fédérale, plutôt qu'au juge du procès, qu'il appartiendrait de fixer les conditions à la divulgation, comme le recours à des résumés ou à des documents de remplacement. Rappelons que cette approche est à présent codifiée dans le par. 38.06(2) de la LPC.

369 *Ibid.*, p. 543.

Le juge du procès s'était retrouvé dans la délicate position de ne pouvoir modifier l'ordonnance de confidentialité de la Cour fédérale et de n'avoir à sa disposition qu'une gamme limitée de correctifs à appliquer en cours de procès. Le juge Smith a reconnu qu'une suspension des procédures constituait un recours extrême qui risquait d'entraîner un arrêt définitif de la poursuite. Selon lui, un tel arrêt ne serait approprié que si la preuve non divulguée s'avérait [traduction] « critique ou essentielle [...] et sans laquelle les requérants ne seraient sans doute pas en mesure de produire une réponse et une défense pleines et entières ». Il devait ajouter :

[traduction] J'estime responsable d'imposer aux accusés le fardeau d'établir que la preuve est cruciale ou essentielle si nous voulons éviter des enquêtes à l'aveuglette dans tous les cas de figures dès qu'il apparaît probable que le SCRS a joué un rôle dans la collecte de l'information réclamée. Le SCRS a en effet presque toujours un rôle à jouer quand la sécurité du Canada et des Canadiens est menacée, précisément à cause d'actes du genre de ceux qui sont sous enquête dans le présent procès³⁷⁰.

En appliquant ces critères, le juge du procès a conclu que la suspension d'instances n'était pas la solution appropriée, parce que l'accusé n'avait pas établi que la preuve dont la divulgation avait été refusée aurait été essentielle à la tenue d'un procès équitable ou à la production d'une réponse et d'une défense pleines et entières à cause du refus de donner accès aux écoutes du SCRS, à ses compte rendus de filature ou à ses profils. Le juge conclut :

[traduction] Un arrêt des procédures en l'espèce, comme dans toute autre instance d'ailleurs, quand une seule partie ou un seul élément de la preuve n'est pas divulguée à l'accusé, revient quasiment à conférer une immunité en matière de poursuite à ceux qui sont accusés d'actes terroristes. J'estime que la position de la défense n'est pas fondée en common law et que la Charte n'exige pas que l'on retienne cette position [...] La crédibilité des complices, l'alibi allégué, la preuve concernant les armes, les écoutes effectuées par les autorités américaines qui ne sont peut-être même pas admissibles en preuve et à propos desquelles je ne possède aucune connaissance

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 546.

réelle, ni une combinaison de ces éléments, ne constituent pas davantage, à mes yeux et à ce stade de la procédure, des motifs d'intervention de ce tribunal en vue d'éviter une violation de la Charte³⁷¹.

Bien qu'il eut conclu qu'un arrêt des procédures ne s'imposait pas et que l'accusé n'avait pas établi qu'on l'avait privé de son droit à produire une réponse et une défense pleines et entières, le juge du procès a exprimé les réserves suivantes : [traduction] « l'absence d'examen me gêne. Il pourrait arriver que la défense établisse clairement le bien-fondé de la divulgation afin de garantir la tenue d'un procès équitable, tandis que la Cour fédérale aurait refusé d'examiner les documents. Le tribunal de première instance pourrait alors devoir décréter un arrêt conditionnel des procédures en insistant pour que les renseignements soient examinés afin qu'une décision éclairée puisse être prise »³⁷². Si le juge du procès décrétait une suspension conditionnelle des procédures, le procureur général pourrait être invité à revisiter l'ordonnance de confidentialité. Une suspension conditionnelle pourrait donner le temps aux autorités de prendre les dispositions nécessaires en vue d'assurer la protection des indicateurs de police ou de garantir la poursuite d'une opération ou encore d'obtenir la modification d'une restriction concernant des renseignements obtenus auprès d'un organisme étranger.

Le procès Kevork a été caractérisé par un grand nombre de requêtes préliminaires, y compris un témoignage au sujet des écoutes du FBI et un témoignage de la victime devant le jury³⁷³. À la fin avril 1986, le procès a été interrompu après que l'accusé eut accepté l'offre de la Couronne de plaider coupable à une accusation de conspiration en échange du retrait de l'autre chef d'accusation, celui de tentative de meurtre. On ne le saura jamais avec certitude, mais il est possible que les documents du SCRS qui n'ont pas été divulgués auraient pu être davantage utiles dans l'aboutissement des accusations pour tentative de meurtre s'ils avaient permis de dévoiler les allées et venues de l'accusé de Toronto durant les journées en question.

371 *Ibid.*, p. 546.

372 *Ibid.*, p. 546.

373 135 jurys potentiels ont été rejetés après avoir répondu par l'affirmative à la question de savoir s'ils seraient en mesure d'être équitables dans une cause reposant sur des allégations de terrorisme, compte tenu de la publicisation de l'affaire avant le procès. Des mesures de sécurité spéciales ont été adoptées pour ce procès. John Kessel « Jury selection finished for envoy's shooting trial » Ottawa Citizen, 21 mars 1986, C.1.

Kevork a été condamné à neuf ans d'emprisonnement, Balian à six, et le plus jeune des accusés, Gharakhanian, à deux ans moins un jour. La Couronne a fait appel de ces peines et la Cour d'appel a porté la condamnation de Balian à huit ans. Elle a toutefois rejeté l'appel relatif à la peine de Kevork au motif qu'après comptabilisation de la détention préventive qui compte double, celle-ci équivalait à six mois de moins que les 14 années de peine maximale. La Cour d'appel a également tenu compte de la décision de Kevork de plaider coupable pour éviter un long procès. Elle a aussi rejeté l'appel concernant la peine de Gharakhanian, en partie parce qu'il n'était alors âgé que de 17 ans³⁷⁴. Kevork allait ensuite être reconnu coupable de parjure à cause des documents déposés à l'étape de la détermination de la peine, et il a été condamné à une année supplémentaire d'emprisonnement³⁷⁵.

L'affaire Kevork montre qu'une personne accusée de terrorisme peut, lors de son procès, réclamer l'accès à différentes données du renseignement produites par le SCRS et d'autres organismes du renseignement. De nos jours, une telle instance se déroulerait différemment à bien des égards. La Cour fédérale examinerait l'information visée par la demande de confidentialité. Il demeure que les principaux problèmes mis en exergue par l'étude du cas Kevork demeurent entiers, soit la nécessité de suivre une procédure distincte en Cour fédérale et le dilemme auquel les juges du procès sont confrontés ensuite parce qu'ils doivent décider s'il est possible de garantir un procès équitable compte tenu de l'interdiction de divulguer certains documents qu'ils n'ont eux-mêmes pas vus. De plus, le juge devrait maintenant trancher l'affaire à partir d'une meilleure compréhension des droits de l'accusé à prendre connaissance de tous les renseignements non protégés et pertinents, et du fait que le droit de ce dernier à produire une réponse et une défense pleines et entières pourrait être enfreint par les effets cumulatifs de la non-divulgaration, notamment de la non-divulgaration de renseignements par ailleurs susceptibles d'ouvrir des pistes d'enquête et de permettre à l'accusé d'entreprendre une contestation, quitte à ce que celle-ci ne change rien en fin de compte.

Étude de cas – l'affaire Ribic

Nicholas Ribic avait été inculpé de quatre chefs d'accusation pour prise d'otages en vertu de l'art. 279.1 du Code criminel en rapport avec des

³⁷⁴ *R. c. Kevork* (1988) 29 O.A.C., p. 387.

³⁷⁵ John Kessel « Chronology of terror: the plot to kill a Turkish diplomat » *Ottawa Citizen*, 14 juin 1986, A1; « Convicted in envoy plot, Armenian's term extended » *Globe and Mail*, 18 janvier 1988, A15.

événements survenus en Bosnie qui concernaient les Forces armées canadiennes. Il avait notamment été question, dans cette triste affaire, de l'enchaînement à un poteau d'un militaire canadien, le Capitaine Patrick Rechner, dans le dessein de bloquer le bombardement des forces serbes par l'OTAN, en mai 1995. Ce cas est particulièrement intéressant parce qu'il chevauche les amendements majeurs apportés à l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada dans la foulée de l'adoption de la Loi antiterroriste de 2001. Il a donné lieu à deux procès criminels : l'un qui n'a abouti à aucun verdict à cause de l'effet de surprise, des retards et de la fragmentation de l'instance liés à la procédure entreprise en vertu de l'art. 38, et un autre, qui a permis de parvenir à un verdict, malgré un litige et un appel en Cour fédérale sur les questions liées à la sécurité nationale, aux termes de l'art. 38.

Ribic a consenti à son extradition d'Allemagne en 1999 et a été arrêté, puis mis en liberté sur cautionnement à son arrivée au Canada. Le procès s'est déroulé à Ottawa, même si Ribic résidait à Edmonton³⁷⁶. Il n'y a pas eu d'enquête préliminaire, un acte d'accusation a été porté en octobre 2000, et le procès a été fixé à novembre 2001. À cause de différentes requêtes de divulgation et requêtes avant procès, notamment devant la Cour fédérale en vertu de l'art. 38, l'instruction a dû être reportée à octobre 2002. La Couronne a présenté sa cause, qui s'appuyait sur les témoignages de six personnes, en huit jours devant juge et jury. Une fois exposée la position de la Couronne, les avocats de Ribic ont annoncé leur intention de faire témoigner deux militaires canadiens qui avaient été en mission en Bosnie et qui, selon eux, possédaient énormément d'informations sur cette prise d'otages.

La question des témoignages que la défense proposait d'entendre a été débattue en Cour fédérale en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada. En décembre 2002, le juge du procès a rappelé les jurés pour leur déclarer ce qui suit : [traduction] « il s'agit d'une malheureuse situation dont ni moi ni les avocats n'avons la maîtrise ». Il a ensuite demandé aux jurés s'ils étaient prêts à revenir siéger en janvier, à quoi ils ont donné leur accord³⁷⁷. Cependant, le 20 janvier 2003, le juge du procès concluait qu'à cause du nombre accru d'instances pendantes devant la Cour fédérale, il devait renvoyer le jury et déclarer la nullité du procès³⁷⁸. Cet incident révèle

³⁷⁶ Pour avoir une idée des coûts supplémentaires occasionnés par le choix d'Ottawa, voir R. c. Ribic [2000] O.J. 565.

³⁷⁷ « Ribic's hostage-taking trial to proceed » Edmonton Journal, 10 décembre 2002, p. A10.

³⁷⁸ Extrait de R. c. Ribic [2004] O.J. 2525, dans lequel le juge Rutherford rejette une demande de suspension d'instance au motif qu'elle aurait enfreint le droit de l'accusé à bénéficier d'un procès dans un délai raisonnable garanti par le par. 11(b) de la Charte.

que la litispendance associée à la détermination de la confidentialité liée à la sécurité nationale peut avoir une incidence négative sur le déroulement d'un procès au criminel, au point d'empêcher le tribunal de parvenir à un verdict. Si des problèmes semblables s'étaient posés lors du procès Malik et Bagri et si les accusés n'avaient pas décidé de comparaître devant un juge seul, il est possible que leur procès aurait également dû être déclaré nul.

Les procédures préalables au procès en Cour fédérale relativement à la divulgation

Une grande partie des retards qui ont provoqué l'annulation du procès Ribic en 2003 tenaient au fait que la défense n'avait pas donné de préavis relativement aux questions découlant de l'art. 38 avant la constitution du jury. Le paragraphe 38.01(1), modifié lors de l'adoption de la Loi antiterroriste, impose à présent à toutes les parties l'obligation d'aviser « dès que possible » le procureur général des questions relevant de l'art. 38. Cette disposition devrait permettre d'éviter les problèmes survenus lors du premier procès Ribic. L'accusé aurait pu donner un préavis de son intention d'assigner des témoins ou les témoins eux-mêmes – après avoir été éventuellement contactés par l'accusé – auraient pu informer le procureur général ou la personne présidant l'audience, comme le prévoit le par. 38.01(3) ou (4).

Même si les nouvelles dispositions ne peuvent aider en la matière, elles ne fixent pas pour autant de sanction en cas de défaut de fournir un préavis. Un juge du procès pourrait éprouver de la difficulté à justifier la non-divulgation d'éléments de preuve, peut-être importants, à titre de sanction de la production d'avis tardifs. L'accusé pourrait faire valoir que la constitution du dossier justifie son retard à aviser le procureur général des aspects sur lesquels il voulait faire déposer les témoins. Le procureur général du Canada devrait, de toute façon, être avisé en vertu du par. 38.01(2) et aurait la possibilité, comme il s'en est prévalu lors du premier procès Ribic, d'entamer une procédure auprès de la Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité.

Le premier procès Ribic avait été caractérisé par toute une série de requêtes préalables au procès déposées auprès de la Cour fédérale relativement aux différentes questions de divulgation. Dans tous ces cas, le juge de la Cour fédérale a examiné l'information en fonction de laquelle la divulgation

avait été demandée. En mars 2002, le juge Hugessen, de la Cour fédérale, après avoir entendu les observations des deux parties, y compris le SCRS en audience ex parte, a décidé qu'il examinerait la documentation visée par la demande de non-divulgaration. Dans sa décision, il précise que le juge du procès criminel de la Cour supérieure de l'Ontario avait, dans un jugement, indiqué qu'il serait utile de consulter les documents non divulgués : « Même si cette opinion ne me lie évidemment pas, je pense néanmoins qu'elle mérite le plus grand respect car elle provient de la personne qui, en fin de compte, devra décider de l'admissibilité et de la pertinence de la preuve au procès »³⁷⁹. Cette déclaration fait ressortir que le juge de la Cour fédérale peut être au courant des jugements rendus par le juge du procès au sujet du type de document à divulguer, sans pour autant y être lié.

Le juge Hugessen a ordonné que certains documents du SCRS soient divulgués à l'accusé, mais uniquement après en avoir exclu une partie. À cette occasion, il a « exclu des renseignements concernant les sources, les noms des agents du Service, les renseignements sur l'acheminement, les codes et des éléments de cette nature technique qui ne présentent en fait aucun intérêt pour la défense »³⁸⁰. Il a aussi « exclu des renseignements qui seraient susceptibles de révéler des techniques d'enquête, toujours sans intérêt pour l'accusé, ainsi que toutes les mentions d'autorisations sollicitées ou obtenues en vertu de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité ». Enfin, il a éliminé les renseignements « qui seraient susceptibles d'avoir une incidence sur les relations internationales du Canada » et qui « ne présentaient aucun intérêt concevable pour l'accusé ou ne lui étaient d'aucune utilité dans la conduite de sa défense »³⁸¹. La censure exercée dans ce cas se voulait une tentative visant à protéger la légitimité de la confidentialité liée à la sécurité nationale tout en divulguant à l'accusé une preuve pertinente dans le procès au pénal.

Le juge Hugessen a aussi éliminé les informations postérieures aux événements en question parce qu'ils « n'avaient aucune incidence directe sur les accusations portées contre le requérant »³⁸². Compte tenu du caractère précis et distinct des accusations portées au criminel, il peut être parfois plus facile de conclure que des questions soumises à une revendication de confidentialité liée à la sécurité nationale ne sont pas

379 *Ribic c. Canada* [2002] A.C.F. no 384, par. 4.

380 *Ibid.*, p. 7.

381 *Ibid.*, par. 9- 10.

382 *Ibid.*, par. 10.

pertinentes. Il demeure cependant que les accusations criminelles dans les affaires de terrorisme, surtout celles de conspiration, de contribution ou de participation à un groupe terroriste, peuvent être tellement étendues qu'un plus grand nombre de documents en possession de l'État seront jugés pertinents aux accusations.

Le juge Hugessen a aussi exclu les « analyses effectuées par le Service de renseignements qui sont essentiellement de nature prospective et qui se présentent sous la forme de prévisions de ce qui pouvait se passer... »³⁸³. Les données du renseignement concernant les futures menaces possibles contre la sécurité, activité qui est au cœur même du mandat du renseignement de sécurité, peuvent très souvent ne pas présenter de valeur pour la défense. Dans certains contextes, les différences entre les données du renseignement à caractère prévisionnel (et même les données du renseignement de nature spéculative) et les éléments de preuve concrets peuvent ne pas être importantes au point où l'accusé trouvera un intérêt légitime à accéder à ces informations pour assurer sa défense. Dans d'autres contextes, toutefois, les renseignements concernant les indicateurs ou les témoins sources d'alibi pourront présenter un intérêt plus direct avec le droit de l'accusé de produire une réponse et une défense pleines et entières.

Une autre instance préalable au procès a visé à déterminer si l'accusé pourrait avoir accès à cinq documents détenus par le ministère de la Défense nationale (MDN), qui ne mentionnaient absolument pas le nom de M. Ribic. Le juge en chef adjoint (JCA) Lutfy a conclu que la plupart de ces documents du MDN ne devraient pas être divulgués au motif qu'ils étaient peu ou prou pertinents à la cause. Il a ordonné la divulgation d'un document qui concernait les otages parce qu'ils ne comportaient pas de renseignements qui « n'étaient manifestement pas pertinents » au sens de l'arrêt *Stinchcombe* tout en étant « vraisemblablement pertinents » à la capacité de l'intimé Ribic de produire une réponse et une défense pleines et entières³⁸⁴. Le JCA. Lutfy a également insisté sur le fait que le caractère criminel de la cause entravait l'application du critère de pondération établi par le par. 38.06(2) et a conclu que l'affidavit du gouvernement ne traitait pas de cet aspect :

Les décisions rendues sur d'autres demandes relatives à l'article 38 où des documents n'ont pas été examinés ou ont été transmis à la Cour à

³⁸³ *Ibid.*, par. 7.

³⁸⁴ *R. c. Ribic* [2002] A.C.F. 1186, par. 19.

partir d'une commission d'enquête, d'un tribunal administratif ou d'une action civile.

Le défendeur Ribic est accusé de prise d'otages aux termes de l'article 279.1 du Code criminel devant la Cour supérieure de l'Ontario et, s'il est déclaré coupable, il est passible de l'emprisonnement à perpétuité. Compte tenu de la gravité des accusations criminelles, j'ai examiné les documents sans appliquer la procédure en deux étapes établie dans l'arrêt Goguen. [...] Le législateur exige que le juge désigné pondère les intérêts opposés, et non pas seulement qu'il protège les intérêts importants et légitimes de l'État. Dans la pondération des intérêts opposés, le juge désigné bénéficie, à mon sens, d'éléments de preuve précis sur le préjudice qui serait causé lors de la divulgation d'un document expurgé pour un procès criminel mettant en cause des accusations graves³⁸⁵.

Dans cette affaire, l'accusé a reconnu la validité d'une partie des revendications de la Couronne au titre de la sécurité nationale et n'a pas réclamé qu'on lui communique « le nom des sources ou des cibles, les adresses, l'acheminement, les codes ou le chiffrement, les numéros de dossier, les sources d'information, qu'il s'agisse de personnes ou d'autres sources, ou des renseignements sur les moyens techniques ou sur les autres méthodes de collecte de renseignements »³⁸⁶. Dans d'autres contextes, cependant, un accusé pourrait soutenir que la source des informations, qu'elle soit institutionnelle ou individuelle, a un lien direct avec sa fiabilité et que la méthode de collecte des informations est en rapport avec l'admissibilité des renseignements sur un plan légal.

Un mois plus tard, le juge Hugessen rendait une décision relative à une autre requête préalable au procès qui portait sur la divulgation de documents en rapport avec l'époque et l'endroit du crime allégué, documents qui étaient détenus par le MDN, mais qui avaient été obtenus auprès d'un gouvernement étranger contre la promesse de ne pas les divulguer. Le juge a reconnu que la cause avait déjà, en soi, soulevé ce que d'aucuns ont qualifié de « choc des titans » : d'un côté, les droits de l'accusé à produire une réponse et une défense pleines et entières et, de l'autre, l'intérêt de l'État pour la sécurité nationale, la défense nationale et les relations internationales. En fin de compte, il a été décidé que ces documents pouvaient être divulgués parce que le gouvernement étranger n'avait pas donné suite aux nombreuses sollicitations du Canada en vue

385 *Ibid.*, par. 17-18, 22-23.

386 *Ibid.*, par. 9.

d'obtenir l'autorisation de les divulguer. Le juge a tiré une inférence défavorable, à savoir que cette affaire ne présentait [traduction] « de toute évidence pas une importance primordiale »³⁸⁷ pour la puissance étrangère concernée et a ordonné en conséquence que les documents soient divulgués après exclusion d'une partie des informations. Cette décision est importante, parce qu'elle montre bien que les réserves ou les restrictions en matière d'utilisation des données du renseignement ne sont pas absolues et qu'elles peuvent, au besoin, être sujettes à des demandes de modification pour répondre aux obligations de divulgation. La décision est également conforme aux modifications de la règle des tiers traitées plus haut³⁸⁸.

Procédures relatives à la comparution des témoins que Ribic voulait faire déposer

La Cour fédérale a été saisie d'un certain nombre de requêtes après que la Couronne eut présenté sa cause devant un jury en Cour supérieure de l'Ontario, et avant que le procès ne soit déclaré nul. Au début janvier 2003, le juge Blanchard, de la Cour fédérale, s'est prononcé sur un certain nombre de questions relatives à l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada, notamment sur l'admissibilité de la transcription des témoignages de deux militaires que l'accusé avait proposé de faire comparaître au procès criminel au sujet des événements survenus en Bosnie, ces témoignages étant sujets à un préavis en vertu de l'art. 38. En novembre 2002, le juge en chef Lutfy avait ordonné que les deux témoins en question soient interrogés par un avocat des services du procureur général du Canada détenant l'autorisation sécuritaire appropriée. C'est néanmoins l'avocat de l'accusé qui a fini par poser les questions. L'accusé a contesté cette procédure novatrice, affirmant qu'elle violait ses droits à fournir une réponse et une défense pleines et entières, à contre-interroger les témoins sans restriction et à faire produire des témoignages appropriés devant le juge des faits au procès criminel. Cependant, tous ces arguments ont été rejetés par le juge Blanchard, puis par la Cour d'appel fédérale au motif que cette procédure novatrice avait été appliquée dans le cas de questions touchant à la confidentialité liée à la sécurité nationale après le début du procès criminel devant jury, et qu'il n'y avait pas suffisamment de temps pour demander une autorisation de sécurité pour les avocats de l'accusé. Le juge d'appel Létourneau a expliqué, au nom de la Section

³⁸⁷ *R. c. Ribic* [2002] A.C.F. 1835, par. 8.

³⁸⁸ *Procureur général du Canada c. Khawaja*, (2007) C.F. 490.

d'appel, que « le jury a été prié d'attendre. La loi applicable était nouvelle et une solution devait être trouvée rapidement [...] La créativité transporte souvent ses partisans dans le domaine de l'inusité, comme ce fut le cas ici, mais je suis persuadé que l'équité les a accompagnés durant tout leur voyage »³⁸⁹.

Le juge Blanchard et le juge d'appel Létourneau se sont tous deux dit préoccupés par le fait qu'il n'ait été ni sûr, ni pratique de permettre aux deux témoins de déposer de vive voix au criminel. Dans un passage auquel la Section d'appel a tout particulièrement souscrit, le juge Blanchard prévient des risques qu'un témoignage dans un procès au criminel ne révèle, par inadvertance, des informations secrètes et dommageables :

Dans leurs dépositions, les deux témoins ont entrelacé des renseignements inoffensifs et des renseignements qui ne peuvent être divulgués dans le public. Il n'y a pas de ligne de démarcation séparant facilement ce qui est autorisé de ce qui ne l'est pas. Dans un procès criminel mené devant un jury, il est manifestement incommode, voire impossible, d'établir une ligne de démarcation. Le juge du procès n'aura pas eu l'avantage d'examiner tous les renseignements pour être en mesure d'apprécier pleinement l'effet possible de la divulgation de ce qui pourra sembler un renseignement inoffensif. Ce qui peut sembler un renseignement insignifiant peut en réalité constituer la pièce manquante du puzzle établi par un organisme hostile³⁹⁰.

La mention du puzzle illustre peut-être ce qui a été décrit comme l'effet mosaïque en ce qui concerne les risques de divulguer des informations³⁹¹. L'affaire Ribic reposait notamment sur les actions et les alliances des militaires. Comme nous l'avons vu, il y a moins lieu de craindre de révéler quoi que ce soit à l'ennemi, par le jeu de l'effet mosaïque, dans un témoignage concernant des acteurs non étatiques, comme les nébuleuses terroristes.

Outre la question de l'application possible de l'effet mosaïque dans les enquêtes de lutte contre le terrorisme, ces propos du juge Blanchard ne sont pas dénués d'importance, parce qu'ils révèlent certaines des difficultés associées au dédoublement de la procédure découlant de l'art. 38. La

³⁸⁹ *R. c. Ribic* [2003] A.C.F. 1964, par. 43, 45 (C.A.F.).

³⁹⁰ *R. c. Ribic* [2003] A.C.F. 1965, par. 35, par le juge Blanchard, repris dans *R. c. Ribic* [2003] A.C.F. 1964, par. 51 (C.A.F.).

³⁹¹ Voir, par exemple, *Henrie c. Canada (Comité d'examen du renseignement de sécurité)* (1988) 53 D.L.R.(4th) 568 affd (1992) 88 D.L.R.(4th) 575.

Cour fédérale qui, en audiences *ex parte*, avait entendu différents témoins au sujet des préjudices occasionnés par la divulgation de documents³⁹² craignait que le tribunal chargé de la procédure au criminel n'ait pas une bonne idée des dommages pouvant être causés à la sécurité. Toutefois, on pourrait tout aussi bien affirmer que la Cour fédérale risque de ne pas être beaucoup plus au fait de l'importance des informations pour l'accusé, étant donné le caractère mouvant de la question. L'une des difficultés que soulève le rapprochement entre les données du renseignement et les éléments de preuve tient à ce que les deux acteurs que sont, d'une part, le renseignement de sécurité et, d'autre part, l'appareil judiciaire, sont peut-être deux solitudes qui ne se comprennent pas l'une l'autre. Toutes ces remarques soulignent les difficultés associées au dédoublement de la procédure, quand les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale sont décidées par un juge de la Cour fédérale ayant entendu les dépositions à huis clos des témoins du gouvernement relativement aux préjudices que la divulgation de l'information peut occasionner à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales, tandis que le juge du procès au criminel doit décider de l'effet éventuel d'une ordonnance de confidentialité sur le droit de l'accusé à un procès équitable.

Bien que ce dédoublement de la procédure soit inefficace et ne permette pas aux décisionnaires concernés d'accéder à toutes les informations susceptibles de les aider dans leurs démarches, dans l'arrêt *Ribic*, la Cour d'appel a conclu que cette formule présentait un avantage pour l'accusé, lequel avait pu, en effet, divulguer sa défense à la Cour fédérale pour aider cette dernière dans sa décision sans avoir à la dévoiler à la poursuite ni au juge de la Cour supérieure appelé à décider des actes d'accusation au criminel. Le juge d'appel Létourneau devait ajouter : « le processus tout entier qui conduit à déterminer s'il existe un privilège relatif aux secrets d'État force un accusé à révéler ses moyens de défense et à divulguer des renseignements qui appuient tels moyens de défense »³⁹³. Toutefois :

Il est extrêmement important de signaler que la divulgation des renseignements sensibles sur lesquels entend se fonder l'appelant n'est pas une divulgation faite à la poursuite, mais

392 À l'occasion d'une audience qui s'est échelonnée sur cinq jours, le juge Blanchard a entendu à huis clos et *ex parte* les dépositions de trois témoins : « un membre de la direction générale de la division du renseignement des Forces canadiennes, un employé d'un autre organisme gouvernemental et un représentant du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international ». *R. c. Ribic* [2003] A.C.F. 1965, par. 7.

393 *Ibid.*, par. 29.

une divulgation faite, sous le sceau de la confidentialité absolue, au procureur général et à une instance judiciaire désignée où l'affaire sera décidée à huis clos. Ce n'est donc pas une divulgation qui contrevient au droit d'un accusé de se taire, ou à la présomption d'innocence en matière criminelle. De plus, ainsi que le demande l'appelant dans la présente affaire, la Cour a le pouvoir d'ordonner qu'aucun des renseignements divulgués dans le contexte du processus de l'article 38 ne soit communiqué à la poursuite sans le consentement de la défense. À mon avis, le système offre des garanties suffisantes et adéquates qui protègent le droit d'un accusé de ne pas divulguer ses moyens de défense à la poursuite³⁹⁴.

Dans le même ordre d'idées, le juge au procès criminel a aussi insisté sur le fait que les procureurs de la Couronne, dans une telle affaire, [traduction] « bien qu'employés par le gouvernement fédéral et instruits par ce dernier » ne devaient pas participer aux procédures devant la Cour fédérale et [traduction] « ne pouvaient accéder à aucune information »³⁹⁵ dans le cadre de ces procédures. L'autre façon de protéger l'accusé, qui est maintenant spécifiquement prévue au paragraphe 38.11(2), consiste à permettre à l'accusé de plaider devant le juge de la Cour fédérale dans une audience *ex parte*.

En marge des innovations procédurales susmentionnées, les décisions du juge Blanchard et de la Section d'appel de la Cour fédérale sont également intéressantes parce qu'elles réconcilient des intérêts opposés (sécurité et divulgation). La plupart des documents que détenait le MDN avaient été obtenus auprès de l'OTAN à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. On craignait alors que la divulgation ne soit préjudiciable à l'échange de données du renseignement dans l'avenir, entre alliés, ainsi qu'à la poursuite des opérations de l'OTAN. Le juge Blanchard a déterminé que la majeure partie de ces informations, par exemple celles concernant les opérations qui étaient sans rapport avec la prise d'otages, n'étaient tout simplement pas pertinentes et n'avaient pas à être divulguées³⁹⁶. D'autres renseignements ont été jugés pertinents, le juge leur ayant trouvé « logiquement une valeur probante en ce qui concerne des questions qui seront peut-être soulevées au procès et ils pourraient certes aider le jury

394 *Ibid.*, par. 30.

395 *R. c. Ribic*, (2004) O.J. 2525.

396 *R. c. Ribic*, (2003) A.C.F. 1965, par. 25.

à mettre dans le contexte qui convient les événements qui ont mené à la prise d'otages et (à) l'événement lui-même »³⁹⁷. Quoi qu'il en soit, il a jugé qu'il y avait assez d'informations dans les transcriptions expurgées pour renseigner le jury sur le contexte pertinent des événements ayant mené à la prise d'otages³⁹⁸. Cette décision, qui a été confirmée par la Cour d'appel, montre que la disposition visant à permettre la communication de preuves – expurgées ou sous une autre forme – en remplacement de données du renseignement ne pouvant être divulguées, ne porterait pas atteinte aux intérêts liés à la sécurité nationale.

L'approche en trois temps de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel s'est ainsi exprimée quand elle a rejeté les requêtes de l'accusé qui visaient à obtenir la divulgation de toute la preuve pertinente susceptible de faire l'objet d'un certificat du procureur général émis en vertu de l'art. 38.13, lequel certificat bloquerait toute ordonnance de divulgation de la Cour : « La Cour fédérale manquerait à ses obligations selon la Loi si elle devait entériner le principe de divulgation générale préconisé par l'appelant et fondé sur la seule pertinence des renseignements, un principe qui ne peut qu'entraîner et encourager des enquêtes à l'aveuglette »³⁹⁹. D'un autre côté, la Cour d'appel a reconnu qu'un accusé doit souvent commencer par déposer des demandes de divulgation de portée générale parce qu'il n'a pas vu les informations que le gouvernement cherche à protéger⁴⁰⁰.

La première étape de l'examen d'une demande formulée en vertu de l'art. 38 consiste à déterminer si la preuve est sujette aux critères Stinchcombe en matière de divulgation, en tant qu'information pertinente, disculpatoire ou inculpatoire, pouvant être utile à la défense. Il incombe ensuite à l'accusé de prouver la pertinence des informations et à la cour d'examiner normalement les renseignements qu'elle détient pour déterminer si tel est le cas. Cela représente une déviation importante et salutaire par rapport à des précédents dans lesquels la Cour fédérale avait ordonné la

³⁹⁷ *Ibid.*, par. 26.

³⁹⁸ Le juge Blanchard a conclu que « les renseignements expurgés [non divulgués], même s'ils ont force corroborante, ne révéleraient pas à la défense de nouveaux renseignements utiles qui ne se trouvent pas déjà dans les transcriptions expurgées des dépositions des deux témoins. [...] en ce qui concerne les moyens de défense que l'on entend invoquer au procès, les transcriptions expurgées indiquent clairement la nature et la substance des dépositions des deux témoins. Je conclus donc que les renseignements qui sont inclus dans cette deuxième catégorie, bien qu'ils soient pertinents, n'ont pas à être divulgués ». *Ibid.*, par. 37.

³⁹⁹ *R. c. Ribic*, (2003) A.C.F. 1964, par. 13.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, par. 11.

non-divulgateur sans même avoir examiné les informations en question. S'agissant de la norme de pertinence, la Cour d'appel ajoute : « il s'agit là sans aucun doute d'un seuil de faible niveau »⁴⁰¹. Néanmoins, dans l'affaire Ribic, la norme de pertinence a permis d'établir que la majeure partie des 555 pages de transcription n'étaient pas pertinentes et qu'elles ne devaient pas être divulguées⁴⁰². À cause des différences entre le mandat des corps policiers et celui des organismes du renseignement de sécurité, une grande quantité de données générales du renseignement peut ne pas être pertinente dans une cause au criminel. En revanche, la pertinence peut être établie dans la durée au vu des activités de l'accusé et d'un grand nombre de ses acolytes dans le cas d'actes d'accusation au criminel de grande portée pour conspiration ou actes terroristes, comme la participation à un groupe terroriste.

S'il est établi que l'information est pertinente, la deuxième étape consiste à déterminer si l'exécutif a prouvé que sa divulgation risque effectivement de porter atteinte aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Le juge d'appel Létourneau a indiqué que les conclusions tirées par le procureur général, après son évaluation du préjudice potentiel découlant de la divulgation, « devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information d'expertise, se voir accorder un poids considérable »⁴⁰³.

La troisième étape suggérée par la Cour d'appel exige que le juge détermine si l'intérêt public d'obtenir la divulgation prévaut sur l'intérêt public d'empêcher cette divulgation. À cette étape, « la partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l'intérêt public milite en sa faveur »⁴⁰⁴. Ici, la Cour d'appel a débattu de deux normes possibles, l'une exigeant de l'accusé qu'il établisse l'existence d'un fait crucial à sa cause⁴⁰⁵ et une autre, plus restrictive, exigeant que l'accusé établisse que son innocence est en jeu⁴⁰⁶. La Cour d'appel a indiqué sa préférence pour le critère le plus rigoureux des deux, étant donné les similitudes entre la protection des indicateurs et la sécurité du pays, mais elle a fini par appliquer l'autre critère parce qu'elle l'a trouvé

401 *Ibid.*, par. 17.

402 *Ibid.*, par. 40-41.

403 *Ibid.*, par. 19.

404 *Ibid.*, par. 21.

405 Tel qu'appliqué dans l'arrêt *Jose Pereira E Hijos S.A. et al c. Le Procureur général du Canada* [2002] A.C.F. 1658.

406 Tel qu'appliqué dans l'arrêt *R. c. Leipert* [1997] 1 R.C.S 281 et dans l'arrêt *R. c. Brown*, (2002) 2 R.C.S 185.

plus favorable à l'accusé et qu'il avait été, de plus, appliqué par le juge Blanchard⁴⁰⁷. La Cour d'appel a conclu que le juge Blanchard n'avait pas commis d'erreur en appliquant les critères pertinents : « L'interdiction faite aux deux témoins de déposer au procès criminel était, eu égard aux circonstances, la seule condition réaliste et économique qui allait tout probablement limiter le préjudice pour la défense nationale, la sécurité nationale ou les relations internationales »⁴⁰⁸.

La cause est renvoyée devant le juge du procès criminel

Dans ce régime judiciaire dualiste créé par l'art. 38, les juges de première instance doivent accepter le jugement de la Cour fédérale quant au genre d'informations qu'ils peuvent divulguer et sous quelle forme elles doivent se présenter, mais ils ont pleine latitude pour formuler les correctifs qu'ils jugent nécessaires afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Bien qu'il ait été récemment codifié dans l'art. 38.14, ce système de freins et de contrepoids existe depuis longtemps déjà. Il en a, par exemple, été question dans l'affaire Kevork évoquée plus haut.

L'affaire Ribic a donc été renvoyée devant un nouveau juge du procès, le juge Rutherford, qui s'est prononcé sur un certain nombre de requêtes avant de présider finalement au déroulement du procès et de prononcer la peine de l'accusé. Malgré toutes les procédures entreprises en vertu de l'art. 38 en Cour fédérale au sujet de la divulgation, le juge Rutherford a été saisi d'une question de dernière minute concernant la divulgation des documents contenus dans 17 boîtes représentant, prétendument, le contenu du bureau de l'attaché militaire à Belgrade. Le personnel du MDN avait inventorié et examiné toutes les pages de ces documents pour en divulguer finalement 54 à l'accusé. Elles présentaient un certain nombre de mots clés concernant la cause, notamment les noms de l'accusé, des victimes et des lieux, la prise d'otages et les moyens militaires déployés dans la région. Le juge Rutherford a rejeté la requête de l'accusé qui visait à obtenir un inventaire plus complet des documents ou à faire porter la recherche sur d'autres mots clés, au motif que la procédure de la Couronne [traduction] « avait établi qu'il y avait présomption de non-pertinence » et qu'il était [traduction] « difficile d'imaginer, sans qu'un minimum de documents soient révélés à la défense » comment le restant de cette documentation pourrait être pertinent. Il a conclu que la thèse

407 *Ibid.*, par. 27.

408 *Ibid.*, par. 59.

de la défense [traduction] « ne semblait être guère plus qu'une enquête à l'aveuglette »⁴⁰⁹. Il vaut également la peine de retenir cette décision parce que le juge Rutherford a rejeté l'établissement d'un inventaire qui avait servi dans d'autres procès criminels étant donné que [traduction] « les procédures adoptées en l'espèce diffèrent considérablement de celles qui peuvent s'imposer dans des poursuites criminelles concernant des affaires intérieures, plus conventionnelles, étant donné la nature sensible et la classification de la grande majorité des renseignements existants »⁴¹⁰.

En sa qualité de juge du procès criminel, le juge Rutherford s'est également penché sur l'admissibilité des transcriptions expurgées des témoignages des deux témoins du gouvernement dont les dépositions avaient fait l'objet de longues procédures en Cour fédérale. Dans un jugement rendu verbalement à la fin mai 2005, le juge Rutherford a traité de la demande que la défense avait formulée pour faire admettre en preuve les transcriptions des dépositions des témoins A et B recueillies lors de séances à huis clos et de séances ex parte en Cour fédérale. Il a admis ces transcriptions en précisant qu'elles constituaient une exception de principe à la règle du oui-dire qui interdit l'admission de déclarations relatées ne pouvant être contestées en contre-interrogatoire, au motif [traduction] « qu'elles étaient suffisantes et répondaient aux critères de fiabilité »⁴¹¹. Il s'est aussi appuyé sur son pouvoir de façonner toute une gamme d'ordonnances en vue de garantir un procès équitable à l'accusé tout en respectant les décisions de la Cour fédérale relatives au genre de preuves pouvant être divulguées. Les transcriptions ont finalement été admises, mais il faut souligner qu'elles ont été utilisées au titre de la preuve que l'accusé cherchait à faire admettre. Il serait peut-être plus difficile de justifier la même procédure – que ce soit en tant qu'exception justifiée et nécessaire à la règle régissant le oui-dire ou parce qu'elle serait conforme au droit de l'accusé à bénéficier d'un procès équitable – dans les situations où la Couronne chercherait à déposer les transcriptions de témoignage recueillis lors d'audiences ex parte et à huis clos, transcriptions qui auraient été expurgées des renseignements risquant d'avoir un effet préjudiciable sur la sécurité nationale.

409 *R. c. Ribic*, (2004) O.J. 569, par. 14.

410 *Ibid.*, par. 14.

411 *R. c. Ribic*, (2005) O.J. 2628, par. 6. Le juge Rutherford a refusé de conférer la qualité d'expert au témoin B, en partie parce qu'il n'était pas possible de le contre-interroger. *Ibid.*, par 16.

Quoi qu'il en soit, un mois après avoir présenté sa cause devant le jury, la défense a soutenu que la lecture des transcriptions expurgées des déclarations des témoins A et B aux jurés avait violé les droits de l'accusé à un procès équitable ainsi qu'à une réponse et à une défense pleines et entières aux termes de l'art. 7 et du par. 11(d) de la Charte, la seule mesure corrective s'imposant dès lors étant l'arrêt des procédures. Bien qu'il ait reconnu le [traduction] « bien-fondé relatif »⁴¹² de ces arguments, le juge Rutherford a statué que la défense n'avait pas prouvé de violation de la Charte. Il a précisé que, lors du processus de contrôle, la Cour fédérale avait appliqué une norme plus favorable à l'accusé que l'exception liée au critère de « l'innocence en jeu » dans le cas de la divulgation de l'identité des indicateurs de police. Qui plus est, il a souligné que les témoins A et B n'avaient déposé que sur le contexte ayant entouré la prise d'otages plutôt que sur l'incident lui-même et qu'aucune preuve ne contredisait les témoignages de A ou de B, ni ne remettait la crédibilité de ces derniers en question. (Le témoignage de B a porté sur les procédures de bombardement de l'OTAN, et celui de A sur l'analyse à laquelle s'était livré l'OTAN quant à la possibilité que les forces serbes aient recours à la prise d'otages comme tactique ultime visant à empêcher les bombardements.) Le juge Rutherford a ajouté :

[traduction] J'ai conclu que la limitation des témoignages de A et de B dont s'est plaint la défense ne va pas jusqu'à rendre le procès inéquitable au sens garanti par la Constitution. L'accusé s'est appuyé sur les témoignages de A et de B pour sa défense et j'estime que les témoins ont pu déposer dans le cadre d'une procédure suffisamment équitable au vu de l'ensemble des circonstances [...] Les témoignages de A et de B n'étaient pas des jugements subjectifs sur M. Ribic et ne portaient pas sur son rôle et ses activités lors de la prise d'otages. J'aurais peut-être eu plus de réticence et d'hésitation à conclure à la nécessité de limiter de la sorte des témoignages qui auraient concerné des questions centrales à la commission de l'infraction, comme l'identité de l'accusé ou sa participation à la matérialité de l'infraction, par crainte de porter gravement atteinte à l'équité du procès⁴¹³.

412 *R. c. Ribic*, (2005) O.J. 2631, par. 26.

413 *Ibid.*, par. 36.

Cette décision confirme l'existence de moyens novateurs permettant de réconcilier l'intérêt de l'État à protéger le secret et les droits de l'accusé à une réponse et à une défense pleines et entières. Cependant, il pourrait ne pas être possible de se fier sur des transcriptions expurgées si le témoignage concernait directement le crime. Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé d'un crime distinct, celui d'avoir pris des otages, et le juge était en mesure de conclure que les témoignages apparaissant dans les transcriptions expurgées ne révélaient pas d'éléments de preuve déterminants qui permettent d'établir la culpabilité ou l'innocence de l'intéressé. La même approche aurait pu ne pas être possible si l'accusé avait été inculpé d'une infraction de terrorisme revêtant un caractère moins distinct. Dans une telle situation, les témoins pertinents auraient pu être davantage en mesure d'indiquer si l'accusé avait commis l'actus reus de l'infraction avec le niveau requis de faute. Un juge du procès aurait alors pu se montrer moins disposé à accepter des transcriptions expurgées de préférence à des témoignages de vive voix ou à des contre-interrogatoires directs.

Questions liées au délai raisonnable de la procédure

Compte tenu de toutes les requêtes et de tous les retards ayant caractérisé cette affaire, il ne faut guère s'étonner que l'accusé ait invoqué le fait que son droit à subir un procès dans des délais raisonnables a été violé et que les procédures devaient être suspendues. Dans une décision datée de juin 2004, le juge Rutherford met sur le compte de la Couronne, qui n'avait pas divulgué assez rapidement les documents en sa possession, le délai de près d'un an qui a précédé le début du procès. Du même souffle, il rappelle toutefois les difficultés associées à la divulgation dans les affaires concernant des enquêtes et des données du renseignement d'envergure internationale :

[traduction] Dans des affaires importantes et complexes – surtout comme celles auxquelles ont directement ou indirectement pris part un grand nombre de gouvernements, d'organismes internationaux et de fonctionnaires étrangers – il peut être très difficile de définir ce qui est conforme au devoir de divulgation⁴¹⁴.

414 R. c. Ribic, (2004) O.J. 2525, par. 32.

Le juge Rutherford se penche ensuite sur les délais survenus entre novembre 2002 et avril 2004, quand la Cour d'appel fédérale a finalement tranché à la suite des procédures entreprises par l'accusé en vertu de l'art. 38 pour obtenir le témoignage de deux militaires. Après avoir reconnu que la Cour fédérale avait [traduction] « vraiment tenté de traiter sans tarder des questions dont elle était saisie » et que le fait de laisser de telles questions [traduction] « aux soins des tribunaux de première instance, dans le cadre d'un procès criminel, n'aurait pas suffi à protéger les intérêts liés à la sécurité nationale », il ajoute au sujet du régime établi par l'art. 38 :

[traduction] Il est lourd et, en l'espèce, il a été néfaste au procès en cours [...] Il est à espérer que l'arrêt des procédures et les retards de ce genre ne deviendront pas monnaie courante dans de telles affaires, l'expérience acquise devant nous permettre d'être plus efficaces dans l'administration de ce nouveau régime législatif. Certes, de telles procédures peuvent être rares, mais l'on ne peut s'empêcher de se demander si, dans un monde où le terrorisme est de plus en plus présent, nous n'avons pas là une bonne raison de nous aguerrir davantage dans l'application de telles procédures. On n'insistera jamais assez sur la nécessité que le Canada se montre à même de réaliser ce genre de choses et de faire en sorte qu'elles fonctionnent, plutôt que de jeter l'éponge en déclarant qu'il n'a pas la capacité d'administrer son appareil de justice criminelle chaque fois qu'interviennent des questions de sécurité nationale⁴¹⁵.

Le juge Rutherford souligne que les 20 mois passés en procédures devant la Cour fédérale ont porté sur des preuves [traduction] « qui, selon l'avocat de l'accusé, étaient censées présenter une grande valeur et un avantage potentiel pour ce dernier ». Cela permet de croire que le juge aurait peut-être été moins tolérant si les délais occasionnés par les procédures entreprises aux termes de l'art. 38 avaient été le fait de la Couronne plutôt que de l'accusé.

Au final, le juge Rutherford a conclu que les droits de l'accusé au vu du par. 11(b) n'ont pas été violés par ce délai de cinq ans en tout : [traduction]

415 *Ibid.*, par. 49.

« il y avait un grand intérêt, aux échelons national et international, à faire juger cette cause [...] même si les questions concernant les renseignements sensibles ont exigé des procédures parallèles et chronophages en Cour fédérale... »⁴¹⁶. Un an après cette décision et après que la Couronne et la défense eurent soutenu leur cause devant le jury, le juge Rutherford a rejeté une autre demande déposée en vertu du par. 11(b) en affirmant que [traduction] « les six années écoulées entre le dépôt de l'accusation et le déroulement du procès dans cette cause sont hors épure et sans doute sans précédent ». Il devait toutefois conclure qu'au vu de l'équilibre des intérêts, le droit de l'accusé à un procès se déroulant dans des délais raisonnables n'avait pas été enfreint⁴¹⁷. Même s'il n'équivaut pas à une violation du par. 11(b), le délai de six années dans ce cas souligne bien les difficultés associées aux poursuites dans lesquelles interviennent des données du renseignement et des procédures en vertu de l'art. 38.

Le 12 juin 2005, le second jury a reconnu M. Ribic coupable sous deux chefs d'accusation pour détention d'otages, mais l'a acquitté sous le chef d'enlèvement d'otage sous la contrainte. Il a ensuite été condamné à trois années d'emprisonnement⁴¹⁸.

Résumé

D'aucuns pourraient soutenir que le verdict final dans l'affaire Ribic, combiné aux amendements apportés à l'art. 38 en 2001 en vue d'encourager la communication d'un préavis au Procureur général du Canada, confirme la viabilité du dédoublement de la procédure en vigueur au Canada pour ce qui est de l'administration du lien entre la preuve et le renseignement dans des procès au criminel. Toutefois, l'affaire Ribic est loin d'avoir été une réussite retentissante et les procédures novatrices employées à cette occasion pourraient ne pas aussi bien convenir dans une poursuite pour terrorisme. La plus grande partie du retard associé aux procédures en Cour fédérale a été imputée à l'accusé parce que celui-ci voulait assigner des témoins du gouvernement. Dans d'autres cas caractérisés par la non-divulgaration, ce retard pourrait être reproché à la Couronne. La procédure novatrice, qui a consisté à admettre en preuve les transcriptions expurgées des réponses des témoins aux questions

416 *Ibid.*, par. 50.

417 *R. c. Ribic*, (2005) O.J. 2631. Quelques mois seulement de cette année supplémentaire ont été accordés à la Couronne pour traiter de problèmes de divulgation, une partie du retard étant attribuable à l'accusé à cause d'une requête de divulgation supplémentaire qui a été rejetée en décembre 2004.

418 *R. c. Ribic*, (2005) O.J. 4261.

posées par un avocat ayant une autorisation de sécurité et travaillant pour le gouvernement fédéral, pourrait ne pas être jugée satisfaisante si la preuve concernait des questions cruciales pour le procès plutôt que, comme ce fut le cas dans l'affaire Ribic, des questions concernant le contexte en général.

Enfin, le juge Rutherford a émis l'avertissement suivant au sujet du régime dualiste imposé par l'art. 38 : [traduction] « Il est lourd et, en l'espèce, il a été néfaste au procès en cours [...] Il est à espérer que l'arrêt des procédures et les retards de ce genre ne deviendront pas monnaie courante dans de telles affaires », ce qui devrait inviter à un temps d'arrêt. Selon lui, on ne saurait trop insister sur la nécessité que le Canada soit en mesure de juger les causes de terrorisme, même si elles reposent souvent sur la communication de données du renseignement⁴¹⁹. Comme nous le verrons dans l'étude de cas suivante, la contestation et l'appel des questions visées par l'art. 38 ont occasionné d'importants retards dans le prononcé du jugement à la suite de cette première cause entreprise en vertu de la Loi antiterroriste.

Étude de cas – l'affaire Khawaja

L'affaire Ribic, dont nous venons de traiter, a permis de tester certaines des dispositions de l'art. 38 qui ont été ajoutées dans la foulée de l'adoption de la Loi antiterroriste de 2001, mais c'est avec l'affaire Khawaja que cette nouvelle loi a été véritablement passée au banc d'essai dans le contexte d'une poursuite pour terrorisme. Toute cette affaire a commencé quand M. Khawaja a fait l'objet d'accusations multiples en mars 2004. Il a obtenu en partie gain de cause dans une requête préalable au procès, déposée devant le juge du procès, qui visait à contester au regard de la Charte les différents chefs d'accusation pour activités terroristes qui avaient été portés contre lui. Cette requête a été tranchée en octobre 2006 et la Cour suprême a ensuite rejeté la demande de pourvoie au sujet de cette décision rendue avant le procès⁴²⁰.

Depuis le mois de novembre 2006, les parties étaient engagées dans une procédure entreprise en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada relativement à la divulgation à l'accusé de près de 1 700 pages sur les quelque 99 000 en jeu⁴²¹. En mars 2007, l'accusé a entrepris une

419 *R. c. Ribic*, (2004) O.J. 2525, par. 49.

420 *R. c. Khawaja*, (2006) 214 C.C.C.(3d) 399 (Cour supérieure de l'Ontario).

421 *Canada c. Khawaja*, (2007) C.F. 463, par. 10.

contestation fondée sur la Constitution au motif que le par. 38.11(2) enfreignait les par. 2(b) et 11(d), de même que l'art. 7 de la Charte, contestation qui a été tranchée par le juge en chef Lutfy à la fin d'avril 2007. La disposition contestée dispose que le juge saisi d'une affaire au titre du par. 38 ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'art. 38.06 peut donner la possibilité à toute personne de présenter ses observations en l'absence d'autres parties; elle précise aussi « le droit du procureur général du Canada d'ainsi présenter des observations ex parte ».

Pour le juge en chef Lutfy, l'arrêt Charkaoui de la Cour suprême permet des accommodements dans le contexte de la sécurité nationale sous la forme de mesures de substitution donnant accès aux renseignements secrets tout en garantissant le principe fondamental d'un procès équitable.

Le droit de l'accusé de connaître la thèse avancée contre lui n'est pas absolu. Les lois canadiennes prévoient parfois la tenue d'audiences ex parte ou à huis clos au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d'une seule partie (arrêt Charkaoui, paragraphe 57). Aux termes de l'article 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer sensiblement équivalente (arrêt Charkaoui, paragraphe 61)⁴²².

Il invoque ensuite : la capacité du juge d'autoriser une divulgation partielle en vertu du par. 38.06(2), en rappelant que « l'ancien article 38, qui était en vigueur avant les modifications apportées par la Loi antiterroriste, n'offrait pas une telle latitude »⁴²³; la capacité de l'accusé de faire des observations ex parte; la capacité de l'accusé d'en appeler des décisions de la Cour fédérale au titre de l'art. 38.06; la capacité du juge du procès, aux termes de l'art. 38.14, d'ordonner les correctifs qui s'imposent en cas de publication d'une ordonnance de non-divulgation pour protéger les droits de l'accusé à subir un procès équitable, de même que tous les facteurs appuyant la constitutionnalité des dispositions de l'art. 38.11 relatives aux audiences ex parte. La dernière sauvegarde mentionnée par le juge en chef Lutfy est la capacité du juge qui entend une requête déposée en vertu de l'art. 38 de nommer un *amicus curiæ* chargé de contester les observations ex parte du gouvernement.

422 *Ibid.*, par. 35.

423 *Ibid.*, par. 39.

À mon avis, le droit de la Cour de désigner, d'office ou à la demande d'une partie à l'instance, un ami de la cour lorsque cela s'avère nécessaire dans un cas particulier doit atténuer les réserves du défendeur au sujet de la procédure ex parte. Une telle mesure de protection, si on y recourt, selon l'appréciation du juge président, favorise encore davantage le respect des principes de justice fondamentale lorsque sont en cause des considérations de sécurité nationale⁴²⁴.

Les modalités précises d'intervention de l'*amicus curiæ* sont laissées à la discrétion du juge présidant l'audience, mais il n'est apparemment fait aucune mention de l'autre formule qui a été appliquée dans l'affaire Malik et Bagri, selon laquelle les renseignements peuvent être divulgués à l'avocat de l'accusé à condition que celui-ci ne les communique pas à son client. Dans cette affaire, l'accusé a fait appel de cette décision au motif que le juge en chef Lutfy avait commis une erreur en considérant que l'art. 38 prévoit la procédure de nomination d'un ami de la cour, mais que ce dernier n'est pas en mesure de protéger les intérêts de l'accusé.

La poursuite entreprise en vertu de l'art. 38 a ensuite consisté à déterminer quel genre d'information il fallait divulguer à l'accusé. Le procureur général du Canada a réclamé la non-divulgence de 506 documents de la GRC, du SCRS et de l'Agence des services frontaliers du Canada, y compris des documents que ces services avaient reçus sous le sceau de la confiance d'organismes étrangers. Ces 506 documents étaient composés de plusieurs milliers de pages dont 1 700 comportaient des informations caviardées⁴²⁵. Malgré cela, ces 1 700 pages ne représentaient que 2 p. 100 environ des quelque 99 000 pages ayant été divulguées à l'accusé dont 226 CD d'écoutes téléphoniques, 13 bandes de surveillance et différents dossiers de filature. L'accusé « a souligné qu'il ne recherche pas la divulgation de renseignements susceptibles de révéler les techniques employées pour mener des enquêtes sensibles, l'identité d'agents provocateurs appartenant à des organismes de renseignement et/ou à des forces de l'ordre, ou encore des personnes visées par d'autres enquêtes »⁴²⁶.

Le juge Mosley a ensuite rendu un jugement dans lequel il énonce les principes et procédures qu'il a appliqués pour juger du bien-fondé de la demande de non-divulgence déposée par le procureur général en

424 *Ibid.*, par. 57.

425 *Le Procureur général du Canada c. Khawaja*, (2007) C.F. 490, par. 5, 31.

426 *Ibid.*, par. 8.

vertu de l'art. 38 de la LPC. Il décrit la documentation non divulguée comme étant constituée d'environ 350 documents qui comportaient des renseignements administratifs internes, 260 documents parlant de méthodes opérationnelles et 138 documents concernant des enquêtes en cours à propos d'autres cibles. Il précise que l'accusé n'avait même pas réclamé la divulgation de ces informations⁴²⁷.

Quelque 140 documents se rapportaient à des renseignements reçus à titre confidentiel de tiers étrangers. Ils comprenaient un rapport du renseignement ayant fait l'objet d'une ordonnance de confidentialité dans des procès en Grande-Bretagne; l'organisme du renseignement étranger émetteur avait refusé de consentir à la divulgation. Après avoir examiné ce rapport du renseignement, le juge Mosley conclut que « ces renseignements ne sont pas des preuves qui seront utilisées contre l'accusé, [et ils n'ont pas non plus] pour effet de l'absoudre ou de compromettre les arguments de la Couronne »⁴²⁸. Force est de conclure de ce passage que les données du renseignement peuvent ne pas systématiquement présenter de valeur probante ou être utiles pour l'accusé.

Une partie de la documentation non divulguée comprenait des extraits de comptes rendus d'entrevues, par le FBI, d'un témoin clé potentiel dans l'affaire Khawaja. Le FBI n'avait pas consenti à la divulgation de ces documents parce qu'ils contenaient des informations concernant des opérations en cours. L'agence a cependant fourni à la place un rapport non classifié de 99 pages faisant état des informations obtenues auprès du témoin. Après avoir examiné les deux versions en cause, le rapport classifié et le rapport non classifié, le juge Mosley conclut que les divergences entre les deux « ne tirent pas à conséquence »⁴²⁹. Il remarque l'intérêt affiché par l'accusé pour le genre de traitement dont ce témoin avait fait l'objet aux mains des autorités américaines, mais conclut à l'absence d'informations relatives à des versements au témoin potentiel dans l'un ou l'autre des documents contestés⁴³⁰. De plus, à la requête de la cour, les fonctionnaires canadiens ont obtenu des autorités américaines qu'elles leur donnent leur consentement à la divulgation de l'entente sur plaidoyer conclue avec le témoin potentiel⁴³¹. On constate donc que les autorités américaines ont fourni, à la place des documents à la divulgation desquels il s'opposait, certains rapports ainsi que leur consentement à

427 *Ibid.*, par. 44.

428 *Ibid.*, par. 50.

429 *Ibid.*, par. 55.

430 *Ibid.*, par. 177.

431 *Ibid.*, par. 57.

divulguer certaines pièces. Comme nous l'avons vu, cela va davantage dans le sens d'une approche souple à la règle des tiers selon laquelle les organismes canadiens devront demander aux organismes étrangers qu'ils consentent à la divulgation d'informations.

Le jugement a été suivi de la publication d'une ordonnance publique et d'une ordonnance sous scellé précisant qu'une partie des informations n'avait pas à être divulguée parce qu'elle n'était pas pertinente au procès criminel, mais que 67 documents devraient être communiqués en partie ou en totalité⁴³². Un résumé confidentiel pourrait être utile au juge du procès si elle lui permettait d'avoir une meilleure idée des informations non divulguées ainsi que des effets potentiels de cette non-divulgation sur le droit de l'accusé à un procès équitable et à une réponse ainsi qu'à une défense pleines et entières.

Certains documents ont été divulgués dans leur intégralité parce qu'ils ne risquaient pas de porter préjudice aux relations internationales ou à la sécurité nationale⁴³³. D'autres l'ont été en partie sous la forme de résumés. Le procureur général du Canada a fait appel de cette ordonnance en alléguant que le juge Mosley avait fait erreur en déterminant que les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation l'emportaient sur les raisons d'intérêt public justifiant le contraire et en recourant à des résumés [traduction] « contrairement à ce que prévoit le régime instauré par l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada »⁴³⁴. L'accusé a, lui aussi, fait appel en soutenant que le juge Mosley avait fait erreur parce qu'il s'était fié sur les observations ex parte du le procureur général du Canada, qu'il avait appliqué une norme de pertinence trop stricte et qu'il avait imposé à l'accusé d'expliquer en quoi l'information qu'il n'avait pas vue allait l'aider dans sa défense⁴³⁵.

Le juge Mosley remarque que certaines des requêtes de non-divulgation émanant du procureur général n'ont pas été déposées en vertu de l'art. 38 parce qu'elles portaient sur des revendications de privilège de droit commun ou des immunités d'intérêt public particulières relevant de l'art. 37 de la LPC. Ces questions auraient dû être tranchées par le juge

432 *Le Procureur général du Canada c. Khawaja*, ordonnance publique du 17 mai 2007, DES-2-06.

433 Pour une autre décision établissant qu'une partie des renseignements qui, selon le gouvernement, ne satisfaisaient pas aux critères du préjudice, voir *Canada c. La Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, et Maher Arar*, 2007 C.F. 766, par. 91.

434 Procureur général du Canada, avis d'appel du 28 mai 2007.

435 Mohammad Khawaja, avis de contre-appel du 30 mai 2007.

du procès⁴³⁶. Bien que le juge désigné soit investi d'un mandat limité au titre de l'art. 38, la division des tâches entre les deux paliers d'instance ne va sans soulever des préoccupations quant à l'efficacité de la procédure au procès. Les décisions relatives à la divulgation, prises par le juge de la Cour fédérale en vertu de l'art. 38 de la LPC, pourraient être réexaminées par le juge du procès, en vertu de l'art. 37 et de la common law, si la Couronne décidait de reformuler ses réclamations de non-divulgation fondées en droit.

Le juge Mosley a appliqué la démarche en trois temps décrite par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Ribic (voir plus haut). Après avoir établi que la première étape, qui consiste à confirmer que les documents sont conformes à la norme Stinchcombe, équivalait à un seuil de faible niveau, et après que le procureur eut admis la pertinence des documents non divulgués, le juge Mosley a conclu qu'une partie des documents n'était tout simplement pas pertinente et qu'il n'était dès lors pas nécessaire de la divulguer. Il a inclus « dans la catégorie des documents non pertinents les rapports analytiques de nature générale, dont certains ont été rédigés des années avant les faits à l'origine des accusations portées contre le défendeur et n'intéressent pas précisément le contexte de telles accusations »⁴³⁷. Cette décision, examinée en combinaison avec des décisions semblables rendues dans l'arrêt Ribic, souligne que les rapports analytiques et à caractère général peuvent, dans certains cas, n'être tout simplement pas pertinents et qu'il n'y a pas lieu de les divulguer.

S'agissant de la deuxième étape, qui consiste à déterminer si la divulgation de l'information risque d'être préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales, le juge Mosley a été saisi d'informations indiquant que le Canada est un importateur net de données du renseignement. Selon une évaluation effectuée par un agent de la GRC, le Canada importerait 75 fois plus de données du renseignement qu'il en exporte⁴³⁸. Comme nous l'avons vu, le juge a indiqué que le procureur général ne pourrait pas se réfugier derrière la règle des tiers s'il ne demandait pas d'abord à l'organisme étranger source de consentir à la divulgation, si sa demande visait des renseignements reçus du SCRS plutôt que d'un organisme étranger, ou encore si elle concernait des informations publiquement

436 *Le Procureur général du Canada c. Khawaja*, (2007) C.F. 490, par. 34.

437 *Ibid.*, par. 116.

438 *Ibid.*, par. 127.

accessibles⁴³⁹. Comme nous l'avons vu également, cette approche revient à reconnaître, comme il se doit, que les réserves émises au sujet de la divulgation de renseignements peuvent être modifiées et que la règle des tiers ne doit pas être appliquée de façon rigide ou systématique pour contrer la divulgation.

Pour ce qui est de la troisième étape, le juge Mosley prend acte qu'il incombe à l'accusé de démontrer que l'intérêt public justifiant la divulgation l'emporte sur les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation. Il convient avec le défendeur que « son droit à un procès équitable constitue un facteur important », mais il ajoute « je ne crois pas qu'il éclipse systématiquement la sécurité nationale ou les relations internationales, surtout lorsque, comme c'est le cas ici, il n'est pas du tout évident qu'il y aurait atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière parce que ces renseignements n'ont pas été divulgués »⁴⁴⁰. Il fait remarquer que l'accusé n'a pas dévoilé à la cour ce que seraient ses défenses et qu'il n'a pas non plus fait d'observation ex parte. Il s'est livré à un exercice de réconciliation entre les raisons publiques justifiant la non-divulgation et les raisons publiques justifiant non-divulgation au vu des accusations graves portées contre l'accusé, recourant pour cela à des résumés d'informations dont la divulgation ne risquait pas d'être préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales⁴⁴¹. En fin de compte, le juge Mosley a ordonné que 67 des 506 documents soient divulgués à l'accusé tels quels ou sous forme de résumés. Comme nous l'avons vu, le procureur général a fait appel de ces ordonnances de divulgation ou de divulgation modifiée tandis que l'accusé, de son côté, a fait appel des ordonnances de confidentialité.

Comme les deux parties sont allés en appel, on peut penser que la décision rendue était équilibrée, mais en l'espèce, cette procédure a eu pour effet de retarder le début du procès de M. Khawaja. Même si ce procès débute un jour, et sans égard à la façon dont seront tranchés ces appels, il est possible que le procureur général et l'accusé continuent à se livrer bataille, même si c'est sur un terrain différent. Par exemple, le procureur général pourrait déposer des revendications de non-divulgation auprès du juge du procès en vertu de l'art. 37 de la LPC et de la common law. Même si les ordonnances émises aux termes de l'art. 38, qui limitent la divulgation, sont maintenues en appel, il est fort probable que l'accusé soutiendra

439 *Ibid.*, par. 146-150.

440 *Ibid.*, par. 166.

441 *Ibid.*, par. 186.

qu'il lui est impossible de bénéficier d'un procès équitable et que le juge du procès devrait suspendre les procédures conformément à l'art. 38.14 de la LPC⁴⁴². La production par le juge Mosley d'une annexe confidentielle concernant les documents non divulgués devrait permettre au juge du procès d'être mieux outillé pour déterminer si un procès équitable est encore possible au vu de l'ordonnance de confidentialité, mais le juge de première instance, et sans doute celui de la Cour fédérale, ne seront pas en mesure de modifier les termes de l'ordonnance de confidentialité au vu des questions particulières qui pourraient être soulevées en cours de procès et cela peut-être même de façon inattendue.

La possibilité d'un enlèvement des procédures relatives à la non-divulgence des informations soulève un certain nombre de questions quant à la viabilité du régime judiciaire dualiste qui est propre au Canada dans le cas des demandes de confidentialité liées à la sécurité nationale. Les complices présumés de M. Khawaja en Grande-Bretagne ont déjà été jugés et cela avant même que le procès de cet inculpé n'ait débuté au Canada, même s'il a fallu attendre 14 mois pour que le procès débute en Angleterre, même si celui-ci a été assorti de retards sans précédent et même si le jury a passé presque un mois à délibérer⁴⁴³. Comme nous le verrons dans la partie suivante, les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale en Grande-Bretagne sont tranchées par le juge du procès.

Résumé

Le protocole d'entente conclu en 2006 entre la GRC et le SCRS traite du recours à l'art. 38 de la LPC comme d'un moyen destiné à protéger les données du renseignement que le SCRS transmet à la GRC, celles-ci ne devant pas être divulguées dans des procédures au criminel ou autres. L'arrêt *Stinchcombe* impose des obligations très générales à l'État en matière de divulgation, mais l'art. 38 impose une procédure lourde et chronophage pour réconcilier la nécessité de divulguer l'information et celle de protéger le secret. Ce régime impose des obligations à tous les participants du système de justice, notamment à l'accusé qui doit aviser le procureur général du Canada de son intention de réclamer la divulgation

442 Le juge du procès n'aura pas accès aux documents qui ne sont pas divulgués, mais l'ordonnance rendue par le juge Mosley prévoit que le juge de première instance peut avoir accès à l'ordonnance sous scellé et à une annexe qui sont censées fournir plus de détails que l'ordonnance publique quant aux renseignements ayant été divulgués et à ceux qui ne l'ont pas été. *Le Procureur général du Canada c. Khawaja*, ordonnance publique du 17 mai 2007, par. 7.

443 Doug Saunders « Long list of strange delays plagued court » *Globe and Mail*, 1er mai 2007, p. A-15.

d'une vaste gamme de renseignements sensibles, susceptibles d'être préjudiciables. L'article 38 vise un vaste ensemble d'informations, si bien qu'il conviendrait d'envisager de restreindre la portée de cet article en précisant le genre de préjudice à laquelle pourrait donner lieu la divulgation de l'information.

L'art. 38.06 permet au juge de réaliser un équilibre entre des intérêts opposés (la protection du secret d'un côté et la divulgation de l'autre) et d'adopter des moyens novateurs pour réconcilier la divulgation et la protection du secret en imposant notamment des résumés ou d'autres conditions. S'agissant du préjudice susceptible de découler de la divulgation, il est question de tous « les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». Le comité sénatorial chargé d'examiner la Loi sur le terrorisme a recommandé que l'on précise davantage le genre de préjudice qui pourrait être porté aux relations internationales. On pourrait, par ailleurs, appliquer cette démarche fondée sur le préjudice aux expressions très vagues que sont la sécurité nationale et la défense nationale⁴⁴⁴. Autrement dit, l'art. 38 pourrait être modifié afin de préciser le genre de préjudice que la divulgation pourrait porter aux sources et aux indicateurs vulnérables, aux opérations en cours, aux méthodes d'opération et aux engagements pris envers nos partenaires étrangers. Cette même approche permettrait d'infléchir la fâcheuse tendance à une surmultiplication des demandes de confidentialité liées à la sécurité nationale.

La capacité qu'a le procureur général de faire des observations ex parte à un juge saisi d'une procédure aux termes de l'art. 38 n'est compensée en partie que par celle qu'a l'accusé de faire lui-même des observations ex parte, dont la valeur se trouve toutefois atténuée par le fait qu'il n'a pas

⁴⁴⁴ Dans sa décision relative à l'art. 38 à propos de la Commission Arar, le juge Noël s'est essayé à la délicate tâche de donner une définition valable aux termes employés dans cette disposition. Selon lui, « D'après ces définitions, la « sécurité nationale » s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada » *Canada c. Commission d'enquête*, (2007) C.F. 766, par. 68. La défense nationale comprend « Tous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis » ainsi que « l'arsenal militaire d'une nation ». Les « renseignements préjudiciables aux relations internationales » s'entendent des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec l'étranger. » *Ibid.*, par. 61-62. L'imprécision de l'expression « sécurité nationale » est notoire. Par exemple, M.L. Friedland a ainsi préfacé une étude qu'il a signée pour la Commission McDonald : « Avant d'amorcer cette étude sur les aspects juridiques de la sécurité nationale, je dois avouer que j'ignore le sens de l'expression « sécurité nationale ». ML Friedland *Sécurité nationale : Les dimensions légales* (Ottawa : Approvisionnements et Services, 1980) p. 1.

pris connaissance des renseignements secrets visés par l'ordonnance de confidentialité. Dans l'arrêt *Khawaja*, le juge en chef Lutfy tente de corriger ce handicap en ouvrant la porte à la nomination d'un *amicus curiæ*, un intervenant désintéressé, qui, contrairement à l'avocat de l'accusé, serait en mesure de consulter les renseignements incriminés. Ce qui n'est pas clair toutefois, c'est le degré auquel cet intervenant connaîtra ou pourra connaître la cause de l'accusé, ni les usages possibles que l'accusé pourra faire des renseignements non divulgués pour fournir une réponse et une défense pleines et entières. Quoi qu'il en soit, aucun *amicus curiæ* n'a été nommé dans la poursuite *Khawaja* et l'accusé et le procureur général ont tous deux fait appel des décisions de la Cour fédérale en invoquant la non constitutionnalité de la procédure et le volume de renseignements ayant été divulgué et ayant fait l'objet d'un résumé à l'intention de l'accusé.

La Cour fédérale a conféré une latitude certaine aux juges pour réconcilier les intérêts opposés que sont la protection du secret et la divulgation, et ce, par divers moyens : présentation de renseignements sous une forme expurgée ou résumée, à l'instar de ce qui s'est fait dans l'affaire *Khawaja*; création de documents destinés à remplacer les renseignements classifiés, du genre transcriptions expurgées à l'instar de ce qui s'est fait dans l'affaire *Ribic*; décisions rendues contre les parties. L'effet ultime de ces ordonnances dépendra toutefois de la façon dont le juge du procès criminel évaluera les répercussions de l'ordonnance de confidentialité sur le droit de l'accusé à subir un procès équitable, en vertu de l'art. 38.14. Il y a toujours le risque que le juge de la Cour fédérale ne soit pas particulièrement bien placé pour déterminer l'utilité des renseignements pour l'accusé, étant donné que ce dernier n'aura pas accès à ces renseignements et que, dans la plupart des cas, le procès n'aura même pas débuté. Il y a également le risque que le juge du procès criminel ne soit pas en mesure de déterminer les effets éventuels de la non-divulgation de renseignements qu'il n'aura pas lui-même vus, sur l'équité du procès. Ces angles morts mutuels dans la procédure augmentent le risque d'annulation inutile des procès dans le dessein de protéger l'équité de la procédure envers l'accusé. De plus, les procès risquent de ne pas être totalement équitables à cause de la non-divulgation d'informations décrétée par différents juges n'ayant pas forcément été en mesure de déterminer ce dont l'accusé avait besoin pour une réponse et une défense pleines et entières.

Bien que le procureur général et l'accusé puissent s'entendre sur les conditions à imposer à la divulgation, et que les avocats dans l'affaire *Malik et Bagri* se soient entendus sur une approche novatrice pour éviter

de se retrouver en Cour fédérale, il demeure que la procédure ultime de règlement des différends en l'absence d'accord consiste à entamer une procédure distincte devant la Cour fédérale. Ce dédoublement de procédures provoque le retard et la fragmentation du procès criminel, comme nous l'avons vu dans notre analyse des affaires Kevork, Ribic et Khawaja. Il ne permettra pas de résoudre tous les différends, parce que le procureur général peut tout de même invoquer un privilège jurisprudentiel ainsi que les dispositions de l'art. 37 de la LPC et que l'accusé, de son côté, peut tout de même réclamer réparation pour toute ordonnance de divulgation partielle ou de non-divulgation émise en vertu de l'art. 38.14 de la LPC, dès l'instant que l'affaire est renvoyée devant le juge du procès. Comme nous allons le voir, d'autres démocraties n'appliquent pas le dédoublement très lourd de la procédure que nous employons au Canada pour trancher les revendications de confidentialité liées à la sécurité nationale.

VI. Divulgation et secret dans certains autres pays

Nous allons examiner dans la présente partie les approches qu'ont adoptées les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie pour le traitement des demandes de confidentialité fondées sur la sécurité internationale. Dans toutes ces démocraties, le juge du procès criminel est chargé d'entendre ces demandes de confidentialité alors qu'au Canada, elles relèvent uniquement de la Cour fédérale. Nous allons voir aussi les dispositions adoptées dans ces pays qui obligent les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires à titre de condition préalable à l'examen des documents sensibles, ainsi que le rôle des avocats spéciaux ou des *amicus curiæ* ayant une habilitation sécuritaire qui sont chargés de s'opposer au gouvernement, lorsque celui-ci soutient qu'il n'est pas nécessaire de divulguer à l'accusé des renseignements secrets.

Les États-Unis

En 1980, les États-Unis ont adopté la Classified Information Procedures Act⁴⁴⁵ (CIPA) (Loi sur les procédures relatives aux renseignements classifiés) dans le but de mettre sur pied des mécanismes permettant d'obtenir une décision préalable au procès au sujet de la confidentialité fondée sur des raisons de sécurité nationale. Si la CIPA a déjà influencé les modifications

445 PL 96-456.

apportées en 2001 à l'art. 38 de la LPC, elle constitue encore aujourd'hui un exemple utile pour une éventuelle réforme du droit, si l'on souhaitait confier aux tribunaux de première instance le pouvoir de résoudre les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale.

Tout comme l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada, la CIPA définit de façon extensive les renseignements auxquels elle s'applique de façon à inclure les renseignements classifiés dont le gouvernement cherche à préserver la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale. Celle-ci est définie de façon très large et comprend les considérations relatives à la défense nationale et aux relations internationales. L'article 5 de la CIPA, tout comme l'art. 38.01 de la LPC, impose aux accusés des conditions strictes qui les obligent à notifier à la fois le procureur des États-Unis et le tribunal lorsqu'ils ont l'intention de divulguer, directement ou non, des renseignements classifiés. Le paragraphe 5(2) prévoit toutefois que le tribunal peut empêcher la divulgation et interdire l'interrogatoire des témoins à titre sanction en cas de défaut de divulguer des renseignements. Ces sanctions sont effectivement prévues par cette loi, mais leur imposition pourrait porter atteinte au droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de subir un procès équitable.

Par rapport à la LPC, il est intéressant de noter que la notification en question est non seulement destinée au procureur des États-Unis, mais également au tribunal de première instance. La CIPA confie en fait au tribunal de première instance l'examen des demandes de confidentialité liées à la sécurité nationale, en intégrant cette tâche à la gestion des instances et au processus de communication de la preuve. L'article 2 de la CIPA autorise à cette fin toute partie, après le dépôt de l'acte d'accusation ou de la dénonciation, ainsi que le tribunal, de sa propre initiative, à demander la tenue d'une conférence préalable au procès en vue d'établir un calendrier pour les demandes de divulgation, les avis et les audiences relatives à la confidentialité liées à la sécurité nationale et toutes les autres [traduction] « questions qui touchent les renseignements classifiés ou susceptibles de favoriser un déroulement rapide et équitable du procès »⁴⁴⁶. Au Canada, les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale seraient renvoyées à la Cour fédérale et exclues de la gestion générale des mesures préalables au procès, qui est confiée aux tribunaux pénaux.

446 Art. 2 de la CIPA (non souligné dans l'original).

Les habilitations sécuritaires pour les avocats de la défense

Un des problèmes essentiels que posent les demandes de confidentialité liée à la sécurité nationale vient du fait que le mécanisme utilisé pour déterminer leur légitimité risque de compromettre cette confidentialité. L'article 3 de la CIPA protège ce droit à la confidentialité par anticipation en prévoyant que, sur requête du procureur des États-Unis, [traduction] « le tribunal est tenu de rendre devant une cour de district des États-Unis une ordonnance interdisant la divulgation de tout renseignement classifié communiqué par le procureur des États-Unis à un accusé dans une affaire pénale ». La CIPA ne prévoit pas expressément que les tribunaux peuvent obliger les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires, à titre de condition préalable à l'accès à des renseignements classifiés, mais les tribunaux ont jugé que ce pouvoir accessoire découlait des mécanismes prévus par la CIPA. Dans *United States c. Ben Laden*⁴⁴⁷, le juge Sands a fondé le pouvoir d'ordonner aux avocats de la défense d'obtenir des habilitations sécuritaires sur les directives de sécurité promulguées par le juge en chef des États-Unis aux termes de l'art. 9 de la CIPA, lesquelles directives autorisent le gouvernement à utiliser « des moyens légaux » pour obtenir des renseignements [traduction] « concernant la fiabilité des personnes associées à la défense » et pour communiquer ces renseignements au tribunal dans le but de faciliter la formulation, aux termes de l'art. 3 de la CIPA, d'une ordonnance de protection appropriée⁴⁴⁸. Le juge Sands a rejeté les attaques constitutionnelles visant les habilitations sécuritaires en déclarant que ce mécanisme n'accordait pas nécessairement au ministère de la Justice un veto sur le choix d'un avocat par l'accusé⁴⁴⁹ et était susceptible d'appel. Il a également fait observer que cette loi imposait des exigences comparables au personnel judiciaire qui avait accès à des renseignements classifiés⁴⁵⁰, et que le gouvernement souhaitait vivement empêcher la fuite de renseignements classifiés

⁴⁴⁷ 58 F.Supp.2d 113. Voir au même effet *United States c. Al-Arian* 267 F.Supp.2d 1258.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 116 citant 18, U.S.C.A., app 3 s. 9 (West, 1999) et établissant une distinction avec des affaires antérieures dans lesquelles il a été décidé que les exigences en matière d'avis de l'art. 5 de la CIPA n'autorisaient pas le tribunal à obliger les avocats de la défense à obtenir une habilitation sécuritaire. *United States c. Jolliff* 548 F.Supp. 232 (D.Md.1981); *United States c. Smith* 706 F.Supp. 593 (M.D. Tenn. 1989).

⁴⁴⁹ Les premiers commentateurs se demandaient si [traduction] « le ministère de la Justice ne risquait pas, dans le but d'éliminer un adversaire particulièrement gênant, de refuser une habilitation sécuritaire à un procureur, à un enquêteur ou à un témoin expert retenu par l'accusé, qui a besoin d'avoir accès à des renseignements classifiés pour faire son travail ». Brian Tamanaha, « A Critical Review of The Classified Information Procedures Act » (1986) 13 Am. J. Crim. L. 277, à la p. 289.

⁴⁵⁰ Ces conditions ont été validées dans *United States c. Smith* 899 F. 2d 564 (6th Cir, 1990).

[traduction] dans cette affaire, parce qu'il y a une enquête en cours et que le risque que des divulgations non autorisées mettent en danger d'autres vies est grand. En outre, le gouvernement a allégué que les accusés étaient membres d'un complot dont les membres avaient déjà obtenu accès à des documents judiciaires non déposés au greffe du tribunal et avaient transmis ces documents à d'autres coconspirateurs [...] Le fait que nous insistons pour que toutes les personnes qui prennent connaissance de renseignements classifiés dans la présente instance fassent l'objet d'une évaluation objective n'a, bien entendu, aucun rapport avec la réputation des avocats de la défense qui agissent dans la présente affaire. Il est en effet pratiquement impossible de réparer après coup le préjudice causé par une divulgation non autorisée et nous refusons d'attendre d'être obligés de réparer ce qui pourrait être, dans la présente affaire, une violation de la sécurité particulièrement désastreuse, alors que des mesures raisonnables auraient pu empêcher dès le départ cette divulgation. Il nous paraît approprié d'exiger une certaine forme d'habilitation, compte tenu des faits de la présente affaire⁴⁵¹.

Comme nous le verrons, la loi australienne envisage expressément la possibilité d'obliger les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires pour avoir accès à des renseignements classifiés.

L'obligation imposée aux avocats de la défense d'obtenir une habilitation sécuritaire à titre de condition préalable à l'examen de documents classifiés peut compliquer le choix d'un avocat, mais elle offre certains avantages. Dans le procès Malik et Bagri, les avocats de la défense ont pu inspecter des documents du SCRS après avoir pris dès le départ l'engagement de ne pas les divulguer à leurs clients, mais ils n'avaient pas obtenu d'habilitation sécuritaire. L'avocat de la défense qui a obtenu cette habilitation est en mesure de participer plus efficacement aux instances relatives aux renseignements classifiés qu'un avocat spécial ou un amicus curiæ qui, même s'il possède une habilitation sécuritaire, ne connaîtrait pas aussi bien l'affaire que le propre avocat de l'accusé.

451 58 F.Supp.2d 113, à la p. 121.

Parallèlement, si l'on interdit aux avocats de la défense ayant obtenu une habilitation sécuritaire de consulter leurs clients, cela risque de nuire à la défense. Dans une décision de 2001 prise dans l'affaire Ben Laden, le juge Sands a été amené à répondre à l'argument selon lequel l'impossibilité pour un avocat ayant l'habilitation sécuritaire requise de communiquer les renseignements classifiés à son client l'empêche de le bien conseiller. Les accusés soutenaient que le fait de ne pouvoir consulter leurs avocats les handicapait gravement, compte tenu de [traduction] « la durée des complots allégués, leur ampleur géographique, les obstacles linguistiques, la multitude de noms (dont certains étaient très semblables) et d'alias, ainsi que la diversité des aspects culturels et ethniques de l'affaire »⁴⁵². Le juge Sands a écarté cet argument et fait observer qu'une partie des renseignements contestés étaient en train d'être déclassifiés de façon à pouvoir être communiqués aux accusés. De plus, « le bénéfice hypothétique » susceptible de découler de la communication de tous les renseignements classifiés avec les accusés devait céder le pas [traduction] « au droit fondamental du gouvernement de limiter la diffusion des renseignements classifiés »⁴⁵³. Le juge Sands a également cité, à l'appui de sa décision, des affaires dans lesquelles des tribunaux avaient ordonné à l'avocat de la défense de ne pas communiquer certains renseignements à son client, par exemple, l'identité d'un informateur, l'adresse des témoins, ou le fait que l'accusé faisait l'objet d'une enquête pour subornation de jurés. Le juge Sands a également rejeté l'argument de l'accusé, selon lequel il avait droit d'assister aux audiences relatives à la CIPA, en faisant observer que ces audiences portaient sur des questions de droit et que la présence de l'accusé n'était donc pas essentielle⁴⁵⁴. Cela dit, l'obligation pour les avocats d'obtenir des habilitations sécuritaires et les ordonnances leur interdisant de communiquer des renseignements classifiés à leurs clients ne visent qu'une étape du procès, la communication de la preuve. Aux États-Unis, comme au Canada, les accusés sont présents lorsque les preuves à charge sont présentées au tribunal pénal qui instruit les poursuites⁴⁵⁵.

Les dispositions en matière d'avis

La validité de l'obligation de donner avis de l'intention de présenter des renseignements classifiés, imposée par l'art. 5 de la CIPA, ainsi que

452 *United States c. Ben Laden* 2001 U.S. Dist. Lexis 719.

453 *Ibid.*, par.15.

454 *Ibid.*, par.22.

455 Robert Chesney, « The American Experience with Terrorism Prosecutions ».

celle de l'obligation de tenir des audiences à huis clos pour décider si les renseignements en question doivent être divulgués ou s'il est possible de prendre des mesures de substitution ont été confirmées aux États-Unis malgré de nombreuses contestations de leur constitutionnalité. En général, les tribunaux ont statué que les dispositions en matière d'avis ne violaient pas le droit de l'accusé à ne pas s'incriminer lui-même, parce qu'elles ne l'obligeaient pas à révéler ses moyens de défense, sa façon d'aborder les contre-interrogatoires ou sa décision de témoigner, mais uniquement son intention d'utiliser des renseignements classifiés⁴⁵⁶. Par rapport aux mécanismes de la CIPA américaine, la double structure judiciaire de l'art. 38 de la LPC, combinée à la possibilité pour l'accusé de présenter des observations ex parte à un juge de la Cour fédérale et celle de séparer les poursuivants chargés du procès de ceux qui invoquent l'art. 38, protège peut-être mieux l'accusé qui ne souhaite pas dévoiler prématurément la nature de sa défense.

Les façons de concilier le secret et la divulgation

La CIPA vise à donner aux gouvernements et aux juges le plus de latitude possible pour concilier l'intérêt qu'a l'État de préserver le caractère secret des renseignements de sécurité avec les droits de l'accusé et du public d'avoir accès aux preuves. Elle autorise le gouvernement à proposer à deux moments différents du procès des mesures de substitution, des aveux ou des résumés concernant des renseignements classifiés. L'article 4 de la CIPA autorise le procureur des États-Unis à proposer sur une base ex parte un résumé, un aveu ou une mesure de substitution. Cet article a été vivement critiqué parce qu'il oblige le tribunal à se prononcer sur la justesse de la substitution ou du résumé au début de l'instance, sans que le tribunal ait pris connaissance des arguments de l'accusé ou des moyens de défense qu'il entend invoquer. Cette disposition a pour effet d'écarter expressément par voie législative une forte présomption visant à interdire les audiences ex parte, même dans le contexte de la sécurité

⁴⁵⁶ Voir, par exemple, *United States c. Wen Ho Lee* 90 F. Supp. 1324. Les avocats de la défense qui agissaient dans cette affaire ont écrit par la suite : [traduction] « Au cours de l'audience prévue par l'article 6 de la CIPA, l'accusé doit établir la pertinence de chacun des renseignements classifiés figurant sur la liste. Cela permet à la poursuite de prendre connaissance de la stratégie de la défense, étant donné que l'avocat de la défense expose la thèse de la défense et établit des liens entre certains éléments de preuve et sa thèse. C'est le seul secteur du système de justice pénale où l'accusé est tenu d'expliquer de façon aussi détaillée sa défense avant le procès, sans que la poursuite assume une obligation réciproque. Comme pour d'autres aspects de la CIPA, les tribunaux ont toutefois jugé que les mécanismes prévus par l'article 6 étaient constitutionnels. » John D. Cline et K.C. Maxwell, « Criminal Prosecutions and Classified Information », *Los Angeles Lawyer*, septembre 2006, 35, à la p. 39.

nationale. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a clairement fait savoir, dans le contexte des demandes relatives à la sécurité nationale, que [traduction] « dans notre système accusatoire, le rôle des juges consiste uniquement à juger. Il appartient uniquement à l'avocat de décider ce qui peut être utile pour la défense⁴⁵⁷. » L'article 4 ne formule pas non plus de critères pour apprécier le caractère approprié de la substitution, mais il prévoit que les observations du gouvernement présentées ex parte doivent être conservées dans des documents scellés et sont susceptibles d'être examinés par une cour d'appel. Même les partisans du mécanisme ex parte de l'article 4 estiment que [traduction] « le tribunal devrait conserver le pouvoir d'annuler ses conclusions au sujet du caractère suffisant des substitutions, s'il constate par la suite que la nécessité pour l'accusé d'avoir accès à des documents non communiqués l'emporte sur le droit du gouvernement à protéger la confidentialité des documents en question »⁴⁵⁸. Comme nous le verrons, le pouvoir des juges de première instance de réviser leurs ordonnances initiales de non-divulgence ou de divulgation partielle constitue un élément essentiel des systèmes australien et britannique.

L'article 6 de la CIPA propose un deuxième mécanisme moins problématique pour les mesures de substitution et les résumés. Il réserve les audiences ex parte aux cas où le procureur général soutient que la divulgation des renseignements en question causerait un préjudice identifiable à la sécurité nationale⁴⁵⁹. Il prévoit que lorsque le tribunal a décidé d'ordonner la divulgation de ces renseignements, le procureur des États-Unis peut proposer de remplacer les renseignements classifiés par [traduction] « un exposé admettant les faits pertinents » que contiennent ces renseignements ou par [traduction] « un résumé de certains renseignements classifiés ». Selon cet article, le tribunal doit autoriser la mesure de substitution proposée [traduction] « s'il estime qu'avec l'exposé des faits ou le résumé, l'accusé serait tout autant en mesure de présenter une défense que si les renseignements classifiés en cause lui avaient été divulgués ». Un tribunal a déclaré que cette disposition [traduction]

457 *United States c. Dennis* 384 U.S., à la p. 875. Dans une autre affaire, la Cour a également fait la remarque suivante : [traduction] « Une phrase apparemment innocente, une remarque fortuite, une référence à ce qui semble être une personne ou un événement neutre, l'identité d'un interlocuteur ou de la personne avec laquelle on communique par téléphone, ou même la façon de parler ou d'utiliser certains mots peut avoir une signification particulière pour quelqu'un qui connaît les aspects les plus intimes de la vie de l'accusé. Et pourtant, ce genre d'information peut être tout à fait neutre et dépourvu de sens pour quelqu'un qui connaîtrait mal toutes les circonstances de l'affaire. » *Alderman c. United States* 394 U.S., aux p. 183 à 185.

458 Richard Salgado, « Government Secrets, Fair Trials and the Classified Information Procedures Act » (1988) 98 Yale L.J. 427, à la p. 445.

459 Sous-al. 6c)(2) de la CIPA.

« n'empêch[ait] pas de présenter au jury la version des faits de l'accusé; elle [venait] simplement limiter la façon dont ces faits [pouvaient] être rapportés⁴⁶⁰ ».

L'article 8 de la CIPA accorde au juge de première instance une latitude considérable lorsqu'il s'agit d'expurger les renseignements contenus dans des documents classifiés admis en preuve dans le but de minimiser le préjudice causé à la sécurité nationale. L'alinéa 8b) permet d'expurger des documents et des photographies classifiés pour en retirer les renseignements classifiés, [traduction] « à moins que l'équité exige qu'ils soient divulgués intégralement ». L'alinéa 8c) traite de l'épineuse question des témoignages qui peuvent contenir des preuves classifiées et non classifiées et qui ont amené l'utilisation, dans l'affaire Ribic mentionnée ci-dessus, de transcriptions expurgées des témoignages. L'alinéa énonce que, lorsqu'un avocat s'oppose à un témoignage susceptible d'entraîner la divulgation de renseignements classifiés, [traduction] « le tribunal prend les mesures appropriées pour décider si la réponse est admissible en preuve et ne compromettra pas des renseignements classifiés », en tenant compte des observations présentées par le poursuivant ou par l'accusé au sujet du témoignage et des renseignements qu'il souhaite obtenir. Comme dans l'arrêt Ribic, ce mécanisme semble envisager la transformation d'un témoignage sous forme orale en un témoignage sous forme écrite, dans le but de faciliter l'épuration des renseignements et de protéger ainsi la sécurité nationale.

Les recours en cas de non-divulgation

Le tribunal dispose également d'une grande latitude pour accorder une mesure de réparation appropriée aux termes de la CIPA lorsqu'il a décidé que les renseignements demandés ne pouvaient pas être divulgués. Le paragraphe 6(2) de la CIPA énonce qu'au lieu de rejeter l'acte d'accusation, le tribunal peut choisir une mesure de réparation appropriée pour éviter que soient divulgués à la défense des renseignements classifiés. Ces mesures de réparation peuvent comprendre le rejet de certains chefs de l'acte d'accusation, la radiation ou l'exclusion de tout ou partie d'un témoignage. Cette méthode est comparable à la latitude que l'art. 38.14 de la LPC accorde au juge de première instance en matière de mesures de réparation.

⁴⁶⁰ *United States c. Collins* 603 F. Supp., à la p. 304.

Les appels interlocutoires

Le choix par le juge du procès de mesures de réparation moins strictes ainsi que la décision d'autoriser la divulgation de renseignements classifiés peuvent faire l'objet, aux termes de l'art. 7 de la CIPA, d'un appel interlocutoire de la part du gouvernement. Comme nous l'avons vu dans les affaires Ribic et Khawaja, les décisions que prend la Cour fédérale en vertu de l'art. 38 peuvent être portées devant la Cour d'appel fédérale. Ces recours peuvent retarder le début des procès. L'article 7 de la CIPA énonce que la Cour d'appel [traduction] « entend les arguments relatifs à ce type d'appel dans les quatre jours de l'ajournement du procès » et [traduction] « rend sa décision dans les quatre jours de la présentation des arguments en appel »; elle peut également dispenser les parties de présenter des mémoires et des observations écrites. L'article 38 de la LPC accorde un délai de 10 jours pour interjeter appel, mais il ne prévoit pas l'instruction accélérée des appels. Aux termes de la CIPA, l'accusé n'est pas lié par la décision interlocutoire de la Cour d'appel sur l'appel d'une condamnation. Cela semble indiquer que les appels interlocutoires sont principalement utiles au poursuivant, qui risquerait autrement de devoir choisir entre la divulgation des documents, comme l'ordonne le tribunal de première instance, et l'arrêt des poursuites. Au Canada, le recours au certificat de l'art. 38.13 peut fournir à l'État une solution qui n'entraîne pas le rejet des accusations.

La gestion de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve, et les tensions qu'elle provoque entre les agences du renseignement de sécurité et les poursuivants

La CIPA envisage des structures de suivi qui permettent de surveiller la façon dont le gouvernement lui-même gère la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve. Aux termes de l'art. 12, le procureur général est tenu d'émettre des lignes directrices concernant la décision d'intenter des poursuites mettant en jeu des renseignements classifiés et la préparation d'observations écrites dans les affaires qui ne donnent pas lieu à des poursuites parce qu'elles risqueraient d'entraîner la divulgation de renseignements classifiés. L'article 13 oblige le procureur général à faire rapport aux comités législatifs du renseignement de sécurité au sujet de ce genre de décision. Ces rapports offrent la possibilité de sensibiliser ces comités aux conséquences négatives que peut avoir sur les activités d'application de la loi la protection accordée aux renseignements classifiés. Un des principaux thèmes de la présente étude est que les agences du

renseignement de sécurité doivent être sensibles aux conséquences que leurs pratiques en matière de lutte contre le terrorisme peuvent avoir sur le plan de la preuve, notamment leurs pratiques d'échange d'information avec des agences étrangères. Il serait souhaitable que les agences du renseignement de sécurité et le gouvernement soient incitées à examiner les conséquences des demandes de secret. La loi américaine envisage ce genre de sensibilisation et elle pourrait réduire la portée des demandes de secret qui nuisent aux poursuites pour terrorisme.

La CIPA a été modifiée en 2000 dans le cadre d'un projet de loi de crédit qui réformait également le renseignement de sécurité pour exiger des réunions entre la haute direction du ministère de la Justice et celle du renseignement de sécurité. L'article 9A de la CIPA énonce actuellement :

Réunions exigées — Le procureur général adjoint de la division criminelle et le procureur des États-Unis compétent, ou les personnes désignées par ces représentants de l'État, tiennent des séances d'information destinées aux membres de la haute direction de l'agence, ou à la personne désignée par ces personnes, au sujet de toute affaire mettant en jeu des renseignements classifiés qui proviennent de l'agence dont fait partie le haut fonctionnaire en question.

Convocation de ces réunions d'information — Les réunions d'information prévues à l'alinéa a) au sujet d'une affaire ont lieu :

- (1) dès que le ministère de la Justice et le procureur des États-Unis concerné constatent qu'une poursuite sera intentée ou pourrait l'être;
- (2) à tout moment par la suite pour veiller à ce que le haut fonctionnaire de l'agence soit pleinement informé et tenu au courant de l'état de la poursuite⁴⁶¹.

On peut voir dans cette disposition une réponse législative aux tensions que peuvent susciter, d'une part, le fait que les agences de renseignement de sécurité désirent souvent protéger la confidentialité de leurs renseignements et, de l'autre, le fait que les poursuivants veulent disposer de preuves qu'ils pourront divulguer à l'accusé et utiliser dans des procès publics. Ces réunions d'information obligatoires pourraient donner aux

⁴⁶¹ Ajouté par Pub. L. 106-567, titre VI, § 607, 27 décembre 2000, 114 Stat. 2855.)

agences du renseignement de sécurité une meilleure connaissance des besoins des poursuivants en matière de divulgation et de preuve, tout en donnant à ces derniers la possibilité d'en apprendre davantage sur les raisons pour lesquelles les agences de renseignement de sécurité veulent garder secrets certains renseignements, ainsi que les méthodes et les sources utilisées pour les obtenir. Une loi ne peut, à elle seule, obliger tous ces organismes à collaborer ni résoudre ces tensions dans des cas individuels, mais elle peut fournir un cadre qui favorise la résolution de ces conflits et l'apaisement de ces tensions.

Des commentateurs ont exprimé l'opinion que la CIPA était particulièrement utile dans les affaires où l'accusé était susceptible de demander l'accès à des renseignements classifiés dont la pertinence était faible ou nulle. Dans les cas où ces preuves sont très pertinentes, il est peu probable que les tribunaux décideront qu'elles ne peuvent être divulguées à l'accusé ou qu'ils réussiront à élaborer des mesures de substitution ne contenant aucun renseignement classifié et qui respectent les droits de l'accusé⁴⁶². Dans ces affaires, le poursuivant risque de se trouver devant un grave dilemme : divulguer les documents ou arrêter les poursuites⁴⁶³. Comme un ancien poursuivant l'a déclaré :

[traduction] La CIPA n'a jamais été considérée comme une loi permettant de régler toutes les questions que soulève la sécurité nationale. Étant donné que l'exécutif conserve le contrôle des décisions en matière de poursuites, c'est à lui qu'il appartient également de décider s'il y a lieu de continuer une poursuite lorsqu'une décision défavorable a été rendue [...] La CIPA réussit par contre à supprimer certaines formes de chantage lorsque dont les prétendus secrets qu'on menace de révéler ne sont, en fait, d'aucune utilité pour la défense. Si les preuves ne sont pas accessoires, elles sont réputées essentielles à la défense et il est donc nécessaire de les divulguer pour respecter le droit à un procès équitable. Si les secrets nationaux et la conduite illicite sont en fait inextricablement liés, cela risque, en fin de compte, d'entraîner l'arrêt des poursuites⁴⁶⁴.

462 Brian Tamanaha, « A Critical Review of The Classified Information Procedures Act » (1986) 13 Am. J. Crim. L. 277, p. 305 et 306.

463 Voir, à propos de ce dilemme, Robert Chesney, « The American Experience with Terrorism Prosecutions ».

464 Sandra Jordan, « Classified Information and Conflicts in Independent Counsel Prosecutions » (1991) 91 Columbia L.Rev. 1651, p. 1662 et 1663.

La CIPA prévoit toutefois certains mécanismes de contrôle des décisions qui ont pour effet de sacrifier les poursuites à l'intérêt public dans le but de préserver des secrets, notamment l'obligation de motiver par écrit les décisions d'arrêter les poursuites et les rapports aux comités du renseignement de sécurité du Congrès. En outre, elle prévoit maintenant que les poursuivants doivent tenir, dès le déclenchement des poursuites, des réunions d'information destinées aux agences du renseignement de sécurité pour les informer des répercussions que peuvent avoir sur le plan de la preuve leurs activités de renseignement de sécurité.

Résumé

La CIPA a déjà influencé l'art. 38 de la LPC au chapitre des obligations en matière d'avis et de l'habilitation des juges à choisir, parmi toute une série de mesures, celle qui permettra de concilier le secret d'État et la divulgation, notamment l'épuration des documents, les résumés et les mesures de substitution; cependant, elle diffère encore de l'art. 38 sur de nombreux points. La CIPA autorise le juge de la cour fédérale qui juge des infractions liées au terrorisme à se prononcer sur les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale. Elle tient pour acquis que celles-ci seront prises en compte dans la gestion générale des poursuites, alors que l'art. 38 de la LPC confie à un tribunal distinct le soin de trancher à cet égard. Aux termes de la CIPA, le juge de première instance a le pouvoir de réviser les ordonnances de confidentialité antérieures, tandis qu'au Canada, le juge de première instance est lié par les ordonnances de confidentialité, ou de divulgation partielle, rendues par la Cour fédérale avant le procès, tout en conservant la possibilité d'accorder à l'accusé une réparation pour remédier à la non-divulgation des preuves.

Il existe une autre différence entre la LPC et la CIPA, celle-ci ayant, en effet, été interprétée de façon à autoriser le juge de première instance à obliger les avocats de la défense, lorsque l'affaire l'exige, à obtenir une habilitation sécuritaire pour être autorisés à prendre connaissance de renseignements classifiés. Ce mécanisme a toutefois été contesté parce qu'il limite la capacité de l'avocat de la défense de révéler à son client les renseignements classifiés en question. Il demeure que l'avocat de la défense est en général mieux placé pour apprécier l'utilité pour la défense de l'information en cause que le serait un autre avocat, comme un avocat spécial ou un *amicus curiæ* ayant obtenu une habilitation sécuritaire.

Enfin, la CIPA tente de gérer les tensions inévitables qui existent au sein du gouvernement entre le secret dont ont besoin les agences de renseignement de sécurité et la divulgation que recherchent les poursuivants. Elle met sur pied plusieurs mécanismes de sensibilisation potentiellement utiles qui visent à informer le gouvernement, y compris les comités législatifs, des conséquences que peuvent avoir les demandes de secret trop vastes ou les demandes de divulgation trop vastes.

Le Royaume-Uni

Le Royaume-Uni, à l'instar des États-Unis, autorise les juges de première instance à rendre des ordonnances de confidentialité fondées sur la sécurité nationale et à les réviser. L'expérience britannique est particulièrement intéressante à cause du rôle que jouent les normes légales en matière de divulgation et les avocats spéciaux ayant une habilitation sécuritaire.

Les obligations en matière de divulgation

Le régime de divulgation adopté par un pays particulier peut avoir un effet sur la nécessité d'avoir accès à un mécanisme qui permet d'obtenir des ordonnances de confidentialité liées à la sécurité nationale. Le système britannique est très complexe. Un régime prévu par la common law régit la divulgation à l'égard des infractions qui ont fait l'objet d'une enquête avant le mois d'avril 1997. L'arrêt qui fait autorité dans ce domaine concernait une condamnation injustifiée dans une affaire de terrorisme.

Le tribunal avait alors reconnu à l'accusé le droit d'obtenir la divulgation de toutes les preuves pertinentes, un droit de portée très large, assez comparable à celui qui a été reconnu dans l'arrêt *Stinchcombe* que nous avons examiné plus haut⁴⁶⁵. La *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* (la Loi de 1996 sur la procédure et les enquêtes pénales) a resserré ce critère de common law en énonçant qu'aux termes de l'al. 3(1)a), la divulgation primaire devait porter sur tous les documents de la poursuite susceptibles d'affaiblir la cause du poursuivant⁴⁶⁶. La divulgation secondaire prévue à l'al. 7(2)a) vise les documents non encore divulgués qui sont susceptibles de faciliter la défense de l'accusé. L'article 32 de la *Criminal Justice Act 2003* (Loi de 2003 sur la justice pénale) modifiait l'al. 3(1)a) de la loi de 1996 pour exiger la divulgation primaire de tout document non divulgué antérieurement « qui pouvait être raisonnablement considéré comme étant susceptible d'affaiblir la cause du poursuivant ou d'aider la défense ». Comme la Chambre des lords l'a reconnu récemment :

[traduction] Que ce soit sous sa forme modifiée ou sa forme originale, l'article 3 n'exige pas que soient divulgués des documents qui ont un effet neutre ou négatif pour

465 Dans *R c. Ward* [1993] 1 WLR 619, 674, la Cour a déclaré : [traduction] « Le droit de l'accusé à subir un procès équitable comporte un droit accessoire, celui d'obtenir la communication rapide par la poursuite de tous les aspects matériels qui concernent la base scientifique sur laquelle repose la poursuite, à savoir tout ce qui concerne la question de savoir si ces aspects renforcent ou affaiblissent les preuves à charge ou les preuves à décharge. Cette obligation existe, que la défense ait présenté ou non une demande spéciale de divulgation de la nature des preuves scientifiques. Cette obligation est en outre continue : elle doit être respectée non seulement au cours de la phase préalable au procès, mais également pendant tout le procès. » Voir également *R c. Keane* [1994] 1 WLR 746, 752 dans lequel la Cour a jugé que la poursuite ne devait présenter au juge que les documents qu'elle considérait comme pertinents et qu'elle ne souhaitait pas communiquer pour motif d'immunité d'intérêt public. Selon la définition, étaient pertinentes « les preuves qui pouvaient être considérées comme, [traduction] « selon une appréciation raisonnable de la poursuite : (1) se rapportant ou pouvant se rapporter à une question en litige; (2) soulevant ou pouvant soulever une nouvelle question dont l'existence n'apparaissait pas à l'examen des preuves que la poursuite se proposait d'utiliser; (3) offrant une possibilité réelle (et non imaginaire) de découvrir des preuves se rapportant à (1) ou (2) ».

466 Le Protocole de 2006 relatif au contrôle et à la gestion des documents inexploités devant la Cour de la Couronne élaboré par la Cour fournit des instructions détaillées en matière de divulgation qui viennent compléter les directives législatives. Ce protocole énonce : [traduction] « Dans les affaires complexes, il est essentiel que la poursuite respecte scrupuleusement le principe fondamental énoncé au paragraphe 154 et veille à ce que des ressources suffisantes soient affectées à la poursuite. Se contenter de remettre 'les clés du magasin' à la défense a déjà entraîné de graves abus et a permis à la défense d'occasionner des frais considérables, sans que la justice n'en retire un avantage en rapport avec ces dépenses. Il faut mettre fin à ces abus. Le public est en droit de s'attendre à ce que les retards et les échecs qui ont marqué certaines affaires dans lesquelles les principes fondamentaux en matière de divulgation n'ont guère été appliqués ne se reproduisent plus si ce protocole est respecté. Le nouveau régime mis en place par la Loi sur la justice pénale et les règles de procédures pénales accorde aux juges le pouvoir de modifier la culture dans laquelle ces affaires sont instruites. Il appartient désormais à chaque juge de gérer activement les questions de divulgation dans toutes les poursuites. Le juge doit prendre l'initiative et gérer l'instance en vue de lui apporter une solution efficace et expéditive [...] Cela permettra de mieux servir les fins de la justice et renforcera la confiance qu'a le public dans le système de justice pénale. » <http://www.hmcourts-service.gov.uk/publications/guidance/disclosure.htm>.

l'accusé, que ce soit parce qu'ils renforcent la poursuite ou affaiblissent la défense⁴⁶⁷.

En général, l'obligation de divulgation qui existe aux États-Unis⁴⁶⁸ et au Royaume-Uni a une portée moins large que l'obligation canadienne. Les États-Unis et le Royaume-Uni ont essayé de renforcer l'obligation de divulgation en adoptant des lois et d'autres règles⁴⁶⁹, alors que le Canada, comme nous l'avons vu précédemment, s'en remet à un pointillisme judiciaire axé sur la Charte. Le fait qu'aux États-Unis et au Royaume-Uni la portée de l'obligation de divulgation ait été précisée et réduite explique que les poursuivants aient moins besoin de faire déclarer confidentiels pour des raisons de sécurité nationale des documents qui sont pertinents à une affaire donnée mais qui n'affaiblissent pas de façon significative la position de la poursuite et ne renforcent pas celle de l'accusé.

L'immunité d'intérêt public

Dans une affaire de 1993, où la Cour d'appel a annulé une déclaration de culpabilité pour terrorisme en partie parce que la Couronne n'avait pas divulgué intégralement la preuve, la Cour d'appel a critiqué la poursuite pour avoir agi [traduction] « comme un juge dans sa propre cause sur la question de l'immunité d'intérêt public » et a déclaré que, si la Couronne n'était pas [traduction] « disposée à accepter que le tribunal se prononce lui-même sur la question de l'immunité d'intérêt public, il devait inévitablement en découler un arrêt des poursuites »⁴⁷⁰. D'une certaine façon, cet avertissement ressemble beaucoup à celui qui a été donné dans l'arrêt *Khela* au sujet des poursuivants qui veulent régler eux-mêmes les questions de divulgation. Parallèlement, les précisions apportées récemment aux règles de la divulgation au Royaume-Uni insistent sur l'importance pour le poursuivant de ne pas se contenter de transmettre à l'accusé tous les renseignements susceptibles d'être pertinents, mais de ne divulguer que les renseignements qui doivent l'être aux termes des dispositions légales applicables.

La Cour d'appel a décidé que les documents susceptibles d'être visés par l'immunité d'intérêt public devaient toujours être divulgués au tribunal et que l'intention de les utiliser devait, d'une façon générale, être

467 *R. c. H et C* [2004] UKHL 3, au par. 17.

468 *Brady c. Maryland* 373 U.S. 83.

469 Voir la règle 16 des Règles fédérales de procédure pénale.

470 *R. c. Ward* [1993] 1 W.L.R. 619, à la p. ?.

signalée à la défense, mais qu'il pouvait arriver que certains éléments de preuve visés par la demande d'immunité ne puissent être divulgués parce qu'ils révéleraient des secrets. La Cour d'appel a fait observer qu'il pouvait y avoir des cas exceptionnels où il n'y avait pas lieu de donner d'avis à l'accusé à ce sujet lorsqu'un tel avis aurait pour effet de révéler la nature des éléments en question⁴⁷¹. Au Canada, le par. 38.04(5) de la LPC attribue à la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire de donner un avis d'audience et d'entendre des observations, mais l'art. 38.08 prévoit l'examen automatique par la Cour d'appel fédérale des affaires dans lesquelles le juge estime qu'il y a atteinte aux droits d'une partie et que celle-ci n'a pas eu la possibilité de présenter des observations au juge.

En 1994, la Cour d'appel a insisté sur le fait que la Couronne ne devait demander l'immunité d'intérêt public que pour les documents visés par l'obligation de divulgation. Elle a invité les poursuivants à ne pas larguer [traduction] « tous les documents inexploités la cour en lui demandant de les trier, quelle que soit leur pertinence pour les questions en litige actuelles ou futures ». La Cour d'appel a également signalé que [traduction] « si les avocats de l'accusé acceptent de décrire en détail la nature de la défense choisie et les questions qu'ils entendent soulever, la poursuite et le juge pourront alors mieux évaluer l'intérêt que représentent pour la défense les documents en question »⁴⁷². Comme nous l'avons vu plus haut, le juge qui a tenu l'audience prévue par l'art. 38 dans l'affaire *Khawaja* s'est interrogé sur le fait que l'accusé n'avait pas pris la peine d'informer le juge, même sur une base ex parte, des moyens de défense qu'il entendait invoquer.

La Chambre des lords a examiné les méthodes et les mécanismes appropriés en matière d'immunité d'intérêt public dans l'affaire *R. v. H. et C.*⁴⁷³. Elle a reconnu les liens étroits qui unissaient la divulgation et l'immunité d'intérêt public lorsqu'elle a insisté sur le fait qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer l'immunité pour intérêt public à l'égard de documents non visés par l'obligation de divulgation [traduction] « si les documents en question n'ont pas pour effet d'affaiblir la position de la poursuite ou de renforcer celle de l'accusé, il n'est pas nécessaire de les divulguer ». Elle a également insisté sur le risque qu'il y avait à laisser l'accusé [traduction] « faire des allégations vagues et générales et demander ensuite la divulgation de nombreux documents dans l'espoir

471 *R. c. Davis, Johnson et Rowe* [1993] 1 W.L.R. 613.

472 *R. c. Keane* [1994] 1 W.L.R. 746, à la p. 752.

473 [2004] UKHL 3.

que les documents obtenus lui permettront de justifier ces allégations. Il n'est pas nécessaire de divulguer des documents dont l'effet est neutre ou préjudiciable à l'accusé, et il n'est pas non plus nécessaire de les porter à la connaissance du tribunal »⁴⁷⁴. C'est là une conception de la divulgation plus restrictive – et certains diraient même plus disciplinée – que celle qu'a adoptée le Canada, en particulier à l'égard des documents contenus dans les dossiers de l'État qui sont préjudiciables à l'accusé, mais qui ne seront pas utilisés en preuve, une conception qui limite aussi les situations dans lesquelles la Couronne est obligée de présenter des demandes de non-divulgation dans le but de protéger des secrets.

La Chambre des lords a présenté la méthode suivante qui cherche à éviter que les demandes d'immunité d'intérêt public portent sur des documents que la Couronne n'est pas tenue de divulguer, et sur des documents dont la divulgation ne causerait pas un préjudice grave à un intérêt public important :

[traduction]

- (1) Quel est le document que la poursuite ne souhaite pas divulguer? C'est un aspect que le tribunal doit examiner en détail.
- (2) Le document est-il susceptible d'affaiblir la position de la poursuite et de renforcer celle de l'accusé? Si la réponse est non, il n'y a pas lieu d'ordonner sa divulgation. Si la réponse est oui, sa divulgation intégrale doit être ordonnée (sous réserve des points (3), (4) et (5) ci-dessous).
- (3) Existe-t-il un risque réel de porter un préjudice grave à un intérêt public important (et si tel est le cas, lequel) si le tribunal ordonne la divulgation intégrale du document en question? Si la réponse est non, il y a lieu d'ordonner la divulgation intégrale du document.
- (4) Si la réponse aux points (2) et (3) est oui, est-il possible de protéger les droits de l'accusé sans procéder à la divulgation ou en rendant une ordonnance de divulgation qui protège adéquatement l'intérêt public en cause et protège également suffisamment les droits de l'accusé? ...

474 *Ibid.*, par.35.

- (5) Les mesures proposées en réponse à la question (4) constituent-elles la dérogation minimale nécessaire pour protéger l'intérêt public en question? Si ce n'est pas le cas, le tribunal devrait élargir la portée de son ordonnance de divulgation pour que celle-ci représente une dérogation minimale à la règle d'or de la divulgation intégrale.
- (6) Le fait que le tribunal ait ordonné une divulgation limitée aux termes des points (4) ou (5) a-t-il pour effet de rendre le procès, considéré dans son ensemble, inéquitable pour l'accusé? Si c'est le cas, le tribunal doit alors élargir la portée de l'ordonnance de divulgation, même si cela amène ou peut amener la poursuite à arrêter les poursuites pour éviter d'être obligée de divulguer les documents en question.
- (7) Si la réponse au point (6) est au départ non, cette réponse reste-t-elle appropriée au fur et à mesure que le procès se déroule, que les preuves sont présentées, et que les moyens de défense sont invoqués⁴⁷⁵?

Dans le cas des documents dont la divulgation aurait affaibli la poursuite ou renforcé la défense, ou risquait de causer un préjudice grave à un intérêt public important, la Chambre des lords a insisté sur l'existence de moyens qui permettent de concilier la nécessité du secret et celle de la divulgation, comme l'épuration ou le résumé des preuves tel qu'approuvé par le tribunal, ou l'admission de certains faits par la poursuite. Cette approche souple est conforme aux orientations retenues tant par la CIPA américaine que par l'art. 38.14 de la LPC.

La méthode adoptée par le Royaume-Uni en matière d'immunité d'intérêt public comporte des aspects assez uniques qui méritent d'être examinés⁴⁷⁶. Le premier est que la Chambre des lords a reconnu que [traduction] « dans les affaires qui s'y prêtent, il est parfois nécessaire de nommer un avocat spécial pour veiller à ce que soient contrôlées les affirmations de la poursuite et protégés les intérêts de l'accusé [...] Dans

⁴⁷⁵ *Ibid.*, par.36.

⁴⁷⁶ Le rapport du comité Auld, déposé en 2001, recommandait l'introduction d'un dispositif prévoyant la désignation par le tribunal d'un avocat spécial indépendant chargé, tant en première instance qu'en appel, de représenter les intérêts de l'accusé dans les cas où le tribunal examine aujourd'hui en l'absence de la défense les requêtes de l'accusation tendant à l'obtention de l'autorisation de ne pas divulguer certains éléments sensibles ». *The review of the Criminal Courts in England and Wales* (Le fonctionnement des juridictions pénales en Angleterre et au pays de Galles) (2001), au par. 197.

les cas soulevant des difficultés exceptionnelles, le tribunal peut exiger que soit nommé un avocat spécial pour être sûr d'obtenir une réponse exacte aux questions (2) et (3) ainsi qu'à la question (4). » La Chambre des lords a reconnu que la nomination d'un avocat spécial soulevait certaines difficultés. Parmi celles-ci figuraient l'absence de disposition légale autorisant explicitement cette nomination, le retard causé par la nécessité de donner à l'avocat spécial le temps de se familiariser avec une affaire longue et complexe et [traduction] « des problèmes éthiques, puisqu'un avocat qui ne peut obtenir des instructions de son client, ni lui faire rapport, qui n'est pas responsable envers son client et dont la relation avec le client n'est pas marquée du sceau de la confidentialité, inhérente à la relation traditionnelle entre l'avocat et son client, agit alors dans ce cas d'une façon qui était jusque-là inconnue dans cette profession juridique »⁴⁷⁷. La décision récente de la Cour fédérale dans l'affaire *Khawaja*⁴⁷⁸ ne traite pas des problèmes pratiques ou éthiques que soulève la nomination discrétionnaire d'un avocat spécial dans une instance de l'art. 38.

Le deuxième aspect important de l'approche britannique est l'importance qu'elle accorde à la continuité de l'examen des ordonnances de confidentialité rendues par le juge de première instance. Autrement dit, ce genre d'ordonnance [traduction] « doit être considéré comme apportant une réponse non pas définitive, mais provisoire que le tribunal est constamment appelé à réviser »⁴⁷⁹. Cet aspect est souligné par le fait que la Chambre des lords a reconnu qu'un avocat spécial devrait probablement, une fois nommé, [traduction] « aider le tribunal à s'acquitter de son obligation permanente de passer en revue les documents à divulguer »⁴⁸⁰. Par contre, la procédure canadienne exige que le juge de la Cour fédérale prenne aux termes de l'art. 38 une décision définitive mais susceptible d'appel, et qui, en fin de compte, lie le juge de première instance.

Il convient également de considérer la procédure ci-dessus à la lumière de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*⁴⁸¹, dans laquelle la Cour a déclaré que le droit à un procès équitable avait été violé par les demandes d'immunité d'intérêt public. La Grande Chambre a souscrit aux déclarations qu'avait faites la Quatrième Chambre au sujet des règles en matière de divulgation :

477 *R. c. H. et C.* [2004] UKHL 3, au par. 22.

478 2007 CF 463.

479 *R. c. H. et C.*, *supra*, au par. 36.

480 *Ibid.*, par. 22.

481 Jugement du 27 octobre 2004.

[traduction] Un procès criminel, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. En matière pénale, le droit à un procès contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie (Ibid., § 51). De surcroît, l'article 6 exige, comme du reste le droit anglais, que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge (Ibid.).

Cela dit, le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Dans une procédure criminelle donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents – tels que la sécurité nationale ou la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions – qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé. Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, les difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (Ibid., § 52) [...] ⁴⁸².

Ces observations semblent indiquer que la Cour serait disposée à accepter qu'on limite, pour des raisons de sécurité nationale, le droit d'obtenir la divulgation pourvu que ces limites soient « suffisamment compensées » par d'autres mesures procédurales visant à garantir un procès équitable. Certains commentateurs affirment que le fait que la Grande Chambre ait insisté dans *Edwards et Lewis* sur l'importance du contradictoire laisse

482 Ibid., par.46.

entendre qu'il conviendrait d'avoir recours à des avocats spéciaux pour les demandes d'immunité d'intérêt public⁴⁸³.

En se fondant sur les faits des affaires *Edwards et Lewis* qui concernaient des demandes d'immunité d'intérêt public visant à protéger les techniques d'enquête utilisées par la police dans les cas où l'accusé invoque le moyen de défense de la provocation, la Grande Chambre a jugé que le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 avait été violé et a souscrit à la conclusion suivante :

[traduction] En l'espèce, toutefois, il apparaît que les éléments de preuve non divulgués se rapportaient ou pouvaient se rapporter à une question de fait tranchée par le juge du procès. Chacun des requérants a affirmé avoir commis l'infraction qui lui était reprochée à la suite d'un guet-apens organisé par un ou plusieurs agents de police infiltrés ou informateurs, et demandé au juge d'examiner la question de savoir si les preuves produites par l'accusation ne devaient pas être exclues pour ce motif. Pour déterminer si l'accusé avait effectivement été victime d'une provocation illicite de la part de la police, le juge devait nécessairement examiner un certain nombre d'éléments, en particulier la raison pour laquelle l'opération de police avait été montée, la nature et l'étendue de la participation de la police à l'infraction, et la nature de l'incitation ou des pressions mises en œuvre par la police [...] Si la défense avait été en mesure de persuader le juge que la police avait agi de manière abusive, les poursuites auraient en réalité été abandonnées. Les requêtes en question revêtaient donc une importance décisive pour les procès des requérants, et les preuves réputées couvertes par une immunité d'intérêt public se rapportaient peut-être à des faits liés à ces requêtes.

Or, malgré cela, les requérants se sont vu refuser l'accès aux preuves litigieuses. Il n'a donc pas été possible aux représentants de la défense de développer pleinement devant le juge leur thèse du guet-apens. De

⁴⁸³ Mike Redmayne, « Criminal Justice Act 2003: Disclosure and its Discontents » [2004] Crim L.Rev. 441, aux p. 456 et 457 (en référence à la décision de la chambre de première instance dans l'affaire *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*).

surcroît, dans chacune des deux affaires, le juge qui rejeta ultérieurement cette thèse du guet-apens développée par la défense avait déjà vu des éléments de preuve produits par l'accusation qui étaient peut-être pertinents pour la question soulevée. [...]

Dans ces conditions, la Cour estime que la procédure suivie dans les deux affaires pour trancher les questions de divulgation des preuves et de guet-apens n'a pas satisfait aux exigences nécessaires pour garantir le caractère contradictoire de la procédure et l'égalité des armes et qu'elle n'offrait pas les garanties permettant de protéger adéquatement les intérêts des accusés. Il en résulte qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en l'espèce⁴⁸⁴.

Dans cette décision, la Cour affirme que le caractère équitable de la non-divulgation dépend du rapport qui existe entre les renseignements non divulgués et les questions soulevées au procès. La Grande Chambre craignait alors que les renseignements non divulgués aient un rapport avec le moyen de défense de provocation invoqué par l'accusé.

Dans une autre affaire d'immunité d'intérêt public, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y avait eu violation du droit à un procès équitable parce que la poursuite avait procédé tardivement à la divulgation de documents et que ceux-ci avaient, par conséquent, été uniquement examinés par la Cour d'appel au cours d'une instance ex parte et non pas par le juge de première instance. La Cour a déclaré ce qui suit :

[traduction] Toutefois, la Cour considère que cette procédure devant la Cour d'appel n'a pu remédier au manque d'équité du procès résultant de l'absence de tout contrôle par le juge de première instance des preuves non communiquées à la défense. À la différence dudit magistrat, qui vit les témoins déposer et connaissait parfaitement l'ensemble des preuves produites et des questions soulevées, les juges de la Cour d'appel étaient tributaires, pour apprécier la possible pertinence des éléments non divulgués, des comptes rendus du procès devant la Crown Court et des explications fournies par le représentant de l'accusation. De surcroît, le juge de première instance aurait été en mesure de contrôler la nécessité d'une divulgation

484 Jugement du 27 octobre 2004, au par. 46.

tout au long du procès, évaluant ainsi l'importance des preuves dissimulées à un stade où de nouvelles questions surgissaient, où il eût été possible, en contre-interrogeant les témoins clés, d'entamer sérieusement la crédibilité de ceux-ci, et où il était toujours loisible à la défense de structurer son argumentation de diverses manières et de faire porter l'accent sur tel aspect plutôt que sur tel autre⁴⁸⁵.

Cette affaire intéresse l'expérience canadienne parce qu'elle laisse entendre que la Cour européenne des droits de l'homme s'est interrogé sur le caractère équitable des mécanismes qui ne permettent pas au juge de première instance de revenir sur les questions liées à la non-divulgateion, en tenant compte des arguments de la défense et du contre-interrogatoire des témoins.

L'expérience britannique est riche d'enseignements pour le Canada, et ce, pour plusieurs raisons. Elle montre qu'il n'est pas possible de séparer les questions que soulève l'immunité d'intérêt public de la portée de l'obligation de divulgation et propose une voie différente de l'approche canadienne qui consiste à demander aux tribunaux, par le truchement des contestations constitutionnelles, de préciser la portée de l'obligation de divulgation. Elle offre également certains éléments d'appréciation au sujet de la participation d'avocats spéciaux aux audiences relatives à l'immunité d'intérêt public. Elle signale, à juste titre, le risque que cette participation retarde le déroulement des procès et l'impossibilité, pour l'avocat spécial, de demander à l'accusé qu'il lui fournisse des directives utiles, une fois que l'avocat spécial a pris connaissance de renseignements secrets et non divulgués.

Enfin, et c'est peut-être l'aspect le plus important, la Chambre des lords aussi bien que la Cour européenne des droits de l'homme accordent une importance considérable à la possibilité pour le juge de première instance de réviser les décisions initiales selon lesquelles la divulgation de renseignements sensibles n'est pas obligatoire, en fonction du déroulement du procès, notamment des arguments de la défense et du contre-interrogatoire des témoins par la défense. Les tribunaux ont abordé la question de la possibilité pour le juge de première instance

485 *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* (2000) 30 E.H.R.R. 1, au par. 65.

de réviser les décisions relatives à l'immunité d'intérêt public du seul point de vue de l'équité du procès pour l'accusé, mais cette question comporte également un aspect d'efficacité parce qu'elle autorise le juge de première instance à intégrer les questions d'immunité d'intérêt public aux questions générales que pose la gestion des instances. Le juge de première instance peut examiner les documents non divulgués et ordonner leur non-divulgateion mais il peut aussi réviser cette ordonnance, de sa propre initiative, à mesure que se déroule le procès de façon à en garantir le caractère équitable. Cette approche n'est pas possible avec la structure à deux tribunaux que prévoit l'art. 38 de la LPC.

L'Australie

L'Australie possède une vaste expérience, quoique encore récente, des demandes de confidentialité pour des raisons de sécurité nationale. La Haute Cour a tranché deux affaires qui intéressent particulièrement les rapports entre le renseignement de sécurité et les preuves, la Commission de réforme du droit a préparé un rapport approfondi sur le sujet et le Parlement a adopté, en 1984, une nouvelle loi qui régit la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale et cette nouvelle loi a déjà été mise en œuvre à l'occasion de poursuites pour terrorisme, poursuites qui sont achevées.

Les affaires d'immunité d'intérêt public

En 1984, une demande d'immunité d'intérêt public et de non-divulgateion a été déposée concernant certains dossiers de l'Australian Security Intelligence Organization (ASIO) (Agence australienne du renseignement de sécurité) qui mentionnaient l'existence d'un informateur et dans laquelle un certain nombre d'accusés trouvés en possession d'explosifs avaient été inculpés de complot en vue de commettre un meurtre et une tentative de meurtre. Il était également possible que cette affaire soit reliée à l'attentat à la bombe de 1978 qui avait visé une délégation indienne qui logeait à l'hôtel Hilton de Sydney. Le juge de première instance a fait droit à la demande d'immunité d'intérêt public présentée par le procureur général pour le motif que son affidavit [traduction] « contenait des allégations que le tribunal ne pouvait qu'accepter ». Dans une décision rendue par trois juges contre deux, la Haute Cour a infirmé cette décision. Le juge en chef Gibbs, parlant au nom de la majorité, a établi une distinction entre l'approche déférentielle que les juges avaient adoptée à l'époque à l'égard des demandes d'immunité d'intérêt public

dans les affaires civiles avec celle qu'il convenait d'adopter pour les affaires pénales. Il a déclaré que les juges de première instance doivent accorder :

[traduction]une importance particulière au fait que les documents sont susceptibles d'étayer la défense présentée par un accusé dans une poursuite pénale. Le tribunal ne peut jamais autoriser les demandes faites au hasard, mais il suffit parfois qu'il semble logique que les documents en question puissent être utiles à la défense. Par exemple, si l'on savait qu'un témoin important pour la Couronne avait remis un rapport sur l'affaire en question à l'ASIO, il ne serait pas justifié d'en refuser la divulgation pour la simple raison qu'il n'existe aucune raison de croire que le rapport en question pourrait aider l'accusé. Refuser la divulgation pour cette seule raison donnerait à l'accusé le sentiment légitime d'être lésé, étant donné qu'il ne pourrait comparer le témoignage du témoin avec le rapport et qu'un tel refus risquerait de faire dire à certains que justice ne semble pas avoir été rendue⁴⁸⁶.

Le juge Murphy, exprimant des opinions comparables au sujet de l'importance de divulguer intégralement tous les documents pertinents dans les affaires pénales, a déclaré ce qui suit :

[traduction][L]e juge de première instance aurait dû examiner les documents visés par le subpoena pour vérifier s'ils contenaient des éléments susceptibles d'établir que les accusations portées contre les accusés étaient fabriquées (ou susceptibles de les aider à établir leur défense, soit directement, par exemple, en fournissant des éléments utiles pour les contre-interrogatoires, soit indirectement, en révélant l'existence d'autres documents pouvant leur être utiles). Il est dans l'intérêt public que certains renseignements officiels demeurent secrets; mais il est également dans l'intérêt public que la justice pénale soit administrée de façon appropriée. Il ne faudrait pas que le processus pénal soit déformé et empêche l'accusé de se défendre de façon appropriée. Si l'intérêt public exige qu'un

486 *Alister c. La Reine* (1984) 154 C.L. R. 404, à la p. 415.

document susceptible d'aider l'accusé ne soit pas divulgué, alors il convient peut-être que le poursuivant abandonne les poursuites ou que le tribunal les suspende⁴⁸⁷.

Le juge Brennan a rédigé un troisième jugement concordant dans lequel il faisait ressortir le danger de communiquer à l'accusé un trop grand nombre de renseignements de sécurité. À son avis, les documents de l'ASIO ne devraient être admis en preuve que dans des circonstances relativement rares concernant l'innocence de l'accusé⁴⁸⁸.

Les juges Wilson et Dawson étaient dissidents parce qu'ils [traduction] « ne pensaient pas que le juge de première instance ou la Cour était en mesure de faire autrement que d'accepter le fait que la divulgation de l'information compromettrait la sécurité nationale ». Ces juges auraient demandé aux accusés de démontrer que les renseignements de sécurité de l'ASIO [traduction] « auraient pu démontrer qu'ils étaient innocents des accusations portées contre eux » avant de tenter de concilier les intérêts favorables et défavorables à la divulgation des documents »⁴⁸⁹.

À la lumière de ces jugements, le procureur général a transmis les dossiers de l'ASIO à la Haute Cour. Le juge en chef Gibbs a déclaré, au nom de quatre juges, que ces documents n'auraient pas dû être divulgués et n'auraient pas influencé l'issue du procès. La Haute Cour a pris cette décision sans entendre les accusés en notant que [traduction] « c'est une conséquence inévitable lorsque la demande de confidentialité pour motif de sécurité nationale est justifiée »⁴⁹⁰. Le juge en chef Gibbs conclut ainsi :

[traduction]Nous avons formé une opinion très claire à ce sujet, à savoir qu'aucun des documents visés ne concerne les questions en litige au procès ou aurait pu être utilisé pour contre-interroger les témoins de la Couronne. Nous affirmons cela en sachant fort bien que les parties peuvent fort bien soutenir qu'elles sont mieux à même que les membres du tribunal de déceler la pertinence potentielle des documents en question dans un procès de ce genre; nous demeurons toutefois convaincus que les documents en question ne seraient d'aucun secours pour les

487 *Ibid.*, p. 431.

488 *Ibid.*, p. 455.

489 *Ibid.*, p. 439.

490 *Ibid.*, p. 469.

appelants [...] Nous sommes également convaincus que la non-divulgation de ces documents n'a pas fait perdre aux appelants la possibilité d'obtenir un acquittement⁴⁹¹.

Le jugement majoritaire souligne l'importance de confier aux tribunaux le soin d'examiner les dossiers de sécurité dans les affaires pénales et reconnaît que, bien souvent, les renseignements de sécurité ne sont d'aucune utilité pour la défense.

Le juge Murphy a fondé sa dissidence sur le fait qu'après avoir examiné les documents de l'ASIO, il entretenait un doute sur leur pertinence pour ce qui est de l'issue de l'affaire. À son avis, la Haute Cour aurait dû entendre les arguments des accusés au sujet de la pertinence des renseignements de sécurité non divulgués. Il a déclaré qu'il n'aurait eu [traduction] « aucune objection à ce que les documents soient communiqués aux avocats des parties, après que ces derniers aient pris des engagements appropriés »⁴⁹². Le juge Murphy conclut en des termes très forts :

[traduction]Si la défense, ou les parties, peuvent amener le tribunal à conclure que les documents étaient utiles pour la défense, c'est commettre une grave injustice que de les empêcher de le faire. Par contre, si les documents ne sont pas utiles à la défense, il serait alors plus satisfaisant et plus équitable qu'une telle conclusion ne soit tirée qu'après avoir entendu les parties sur ce point. À mon avis, c'est commettre une injustice à la fois envers la Couronne et envers les accusés, et laisser planer un autre doute sur cette affaire, à savoir que le tribunal peut avoir pris cette décision sans entendre les observations qu'étaient prêtes à lui présenter tant la poursuite que la défense. Je trouve cette affaire étrange et troublante. Je réaffirme l'opinion que j'ai exprimée dans la première décision relative à l'autorisation spéciale d'appel, à savoir qu'une erreur judiciaire grave avait été commise et que la Cour aurait dû faire droit à l'appel et annuler les condamnations⁴⁹³.

Il ressort de ce jugement dissident que les décisions en matière de divulgation seraient améliorées si l'accusé pouvait y participer en prenant

491 *Ibid.*, p. 469.

492 *Ibid.*, p. 470.

493 *Ibid.*, p. 470.

des « engagements appropriés ». Les accusés ont finalement été déclarés coupables, mais ils ont toutefois été réhabilités par la suite pour le motif que le fondement des déclarations de culpabilité était peu sûr.

L'Australie a été amenée, dans une deuxième affaire, à réexaminer la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve; il s'agissait d'une poursuite intentée en 2001 contre un employé du gouvernement dénommé Lappas, qui était inculqué pour divulgation de renseignements classifiés à une puissance étrangère. Le gouvernement avait invoqué l'immunité d'intérêt public à l'égard de deux documents pendant le procès pénal. Le juge de première instance a fait observer qu'il était regrettable que cette demande soit présentée [traduction] « à une étape aussi tardive », car la poursuite aurait pu inculper l'accusé d'une autre infraction qui n'exigeait pas que soit établi le risque que les renseignements classifiés aient pu être utilisés par une puissance étrangère, un élément de l'infraction qui [traduction] « exige que soit déterminée la teneur du document »⁴⁹⁴. Le gouvernement avait proposé de présenter un résumé épuré du document qui aurait été complété par un témoignage général au sujet du contenu du document. Le juge de première instance s'est opposé à cette façon de procéder pour le motif [traduction] « qu'elle ne permettait pas de mener un contre-interrogatoire dans le but de savoir si l'interprétation [fournie oralement] reflétait avec exactitude la teneur du document parce que cela en révélerait la teneur. En outre, la personne qui souhaiterait contester l'interprétation ne pourrait pas témoigner elle-même au sujet de ce contenu, parce qu'elle révélerait ainsi ce contenu. Tout ce processus paraît tout à fait inéquitable [...] J'estime que faire droit à cette demande d'immunité, avec les exceptions proposées, ne permettrait pas que justice soit faite, tant pour la poursuite que pour la défense. Plus précisément, je ne pense pas que l'accusé puisse subir un procès équitable si on ne lui communique pas des extraits beaucoup plus larges des documents en question de façon à lui permettre, s'il le souhaite, de témoigner à ce sujet⁴⁹⁵. » En fin de compte, le juge de première instance a suspendu les chefs d'accusation concernant ces documents, même si l'accusé a été déclaré coupable sur d'autres chefs qui ne concernaient pas les documents en question. Cette affaire confirme que les réticences à communiquer des renseignements classifiés risquent de compromettre les poursuites, mais aussi que la nature exacte de l'inculpation peut définir la partie des documents secrets qui se rapporte à l'accusation et qui doit être, par conséquent, divulguée à l'accusé. Cette affaire pose également

494 *R. c. Lappas et Dowling* [2001] ACTSC 115, par. 20.

495 *R. c. Lappas et Dowling* [2001] ACTSC 115, par. 14.

la question de savoir si le droit australien comporte des dispositions adéquates pour ce qui est de préciser le moment auquel il faut aviser l'autre partie qu'une question de confidentialité pour motif de sécurité nationale sera soulevée, et de résoudre ce genre de question et pour ce qui est de mettre en place un régime souple qui offre des solutions de rechange efficaces et équitables aux mesures extrêmes que constituent la divulgation et la non-divulgation des documents en question.

Le rapport de l'Australian Law Reform Commission

En 2004, l'Australian Law Reform Commission (la Commission australienne de réforme du droit) a produit un rapport final détaillé qui portait sur le secret dans divers types d'instances. Elle recommandait que toutes les parties soient tenues d'informer le tribunal et les autres parties le plus rapidement possible du fait qu'elles entendaient utiliser des renseignements sensibles ou classifiés. Le procureur général d'Australie en serait avisé et pourrait intervenir dans les affaires pénales dont la poursuite est conduite par d'autres représentants de l'État. Le tribunal disposerait de pouvoirs étendus qui lui permettraient de tenir des audiences préalables au procès et de donner des directives au sujet de la pertinence et de l'admissibilité de renseignements sensibles ou classifiés. La Commission recommandait plus précisément ce qui suit :

[traduction] Dans les affaires criminelles, le tribunal peut ordonner que la poursuite soit exonérée, en tout ou en partie, de l'obligation qui lui incomberait autrement de divulguer à un accusé des renseignements classifiés touchant la sécurité nationale ou d'autres renseignements touchant la sécurité nationale, ou que cette obligation soit modifiée, sous réserve des garanties suivantes :

- (a) l'information en question n'est pas centrale à l'affaire dont est saisi le tribunal;
- (b) l'information ne doit pas être de nature disculpatoire, ni susceptible d'aider l'accusé;
- (c) il est interdit à la poursuite de se fonder sur ces renseignements au procès et de les présenter en preuve;
- (d) l'accusé doit être informé de la présentation d'une telle demande et des motifs sur lesquels repose l'ordonnance du tribunal [...].

Cette recommandation était assortie d'une autre recommandation qui proposait d'autoriser le tribunal, en cas de demande présentée par une partie ou de sa propre initiative, [traduction] « à ordonner la divulgation d'un document dont il avait ordonné auparavant la non-divulgation ou sa production sous une autre forme, compte tenu de l'apparition de faits nouveaux en cours d'instance ou autrement, ayant pour effet de modifier les exigences de la justice dans cette affaire ou d'atténuer le caractère sensible du document en question »⁴⁹⁶. Ce dernier pouvoir ressemble à celui des tribunaux britanniques qui sont autorisés à réviser leurs décisions en matière d'immunité d'intérêt public. Il tient compte du fait que les exigences en matière de secret et d'équité peuvent évoluer au cours d'un procès.

Le rapport aborde également la question de savoir si les avocats devraient être tenus d'obtenir une habilitation sécuritaire pour pouvoir avoir accès à des documents sensibles ou classifiés. Les auteurs font remarquer que, dans l'affaire Lappas examinée plus haut, l'avocat de la défense avait refusé de demander une habilitation sécuritaire et le juge de première instance avait décidé qu'il n'avait pas le pouvoir de l'obliger à en demander une. L'avocat de l'accusé avait toutefois été autorisé à prendre connaissance de documents qui étaient visés par un engagement de confidentialité qui en limitait la divulgation aux autres avocats et à l'accusé et qui exigeait que des mesures appropriées soient prises pour les conserver de façon sécuritaire et, éventuellement, pour les détruire⁴⁹⁷. La Commission a fait le commentaire suivant :

[traduction] Une habilitation de sécurité ne peut à elle seule garantir que les renseignements communiqués ne seront pas divulgués de façon inappropriée. En fait, c'est le plus sérieusement du monde que l'on peut dire que, lorsque des renseignements touchant la sécurité nationale ont été divulgués illégalement, c'était habituellement par une personne qui avait obtenu une très haute cote de sécurité – puisque, par définition, seules ces personnes ont accès à ce type de renseignements. Par contre, le fait d'exiger une habilitation sécuritaire est un élément essentiel d'une bonne gestion du risque, puisqu'elle permet d'éviter que

⁴⁹⁶ Recommandation 11-29.

⁴⁹⁷ Rapport à 6.26. La Commission du droit note toutefois que [traduction] « ces engagements n'ont toutefois pas été acceptés par la puissance étrangère qui était la source de deux documents très sensibles, puisqu'elle a persisté à refuser d'autoriser leur production dans cette instance ». Annexe 3, par. 30.

des personnes qui représentent un risque en matière de sécurité aient accès à ces renseignements, et de fournir une formation et un rappel sur la bonne façon de manipuler les renseignements sensibles⁴⁹⁸.

La Commission recommandait que, sur requête d'une des parties ou de sa propre initiative, le tribunal puisse demander que certains documents précis ne soient divulgués qu'à des avocats possédant une habilitation de sécurité. Elle soulignait que cela rassurerait les alliés, donnerait aux avocats la possibilité d'avoir accès à cette information et ne limiterait pas indûment le choix d'un avocat. Pour la Commission, [traduction] « cette question ne touchait pas principalement le droit des avocats mais plutôt celui des clients qui souhaitent s'assurer que leurs avocats ont accès à tous les renseignements qui se rapportent à leur affaire »⁴⁹⁹. Elle recommandait également que le tribunal conserve le pouvoir d'exiger des engagements précis en matière de confidentialité. Elle concluait que les habilitations de sécurité et les engagements de confidentialité jouaient des rôles distincts mais complémentaires, les habilitations concernant des questions de moralité et de fiabilité, les engagements imposant des obligations précises dans des circonstances précises⁵⁰⁰. La Commission recommande d'encourager l'accusé et le procureur général à conclure des ententes au sujet de la divulgation de renseignements sensibles, et de prévoir la possibilité d'imposer des peines moins sévères lorsque l'accusé a accepté de collaborer dans ces domaines⁵⁰¹.

Le rapport de la Commission traitait également de la question de l'admissibilité en preuve des renseignements classifiés et proposait que les tribunaux puissent avoir recours à divers mécanismes souples et innovateurs afin de concilier les besoins de la sécurité nationale et la nécessité de divulguer et d'admettre les preuves pertinentes. Les mécanismes que les juges de première instance devraient pouvoir utiliser comprendraient ce qui suit :

- (i) la rédaction, la révision et l'épuration d'une partie d'un document contenant ou mentionnant des renseignements classifiés ou sensibles touchant la sécurité nationale;
- (ii) le remplacement des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale par des résumés,

498 *Ibid.*, p. 6.95.

499 *Ibid.*, p. 6.98.

500 *Ibid.*, p. 6.97.

501 *Ibid.*, recommandation 11-16.

des extraits ou la transcription des témoignages que la partie souhaite utiliser ou par des exposés des faits, qu'ils soient admis ou non par les parties;

- (iii) le remplacement des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale par des preuves de nature comparable obtenues par des moyens ou des sources non classifiés;
- (iv) [...] la dissimulation de l'identité des témoins ou des personnes mentionnés dans les renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale, ou dont on pourrait deviner l'identité grâce à ces renseignements, ou l'utilisation de ces renseignements dans une instance judiciaire (y compris les témoignages) et la dissimulation de l'identité de toute personne (y compris les jurés) qui a accès à des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale;
- (v) le recours à des questions et réponses écrites au cours d'un interrogatoire;
- (vi) l'utilisation d'un système de télévision en circuit fermé, d'écrans d'ordinateur, d'écouteurs et autres moyens techniques en cours d'instance dans le but d'éviter que le public ou des personnes particulières aient accès au contenu de renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale;
- (vii) l'imposition de restrictions aux personnes à qui peut être communiqués des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale ou à qui l'accès à ces renseignements peut être accordé (ce qui peut se traduire, dans certains cas, par un accès limité à certains documents aux personnes qui détiennent des cotes de sécurité d'un certain niveau);

(viii) l'imposition de limites à la façon dont la personne qui a accès à des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale peut les utiliser;

(ix) l'imposition de limites à la mesure dans laquelle la personne qui a accès à des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale (y compris un juré) peut reproduire ou communiquer ces renseignements⁵⁰².

Pour ce qui est du recours à des témoins anonymes, la cour a signalé que l'accusé et ses avocats devaient généralement pouvoir observer les témoins et que la cour devrait hésiter à déclarer l'accusé coupable [traduction] « en se basant uniquement ou principalement sur un témoignage anonyme »⁵⁰³.

La Commission était disposée à proposer toute une série de mécanismes novateurs visant à concilier la nécessité du secret et l'obligation de divulgation, deux objectifs divergents, mais elle a carrément exclu, dans les affaires criminelles, le recours à des « preuves secrètes » qui ne sont pas divulguées à l'accusé. Elle a tenu le raisonnement suivant :

[traduction] Sur le plan des principes, la présentation de preuves secrètes contre un accusé, dans le but de protéger des renseignements de sécurité classifiés ou sensibles, ne devrait pas être autorisée dans une poursuite pénale. Accepter de procéder ainsi serait une violation des garanties prévues à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui accorde à l'accusé le droit d'être présent au procès et d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge. Lorsque ce genre de preuves constitue un élément central de l'accusation, accepter de procéder ainsi constituerait une violation du droit fondamental à un procès équitable et un abus de procédure⁵⁰⁴.

502 *Ibid.*, recommandation 11-10.

503 *Ibid.*, recommandation 11-11.

504 *Ibid.*, p. 11.203.

La Commission recommandait également que dans toutes les affaires où le juge [traduction] « avait exclu des preuves qui soulevaient manifestement, à son avis, un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, le tribunal prononce un verdict d'acquittement ou ordonne qu'aucune autre poursuite ne soit intentée pour les crimes reprochés »⁵⁰⁵. Parallèlement, la Commission recommandait le recours à des procédures ex parte pour demander au tribunal de déclarer que les documents visés n'ont pas à être divulgués à l'accusé et que l'immunité d'intérêt public s'applique aux documents⁵⁰⁶.

La Commission proposait également que le procureur général conserve le droit de délivrer un certificat interdisant au tribunal d'ordonner la divulgation d'un document, mais que le tribunal conserve le droit de suspendre une partie de l'instance en raison de ce certificat⁵⁰⁷. D'une certaine façon, ces recommandations reprennent les mécanismes de contrôle qui encadrent au Canada l'utilisation des certificats du procureur général prévus à l'art. 38.13 de la LPC et le pouvoir des juges de première instance d'ordonner l'arrêt des procédures aux termes de l'art. 38.14, lorsqu'une ordonnance ou un certificat de confidentialité est délivré.

Enfin, la Commission a reconnu que les tribunaux devraient prendre des précautions pour préserver le caractère secret des documents sensibles et classifiés. Elle recommandait que le ministère du Procureur général forme des agents qui relèveraient du tribunal auquel ils sont affectés et qui expliqueraient au personnel des tribunaux fédéraux et étatiques [traduction] « les aspects techniques de la conservation et de la manipulation de renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale »⁵⁰⁸.

La National Security Information Act (la Loi sur l'information liée à la sécurité nationale)

Avant même que l'Australian Law Reform Commission ait déposé son rapport final, la National Security Information Act⁵⁰⁹, un texte très complet, a été présentée au Parlement du Commonwealth. Ce projet

505 *Ibid.*, recommandation 11-26.

506 *Ibid.*, p. 11.205.

507 *Ibid.*, recommandation 11-33.

508 *Ibid.*, recommandation 11-38.

509 Art. 24 de la *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth). Pour une analyse critique de la loi, voir Patrick Emerton, « Paving the Way for Conviction without Evidence » (2005) 4 *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 1.

de loi reprenait de nombreux éléments proposés par la Commission de réforme du droit, mais s'en éloignait sur d'autres points. Cette loi a déjà été modifiée pour qu'elle s'applique aux instances civiles. Mon analyse va porter sur les aspects de la version actuelle de la loi qui traitent de la divulgation et de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve dans les procès pénaux.

C'est en partie parce que c'est au juge du procès qu'il incombe de prendre la décision finale en matière de confidentialité liée à la sécurité nationale que la loi australienne accorde une importance accrue à la gestion des instances que ne le fait l'art. 38 de la LPC. Aux termes de l'art. 21 de la Loi, le poursuivant et la défense peuvent, dans les instances criminelles fédérales, demander au tribunal de conseil avant le procès concernant la divulgation de renseignements liés à la sécurité nationale. Le tribunal peut, aux termes de l'art. 22, rendre des ordonnances pour donner effet aux ententes intervenues entre l'accusé et le poursuivant. Ces dispositions tiennent compte de la complexité de la plupart des procès qui mettent en jeu des renseignements de sécurité et tentent de favoriser une gestion efficace des affaires préalablement au procès.

Comme c'est le cas aux termes de l'art. 38 de la LPC, le poursuivant et l'accusé sont tenus d'aviser le procureur général de l'Australie dès qu'ils savent qu'ils vont divulguer des renseignements liés à la sécurité nationale ou vont convoquer un témoin qui le fera. Le juge est alors tenu de suspendre l'instance en attendant que le procureur général examine l'opportunité de délivrer un certificat interdisant la divulgation ou en fixant les modalités. Lorsque l'opposition à la divulgation est exprimée au cours de l'interrogatoire du témoin, le juge de première instance est également tenu de suspendre l'audience après avoir obtenu à huis clos la réponse écrite du témoin à la question posée⁵¹⁰. L'ajournement de l'instance est nécessaire pour protéger la sécurité nationale, mais elle a également pour effet de ralentir le déroulement du procès.

Lorsqu'il a reçu l'avis, le procureur général a la possibilité d'autoriser la divulgation des renseignements en en supprimant une partie et en joignant un résumé ou un exposé des faits que les renseignements en question seraient susceptibles d'établir⁵¹¹. Il peut également délivrer un certificat interdisant la convocation d'un témoin particulier pour des motifs de sécurité nationale⁵¹². De cette façon, il a la priorité pour

510 *Ibid.*, par. 24(4), 25(7).

511 *Ibid.*, art. 26.

512 *Ibid.*, art. 28.

décider s'il convient de préférer le secret à la divulgation et sa décision est considérée comme étant exécutoire et liant les parties tant qu'elle n'a pas été révisée par un tribunal⁵¹³. Aux termes de cette loi, le fait de divulguer des documents de façon non conforme au certificat du procureur général constitue une infraction punissable par une peine de deux ans d'emprisonnement⁵¹⁴.

Le certificat du procureur général est examiné par le juge de première instance au cours d'une audience à huis clos, dont le tribunal peut exclure l'accusé et les avocats représentant l'accusé qui n'ont pas obtenu l'habilitation sécuritaire appropriée⁵¹⁵. L'article 39 de la loi autorise le procureur général à signifier un avis à l'avocat de la défense lui indiquant qu'il doit obtenir l'habilitation sécuritaire appropriée pour avoir accès aux renseignements liés à la sécurité nationale. Le juge est tenu d'ajourner l'instance pour lui permettre de le faire, et il peut informer l'accusé des conséquences de se faire représenter par un avocat qui n'a pas obtenu une habilitation sécuritaire. Les propositions de la Commission attribuaient au tribunal le pouvoir de demander des habilitations sécuritaires et cette partie de la loi a été critiquée parce qu'elle donnait trop de pouvoir au procureur général dans le processus d'attribution des habilitations sécuritaires⁵¹⁶.

À l'audience à huis clos consacrée à l'examen du certificat de confidentialité du procureur général, le juge a le pouvoir de modifier les modalités de la divulgation fixées par le procureur général. Aux termes du paragraphe 31(7) de la loi, le juge est toutefois invité, pour modifier ces modalités, à tenir compte à la fois du préjudice susceptible d'être causé à la sécurité et au droit de l'accusé à un procès équitable, y compris sur sa capacité de présenter une défense. Le paragraphe 31(8) prévoit que la Cour doit, en cas de doute, privilégier la sécurité nationale. La loi donne une définition extensive de la sécurité nationale, qui comprend

513 *Ibid.*, art. 27.

514 Ces infractions figurent aux art. 40 à 46 de la Loi.

515 *Ibid.*, art. 29. C'est le secrétaire du ministère du Procureur général qui approuve les habilitations sécuritaires et non le juge.

516 Patrick Emerton, « Paving the Way for Conviction without Evidence: A Disturbing Trend in Australia's 'Anti-Terrorism' Laws » (2004) 4 Queensland U. Tech L. and Justice J. 1, aux p. 20 et 21. Emerton soutient que la disposition qui prévoit que l'avocat qui possède une habilitation sécuritaire appropriée ne peut être exclu de l'audience à huis clos au cours de laquelle est examiné le certificat du procureur général [traduction] « ne protège guère le droit de l'accusé à un procès équitable. Premièrement, le secrétaire du ministère du Procureur général n'est nullement tenu d'accorder l'habilitation sécuritaire du niveau exigé. Deuxièmement, les droits de l'accusé dépendent entièrement de la façon dont l'exécutif évalue ce qu'est le 'niveau approprié' d'habilitation sécuritaire. » *Ibid.*, à la p. 28.

non seulement la défense nationale et les relations internationales, mais également les besoins en matière d'exécution de la loi, largement définis pour comprendre diverses formes de recherche de renseignements⁵¹⁷. On a critiqué la disposition de la loi qui obligeait le juge à privilégier la sécurité nationale parce qu'elle constitue un recul important par rapport au critère de l'immunité d'intérêt public exposé en 1984 par la Haute Cour dans l'affaire Alister examinée ci-dessus⁵¹⁸. Un juge de la Haute Cour qui a récemment pris sa retraite a déclaré que la loi [traduction] « ne va pas jusqu'à obliger le tribunal à rendre l'ordonnance souhaitée par le procureur général, mais elle va aussi loin qu'il est possible d'aller dans ce sens »⁵¹⁹.

Les motifs pour lesquels le tribunal a confirmé ou modifié le certificat du procureur général doivent être communiqués au poursuivant et au procureur général. Ces derniers peuvent présenter des observations au tribunal s'ils estiment que les motifs risquent eux-mêmes de divulguer des renseignements liés à la sécurité nationale. Le tribunal doit suspendre l'instance à la demande d'une partie si appel a été interjeté et l'ordonnance du tribunal ne prend effet qu'à l'expiration du délai d'appel⁵²⁰.

La décision que prend le juge de première instance de confirmer ou de modifier le certificat du procureur général n'est pas nécessairement définitive. Le paragraphe 19(2) énonce que [traduction] « l'ordonnance prise aux termes de l'article 31 n'empêche pas le tribunal d'ordonner par la suite que l'instance criminelle fédérale soit suspendue pour un motif relié au même sujet, notamment si l'ordonnance prise aux termes de l'article 31 aurait un effet préjudiciable important sur le droit de l'accusé à subir un procès équitable ». Comme en Grande-Bretagne, la possibilité qu'a le juge de première instance de réviser sa décision au cours du procès peut être considérée comme une garantie pour l'accusé, mais c'est aussi

517 Art. 8 de la *National Security Information Act*. L'article 11 définit les intérêts en matière d'exécution de la loi comme comprenant ce qui suit a) éviter de nuire aux efforts nationaux et internationaux en matière d'exécution de la loi, de renseignement criminel, d'enquêtes criminelles, de renseignement étranger et de sécurité; b) protéger les technologies et les méthodes utilisées pour réunir, analyser, préserver ou autrement utiliser le renseignement criminel, le renseignement étranger ou de sécurité; c) assurer la sécurité des informateurs et des personnes associées aux informateurs; d) veiller à ce que les agences de sécurité et d'exécution de la loi n'hésitent pas à fournir des renseignements au gouvernement et aux agences gouvernementales d'un pays étranger.

518 Patrick Emerton, « Paving the Way for Conviction without Evidence: A Disturbing Trend in Australia's 'Anti-Terrorism' Laws » (2004) 4 *Queensland U. Tech L. and Justice J.* 1, à la p. 30.

519 Michael McHugh, « Terrorism Legislation and the Constitution » (2006) 28 *Australian Bar Review* 117, à la p. 131.

520 Art. 24, 32, 33, 34 et 36 de la *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth).

un moyen pour le juge d'ordonner la non-divulgence de preuves, ou leur divulgation partielle, parce qu'il conserve la possibilité de réviser par la suite cette décision, à mesure que les preuves lui sont présentées.

Résumé

La National Security Information Act a suscité une controverse et comme nous le verrons, elle a fait l'objet d'une contestation constitutionnelle dans la première poursuite pour terrorisme dans laquelle elle a été invoquée. La plupart des critiques faites à cette loi ont porté sur le pouvoir donné au procureur général d'expurger au départ les preuves, sur la primauté accordée par la loi aux questions liées à la sécurité nationale par rapport à celles qui touchent l'équité du procès, et sur le pouvoir du procureur général d'obliger les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires. Sur toutes ces questions, l'Australian Law Reform Commission aurait donné davantage de pouvoirs aux tribunaux et leur aurait confié le soin de décider des moyens à prendre pour concilier secret et divulgation. La loi australienne, comme chez nous l'art. 38, encourage la souplesse pour concilier divulgation et secret en ayant recours à certaines méthodes, comme les résumés. La Commission aurait même proposé des solutions plus variées, comme la capacité pour le témoin de témoigner de façon anonyme, par vidéo ou par télévision en circuit fermé ou en répondant par écrit à des questions écrites, selon des modalités assez semblables à celles qui ont été utilisées dans l'affaire Ribic.

La loi australienne comporte un certain nombre d'aspects qui diffèrent de l'approche canadienne. Elle accorde aux juges de première instance le pouvoir de se prononcer sur les questions relatives à la confidentialité liées à la sécurité nationale. Elle prévoit des conférences préalables au procès pour résoudre les nombreux problèmes découlant de la divulgation de renseignements touchant la sécurité nationale. Elle donne aussi aux avocats de la défense la possibilité d'obtenir des habilitations sécuritaires. Enfin, elle permet au juge de première instance de revoir les questions de divulgation pendant que se déroule le procès. Comme nous le verrons, la loi australienne a déjà été contestée dans le cadre d'une poursuite pour terrorisme, poursuite qui a été menée à terme.

L'affaire Lodhi

La National Security Information Act a été invoquée dans une poursuite pénale fédérale contre Faheem Lodhi, qui était accusé d'avoir commis une série d'infractions reliées à la préparation d'actes de terrorisme. En décembre 2005, le juge de première instance, le juge Whealy, a rejeté l'argument selon lequel la National Security Information Act était inconstitutionnelle du fait qu'elle était incompatible avec l'exercice du pouvoir judiciaire et avec la liberté de parole qui existe implicitement à l'égard des sujets politiques. Le juge Whealy a souligné que la loi ne portait pas fondamentalement atteinte [traduction] « au processus habituel d'établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé par le juge et le jury. Elle ne modifie pas le fardeau de la preuve. Elle ne modifie pas les règles de la preuve. Le pouvoir discrétionnaire d'exclure des preuves au procès n'est pas modifié. Les garanties traditionnelles dont bénéficie l'accusé ne sont pas non plus écartées par la loi en question⁵²¹. » Le juge conserve le pouvoir de décider du caractère public des preuves et des audiences⁵²².

Le juge Whealy note que la loi prévoit l'ajournement obligatoire de l'instance pour permettre la transmission au procureur général d'un avis concernant l'admissibilité de renseignements sensibles et à celui-ci de délivrer un certificat à ce sujet et que ces procédures peuvent évidemment occasionner des retards⁵²³. Il a néanmoins jugé que la loi ne portait pas atteinte à la capacité du tribunal de contrôler sa procédure, notamment en ordonnant la suspension des poursuites. Il a également fait observer que le fait d'incriminer l'omission d'aviser le procureur général de l'intention d'introduire en preuve des renseignements sensibles est « nouveau » et même « surprenant »⁵²⁴, mais que cela ne porte pas directement atteinte aux attributions du tribunal. Il en va de même de l'obligation faite aux membres et au personnel du tribunal d'obtenir des habilitations sécuritaires. Le juge a également conclu que le fait que la loi exclut des audiences prévues à l'art. 31 l'accusé et les avocats n'ayant pas obtenu une habilitation de sécurité n'était pas [traduction] « essentiellement différent de la situation qui se produit traditionnellement lorsqu'une partie invoque une immunité d'intérêt public »⁵²⁵.

521 *R. c. Lodhi* [2006] NSWSC 571, p. 85.

522 *Ibid.*, par. 124.

523 *Ibid.*, par. 86.

524 *Ibid.*, par. 94.

525 *Ibid.*, par. 96.

Le juge Whealy a également déclaré que les dispositions législatives concernant la révision du certificat du procureur général, y compris le par. 31(8) qui oblige le tribunal à privilégier la sécurité nationale plutôt que les considérations liées à un procès équitable, n'étaient pas incompatibles avec la fonction judiciaire. La loi autorise toujours le juge à concilier les intérêts divergents en jeu et à suspendre les poursuites s'il est impossible de tenir un procès équitable. Cette loi n'a pas pour effet d'attribuer la force de chose jugée aux certificats du procureur général.

Le juge Whealy a estimé qu'il était possible de demander à un avocat spécial ayant obtenu une habilitation sécuritaire de représenter l'accusé au cours d'une audience de l'art. 31, même si la loi ne prévoyait pas expressément cette possibilité. Cet avocat spécial ne serait pas en mesure de communiquer des renseignements classifiés à l'accusé, mais il demeurerait « le représentant légal de l'accusé » et aurait, à ce titre, le droit d'assister à l'examen du certificat du procureur général au cours d'une audience à huis clos⁵²⁶. Il s'est également fondé sur le fait que la loi ne modifiait pas la capacité du tribunal de contrôler le déroulement d'une poursuite pénale fédérale⁵²⁷. Sur de nombreux points, cette décision est comparable à celle qu'a rendue récemment la Cour fédérale dans l'affaire Khawaja, qui confirmait le pouvoir de la Cour fédérale de nommer, de sa propre initiative, un *amicus curiæ* possédant une habilitation de sécurité⁵²⁸.

Dans cette affaire, le tribunal a pris un certain nombre de décisions préalables au procès qui intéressent les rapports entre le renseignement de sécurité et la preuve. Une de ces décisions consistait à faire évacuer la salle chaque fois qu'étaient présentées des preuves qui mentionnaient les rapports entre l'ASIO et ses sources ou avec une agence étrangère. Le juge Whealy a pris sa décision en tenant compte d'un affidavit confidentiel et d'un affidavit public émanant du directeur de l'ASIO concernant les dangers qu'il y aurait à révéler les cibles, les membres et les méthodes de l'ASIO. Une copie de l'affidavit confidentiel avait été remise à l'accusé. Le juge a également ordonné qu'une transcription, expurgée des renseignements touchant la sécurité nationale, de l'audience à huis clos soit remise aux médias⁵²⁹.

526 *R. c. Lodhi* [2006] NSWSC 586, par. 28.

527 Par. 19(1) de la *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004*.
2007 CF 463.

529 *R. c. Lodhi* [2006] NSWSC 596, par. 29.

Le juge Whealy a également abordé les considérations contradictoires que constituent l'équité du processus pour l'accusé, le principe de la publicité des débats et les atteintes à la sécurité nationale susceptibles d'être causées par le témoignage d'agents de l'ASIO. Au cours des étapes préalables au procès, il a ordonné que les agents de l'ASIO témoignent dissimulés par un écran pour que l'accusé ne puisse les identifier, de façon à éviter [traduction] « tout risque de compromettre les opérations de renseignement menées à Sydney »⁵³⁰. Ces ordonnances ont été confirmées par la Cour d'appel, qui a statué que le juge de première instance avait concilié le principe de la publicité des débats et celui du droit à un procès équitable avec la nécessité de protéger la sécurité nationale⁵³¹.

Le juge Whealy a toutefois déclaré, dans un discours extrajudiciaire, que le fait d'interposer un écran entre l'accusé et les agents de l'ASIO [traduction] « risquait fort de compromettre l'impartialité des jurés ». Avec le consentement des parties, les agents de l'ASIO ont été autorisés à témoigner au moyen d'un système de télévision en circuit fermé plutôt qu'en utilisant des écrans. Tous les participants au procès, y compris l'accusé, disposaient d'un moniteur. Toutefois, le moniteur de l'accusé ne fonctionnait pas, mais il semble que le jury ait ignoré ce fait à cause de l'endroit où était placé le moniteur. Les parties avaient accepté cette procédure parce qu'elle nuisait moins à l'accusé que les écrans utilisés au cours des audiences préalables au procès. Le juge Whealy a déclaré que [traduction] « le seul fait qu'on ait demandé des ordonnances de ce genre fait ressortir les tensions qui existent entre la nécessité de protéger la sécurité nationale et le droit de l'accusé à subir un procès équitable. La nécessité de résoudre les conflits entre ces notions opposées impose une tâche extrêmement délicate au juge de première instance »⁵³².

Dans une autre requête préalable au procès, le juge Whealy a fait droit à la demande de subpoena présentée par Lodhi en vue d'obtenir de la police fédérale australienne et l'ASIO tous les mandats délivrés dans le cadre de l'enquête menée au sujet de l'accusé et d'un prétendu coconspirateur. Le juge a mentionné qu'il « était logique » que les documents demandés « puissent être utiles à la défense »⁵³³ et a fait observer que, même si ces mandats n'avaient pas donné lieu à la découverte de preuves incriminantes, ils pourraient servir à la défense. Il a écarté les arguments du poursuivant,

530 *Ibid.*, par. 59.

531 *R. c. Lodhi* [2006] NSWCCA 101, par. 31.

532 Le juge Whealy, « Terrorism », préparé en vue d'une conférence devant les juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême, Perth, 2007.

533 *R. c. Lodhi* 2006 NSWSC 585, p. 16.

selon lesquels l'accusé ne pouvait que faire des hypothèses au sujet de l'existence de ces mandats⁵³⁴.

Dans une autre requête préalable au procès, le juge Whealy a statué qu'une personne qui se trouvait sous la garde des autorités américaines et deux agents américains du FBI pouvaient témoigner par liaison télévisuelle⁵³⁵. Il a déclaré qu'avec cette technique, les jurés pouvaient apprécier la crédibilité des témoins et qu'elle ne causerait aucun préjudice à l'accusé. Il a également mentionné que, grâce à la présence d'un observateur indépendant, le prisonnier se trouvant sous la garde des autorités américaines pourrait témoigner librement⁵³⁶.

Dans une intéressante allocution, le juge Whealy a commenté les répercussions que pourrait avoir l'affaire Lodhi sur les autres procès pour terrorisme. Il a déclaré que [traduction] « les retards et la perturbation du déroulement du procès ont peut-être été le principal problème qu'ait soulevé cette loi ». En fin de compte, le juge Whealy a conclu que le procès avait pu déboucher sur un verdict parce qu'il [traduction] « y avait eu une excellente collaboration entre le procureur de la poursuite, un avocat d'expérience, et la défense. Il était évident que toutes les parties souhaitaient que le procès se déroule aussi normalement que possible. » Des commentaires semblables ont, bien sûr, été formulés à l'égard du procès Bagri et Malik. Parallèlement, il n'est pas possible de tenir pour acquis que dans toutes les poursuites pour terrorisme, les avocats souhaiteront vraiment que le procès débouche sur un verdict. Il sera peut-être nécessaire de modifier ces règles, en particulier en ce qui concerne l'abolition des appels préalables au procès, pour veiller à ce que les mécanismes utilisés pour trancher les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale n'aient pas pour effet d'empêcher le déroulement des procès pour terrorisme.

Le juge Whealy a conclu son allocution extrajudiciaire en formulant des commentaires qui touchent directement l'évolution de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve. Il a déclaré ceci :

[traduction] À mon avis, les principales difficultés auxquelles est confronté le juge de première instance dans ces situations sont le risque de partialité, les retards et le secret.

534 *Ibid.*, par.21.

535 *R. c. Lodhi* 2006 NSWSC 587 .

536 *Ibid.*, par.70.

Je me suis efforcé de soutenir ici que l'on pourrait atténuer les problèmes de partialité et de préjugé en fournissant des directives appropriées aux jurés. Deuxièmement, on pourrait réduire sensiblement les retards en invitant les avocats à collaborer dans toute la mesure du possible et en utilisant des mécanismes préalables au procès appropriés. Dans le troisième domaine, celui du secret, je n'ai pas de solution magique à offrir. Il est probable que les agents de l'ASIO joueront un rôle accru dans la collecte des preuves qui seront utilisées dans les procès pénaux relatifs au terrorisme. Malgré toutes les qualités que possède cette agence lorsqu'il s'agit d'obtenir des renseignements de sécurité, elle est peut-être mal équipée pour réunir des preuves en vue d'un procès criminel; en outre, ses agents n'ont pas reçu une formation destinée à les familiariser avec les subtilités de la procédure et de la preuve pénales. Le rôle accru que notre agence de renseignement sera appelée à jouer dans les enquêtes et les procès ne peut également que renforcer l'atmosphère de secret qui, si elle n'est pas suffisamment contrôlée, risque de porter atteinte au principe de la publicité des débats et de compromettre gravement l'équité, tant apparente que réelle, des procès⁵³⁷.

En d'autres termes, il a confirmé que l'établissement d'une relation efficace entre le renseignement et la preuve sera une priorité essentielle pour les futurs procès pour terrorisme. Il a déclaré craindre que la nécessité de préserver le secret du renseignement de sécurité introduise des tensions dans le déroulement du procès criminel. Ce dernier aspect est particulièrement grave, parce que les agences de renseignement sont destinées à jouer un rôle de plus en plus actif dans les poursuites pour terrorisme.

Résumé

L'expérience australienne, tout comme celle des États-Unis et du Royaume-Uni, fournit des éléments utiles pour la réforme de l'art. 38 de la LPC dans le but de mieux aménager les rapports entre le renseignement de sécurité, la preuve et l'information qu'il convient de divulguer pour

⁵³⁷ Le juge Whealy, « Terrorism », préparé en vue d'une conférence devant les juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême, Perth, 2007.

garantir l'équité des procès. Ces trois pays autorisent tous le juge de première instance à trancher les questions de non-divulgateion. De cette façon, la non-divulgateion est intégrée à un aspect plus général, la gestion de l'instance avant le procès. Cette solution permet surtout au juge de première instance qui a pris connaissance des documents secrets de réviser l'ordonnance de confidentialité qu'il a rendue initialement, en tenant compte des questions soulevées au cours du procès pénal, un fait qui a été souligné tant par la Chambre des lords que par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'expérience de ces pays fait également ressortir certaines innovations procédurales intéressantes. Les tribunaux britanniques ont mis de l'avant la possibilité d'avoir recours à des avocats spéciaux pour les demandes d'immunité d'intérêt public, tout en reconnaissant que cette pratique risque d'entraîner des retards, puisque l'avocat spécial doit prendre le temps de se familiariser avec l'affaire et que l'interdiction faite à l'avocat spécial de communiquer avec l'accusé risque de soulever des problèmes d'éthique. Les États-Unis comme l'Australie ont adopté la solution consistant à autoriser les avocats de la défense à examiner eux-mêmes les documents sensibles après avoir obtenu une habilitation sécuritaire. L'obtention d'une habilitation de sécurité peut entraîner des retards et compliquer le choix d'un avocat, mais cette solution offre l'avantage de donner à la personne qui connaît le mieux la cause de l'accusé un accès aux documents secrets pour qu'elle puisse présenter des arguments sur la nécessité de les divulguer pour garantir un procès équitable. L'obligation d'obtenir une habilitation sécuritaire pourrait également encourager le recours à des avocats de la défense expérimentés dans les procès pour terrorisme. L'expérience australienne semble également indiquer que les témoignages fournis grâce à un système de télévision en circuit fermé peuvent aider à concilier les intérêts divergents en matière de divulgation et d'équité lorsque les membres d'agences de renseignement nationales ou étrangères témoignent dans les poursuites pour terrorisme.

Conclusions

Les relations qui existent entre le renseignement et la preuve sont complexes, variées et évolutives. Dans la première partie de cette étude, nous avons examiné les distinctions traditionnelles entre le renseignement de sécurité, secret, qui vise à informer le gouvernement au sujet des diverses menaces qui pèsent sur la sécurité nationale, et les éléments de preuve recueillis pour prouver la culpabilité lors d'un procès

public, au cours duquel l'accusé a droit à une défense pleine et entière ainsi qu'à la possibilité de contester la légalité et la constitutionnalité des méthodes utilisées pour rassembler la preuve. Cette distinction est profondément ancrée dans la législation et la politique canadiennes. Elle date de la décision de créer un service civil du renseignement de sécurité dépourvu de pouvoirs d'exécution de la loi et d'attribuer à un établissement militaire secret le rôle de recueillir le renseignement électromagnétique. Abstraitement, et d'ailleurs la réflexion au Canada s'est trop concentrée dans l'abstrait sur ce thème, le fossé qui sépare le renseignement de la preuve est profond, voire insondable.

Il faut réexaminer les distinctions traditionnelles entre le renseignement et la preuve compte tenu de la nature particulière du terrorisme et des menaces précises qu'il fait peser. Le terrorisme constitue à la fois une menace pour la sécurité nationale et un crime. L'espionnage et la trahison sont également des crimes. Pourtant, face à l'assassinat et la mutilation de civils survenus lors d'actes terroristes, comme l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India, il convient d'appliquer le principe de dénonciation et les peines associés aux formes les plus graves de crime. Cette règle s'applique aussi aux actes délibérés de planification et de préparation d'actes terroristes violents. Même si les tentatives et complots en vue de commettre de tels actes ont toujours constitué des infractions graves, la Loi antiterroriste de 2001 a modifié l'équilibre entre les questions portant sur le renseignement et l'exécution de la loi en créant nombre d'infractions liées au terrorisme qui peuvent être commises au moyen d'actes de préparation et d'appui au terrorisme, lesquels seront perpétrés bien avant les actes terroristes proprement dits. La prévention du terrorisme doit demeurer la priorité absolue. Il faut toutefois, autant que possible, poursuivre et punir ceux qui planifient, préparent ou commettent des actes terroristes. La législation nationale aussi bien que les obligations internationales du Canada l'exigent. On s'inquiète quelque peu de ce que le SCRS, en particulier, s'abstient encore de reconnaître le besoin de recueillir des renseignements dans le cadre de certaines enquêtes de contre-terrorisme en respectant les normes de preuve. Par contre, le MI5 a déclaré qu'il recueillera certains éléments de preuve conformément à de telles normes, et des agents de l'ASIO ont témoigné dans le cadre du procès Lodhi pour terrorisme. Dans l'affaire Air India, les renseignements obtenus par le SCRS au moyen d'une table d'écoute et d'entrevues de témoins auraient pu constituer certains des principaux éléments de preuve, mais, malheureusement, ils n'ont pas été détruits, en partie parce que le SCRS considère que son rôle est celui

d'un service du renseignement de sécurité qui ne recueille ni ne conserve aucun élément de preuve. Bien que le SCRS n'ait pas pour mandat d'être un organisme d'exécution de la loi, l'alinéa 19(2)a) de la Loi sur le SCRS prévoit la possibilité qu'il recueille des informations pouvant servir à la police et aux procureurs. Le paragraphe 18(2) de la Loi sur le SCRS prévoit également la possibilité de divulguer, au besoin, l'identité des sources humaines confidentielles et des agents secrets dans le cadre d'enquêtes et de poursuites pénales.

Pourtant, à la lumière des études de cas présentées dans le présent document, on peut réellement se demander si les pratiques et les lois canadiennes satisfont aux exigences des poursuites pour terrorisme, particulièrement en ce qui a trait à la relation entre le renseignement et les éléments de preuve, et à la question connexe de la protection des informateurs. Les procès Parmar à Hamilton, Khela à Montréal, et Atwal en Colombie-Britannique ont tous échoué en raison des difficultés que posait l'exigence selon laquelle l'État doit divulguer entièrement les informations pertinentes, y compris l'identité des informateurs confidentiels. Dans les affaires Parmar et Atwal, on a suivi la procédure, alors novatrice, donnant à l'accusé accès aux affidavits utilisés pour obtenir l'écoute électronique, et l'on espère que la pratique de l'écoute électronique s'est améliorée et s'est adaptée aux exigences en matière de divulgation. De même, les programmes de protection des témoins sont devenus plus structurés et se sont peut-être améliorés depuis l'échec des procès Parmar et Khela. Ceux-ci ont échoué en partie parce que les informateurs, craignant pour leur sécurité, répugnaient à ce que leur identité soit divulguée à l'accusé. Ces affaires mettent toutefois l'accent sur la probabilité de divulgation et la nécessité de protéger les informateurs lorsque les renseignements servent d'éléments de preuve dans le cadre de poursuites pour terrorisme.

Les procès intentés contre Kevork et Khawaja pour terrorisme ainsi que l'affaire Ribic relative à une prise d'otages illustrent tous un problème d'un type différent. Tous ont été retardés et perturbés par des requêtes distinctes présentées devant la Cour fédérale et visant à protéger la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale. L'article 38 ralentit le processus d'instruction, car il exige que la Cour fédérale rende des décisions relatives à la non-divulgation sans avoir entendu la preuve présentée dans le cadre du procès criminel. Cette exigence impose, à son tour, des contraintes au juge du procès criminel, lequel se trouve dans la position difficile, voire impossible, de savoir si la non-divulgation ou la

divulgarion partielle de renseignements que l'accusé et même le juge du procès n'ont pas vus portera néanmoins préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Dans les affaires Malik et Bagri, on a évité la procédure incommode prévue par l'article 38 uniquement parce que les avocats chevronnés des deux parties ont pu s'entendre pour adopter une approche novatrice selon laquelle la défense pouvait prendre connaissance des renseignements du SCRS à la condition de ne pas les divulguer à son client.

On dispose de deux grandes stratégies pour relever les défis que pose la nécessité de divulguer des renseignements secrets dans les poursuites pénales. L'une est une stratégie de première ligne qui consiste à modifier la nature de certaines formes de renseignement pour pouvoir les produire dans les poursuites criminelles. Par exemple, dans un grand nombre de cas, le renseignement que la police reçoit des services secrets étrangers et canadiens comporte des conditions qui limitent leur utilisation dans des poursuites ultérieures. Dernièrement, la Commission Arar a confirmé que ces conditions sont importantes et qu'il faut s'assurer que le renseignement est exact et fiable. S'il y a lieu, les conditions peuvent toutefois être modifiées pour faciliter les poursuites pour terrorisme. Dans certains cas, des services de renseignement, comme le MI5, recueillent délibérément des éléments de preuve en respectant les normes établies à cet égard en prévision de la possibilité que leurs agents soient tenus d'en présenter à la poursuite, voire de témoigner. Les affaires Malik et Bagri révèlent toutefois que les agents du SCRS, du moins à l'époque, n'ont pas recueilli ni gardé les résultats de leurs enquêtes sur le terrorisme selon les normes de preuve établies ou en vue du procès. Même si, du fait de l'acquittement, il n'a pas été nécessaire d'accorder réparation, le juge du procès a établi que l'omission par le SCRS de conserver des informations pertinentes a porté atteinte aux droits de Malik et Bagri au sens de garantis par l'article 7 de la Charte. Dans le cadre d'enquêtes sur le terrorisme, le SCRS et d'autres services de renseignement devraient constamment envisager l'éventualité d'un procès ultérieur et l'effet que celui-ci pourrait avoir sur le renseignement. Dans la mesure du possible, ils devraient recueillir et conserver les informations en respectant les normes de preuve et envisager la possibilité que des sources humaines et des informateurs soient tenus de témoigner. Il sera toutefois impossible de respecter les normes établies dans tous les cas, et les services de renseignement de sécurité doivent respecter le mandat que leur confère la loi qui est non pas de rassembler des éléments de preuve, mais bien de fournir au gouvernement des informations secrètes sur d'éventuelles menaces.

De plus, ils doivent respecter les restrictions relatives à l'utilisation des renseignements fournis par les services étrangers.

Une autre stratégie de première ligne consisterait à se servir davantage des autorisations judiciaires de surveillance électronique, prévues par le Code criminel, dans le cadre d'enquêtes sur le terrorisme, lorsqu'on s'attend à des poursuites. De telles autorisations permettraient d'éviter l'épineuse question visant à déterminer si la surveillance électronique effectuée par le SCRS, le CSE ou d'autres services étrangers du renseignement serait recevable en preuve dans un procès criminel instruit au Canada. Ces autorisations comportent leur lot de complications, car il faut divulguer la plupart des informations pour obtenir un tel mandat, mais, au moins, les règles relatives à la divulgation et à la recevabilité sont plus claires que celles qui s'appliquent au renseignement de sécurité. Cela dit, dans les affaires qui s'y prêtent, l'État devrait continuer à plaider, comme il l'a fait dans l'affaire Atwal, en faveur de la recevabilité, dans les procès criminels, du renseignement de sécurité intercepté. Ces arguments auront de meilleures chances d'être convaincants si le renseignement a été recueilli conformément au mandat conféré par la loi en cette matière, et si l'on n'a pas franchi le pas qui sépare la collecte de renseignement de la fonction d'exécution de la loi. Même si les autorisations judiciaires prévues par le Code criminel peuvent se révéler utiles dans certains cas, les services du renseignement demeurent investis d'un mandat légal important, qui consiste à recueillir des informations à l'aide de leurs propres procédures spéciales. Dans les affaires qui s'y prêtent, les interceptions du renseignement de sécurité pourraient être recevables comme moyens de preuve dans le cadre de procès criminels, peut-être au titre du par. 24(2) de la Charte.

Une autre exemple de première ligne vise à permettre davantage la production du renseignement dans des poursuites pénales. Elle consiste à améliorer les programmes de protection des témoins destinés à permettre aux informateurs confidentiels de divulguer leur identité et à témoigner dans le cadre de poursuites criminelles, et, en fait, à les inciter davantage à le faire au besoin. Le procès Parmar n'a pas abouti parce qu'un informateur clé, mis à contribution pour obtenir des renseignements au moyen d'une table d'écoute, a refusé que son identité soit dévoilée. Dans l'affaire Khela, de nombreux problèmes se sont posés après que la police eut apparemment accepté que l'informateur clé ne serait pas tenu de témoigner. Les informateurs ont une foule de bonnes raisons de ne pas témoigner. Pourtant, dans les cas où l'intérêt public le justifie, il faudrait

déployer tous les efforts possibles pour leur permettre de témoigner et les inciter à le faire. On peut difficilement exagérer l'importance du rôle que jouent des programmes judiciaires et efficaces de protection des témoins dans la gestion de la relation qui existe entre les éléments de preuve et le renseignement⁵³⁸.

Il faudrait consacrer plus d'efforts et de créativité aux stratégies de première ligne destinées à gérer la relation entre les renseignements et les éléments de preuve. Il ne suffit pas que les services du renseignement de sécurité, qui se concentrent de plus en plus, et d'ailleurs pertinemment, sur le contre-terrorisme, rabâchent les vieux mantras selon lesquels leur rôle ne consiste pas à recueillir des éléments de preuve. Les discours passe-partout sur le secret ou l'effet mosaïque, le respect aveugle de la règle des tiers et la situation du Canada en tant qu'importateur net de renseignements, sont inutiles à une époque où la plupart des services du renseignement de sécurité se consacrent au contre-terrorisme. Durant la guerre froide, quand les espions étrangers faisaient peser la plus lourde menace sur la sécurité nationale, il était peut-être opportun d'envisager le secret dans une optique réflexive et mécanique. Cela ne suffit pas dès lors que la perpétration d'actes terroristes violents constitue la pire menace pour la sécurité nationale.

En même temps, les services du renseignement de sécurité doivent déployer plus d'efforts pour faire part des besoins légitimes de protéger le secret. Se contenter d'expressions vagues, comme préjudice à la sécurité nationale ou aux relations internationales, risque d'être inutile. Il y a peut-être lieu d'articuler plus rigoureusement et plus précisément les préjudices particuliers de la divulgation, notamment les menaces pour la sécurité des informateurs, des agents secrets et des enquêtes en cours, ainsi que les promesses faites aux alliés en matière de non-divulgation.

Même s'il faut élaborer des stratégies de première ligne en vue d'accroître la production du renseignement dans les poursuites pénales, il est également nécessaire de concevoir des stratégies de deuxième ligne pouvant empêcher la divulgation d'informations qui, si elles étaient divulguées, causeraient un préjudice grave, tout en respectant également

538

Le dernier rapport annuel sur le programme fédéral de protection des témoins, géré par la GRC, indique que 1,9 million de dollars ont été versés au programme et que, même si 53 personnes y participaient, 15 témoins ont refusé d'y adhérer, 21 l'ont quitté de leur plein gré, et 7 en ont été involontairement radiés. *Loi sur le programme de protection des témoins* – Rapport annuel 2005-2006, à : <http://securitepublique.gc.ca/abt/dpr/le/wppa2005-6-en.asp>

le droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Pour réaliser ces réformes de deuxième ligne, on dispose de deux grandes stratégies.

La première vise à délimiter précisément la portée des obligations légitimes de divulgation qui incombent au ministère public. Plusieurs poursuites pour terrorisme qui sont examinées dans la présente étude, notamment les affaires Kevork, Parmar et Khela, ont été intentées avant que la Cour suprême ait rendu l'arrêt décisif *Stinchcombe*. Conformément à cette décision, il faut divulguer les informations pertinentes pour respecter la Charte. Même s'il existait, avant l'affaire *Stinchcombe*, des normes de divulgation en common law, il faut préciser le plus possible la portée des exigences en matière de divulgation. Certains éclaircissements ont été apportés par les modifications régissant l'ouverture du paquet scellé, aux termes de la Partie VI du Code criminel, mais il reste beaucoup de travail à faire. Dans l'étude sur la collaboration entre la GRC et le SCRS qu'il a publiée à la fin des années 1990, le CSARS fait part de l'impression selon laquelle toute information que le SCRS a communiquée à la GRC serait assujettie aux exigences de divulgation énoncées dans l'affaire *Stinchcombe*. Il va sans dire que l'affaire *Stinchcombe* a énoncé d'importantes obligations, il faut toutefois noter que ces obligations ne sont pas illimitées. Le ministère public ne doit divulguer que les renseignements relatifs aux questions soulevées dans la poursuite. Les informations confidentielles, notamment celles protégées par le privilège relatif aux indicateurs de police, ne sont généralement pas assujetties aux exigences de divulgation. La divulgation peut être retardée pour des motifs légitimes en rapport avec la sécurité des témoins et des sources. Enfin, les tribunaux ont établi une distinction entre les atteintes au droit à la divulgation et celles, plus graves, du droit à une défense pleine et entière.

Il faut mieux comprendre et codifier les principes de divulgation, du moins en ce qui a trait à leur incidence sur les enquêtes relatives à la sécurité nationale. Compte tenu de la série d'infractions liées au terrorisme et de l'importance de disposer de règles universelles visant toutes les infractions, il est peut-être judicieux de codifier des principes de divulgation applicables à toutes les poursuites. Même si l'arrêt *Stinchcombe* remonte à plus de quinze ans, la Cour s'attendait déjà à l'époque que l'on codifie quelque peu les détails de la divulgation. Renforcer la certitude concernant la portée des exigences de divulgation et les raisons légitimes justifiant la non-divulgation des renseignements faciliterait le déroulement des poursuites pour terrorisme. La comparaison

avec l'expérience du Royaume-Uni, en particulier, donne à entendre qu'il peut être très profitable de codifier les obligations en matière de divulgation. Les tribunaux britanniques ont établi en common law des normes générales de divulgation, en partie parce qu'ils ont reconnu que l'omission de divulguer entièrement l'information pertinente s'était soldée par des erreurs judiciaires dans plusieurs poursuites pour terrorisme. Le législateur a néanmoins précisé ultérieurement les exigences de divulgation, et la Couronne doit maintenant divulguer les informations secrètes dans les poursuites pour terrorisme à moins que ces informations n'ébranlent ses arguments ou ne renforcent ceux de l'accusé. Il n'est pas nécessaire de divulguer des informations inutilisées, mais compromettantes.

La seconde stratégie de deuxième ligne, qui sert à gérer la relation entre les renseignements et les éléments de preuve, vise à améliorer la qualité, l'efficacité et l'impartialité du processus par lequel l'État plaide qu'il n'est pas nécessaire de divulguer des éléments de preuve, ou que ceux-ci peuvent être divulgués sous une forme différente qui concilie l'intérêt que l'État porte à la protection du secret avec les droits de l'accusé. Les tentatives en vue de codifier des normes de divulgation dans la foulée de l'affaire Stinchcombe risquent de susciter des contestations fondées sur la Charte et de multiplier les contestations émanant de l'accusé qui portent sur la divulgation. Cette situation risque de ralentir les poursuites pour terrorisme. Elle comporte également le danger que le ministère public ne sous-estime la restriction à l'obligation de divulgation et ne dévoile pas des informations qui devraient être divulguées pour garantir que l'accusé a droit à une défense pleine et entière.

On pourrait réduire l'ampleur des différends relatifs à la divulgation en améliorant l'efficacité du processus d'interdiction totale ou partielle de la divulgation pour des raisons de sécurité nationale. On peut adopter plusieurs démarches pour atteindre cet objectif, notamment restreindre la portée de l'art. 38 qui oblige les participants au système de justice pénale à faire appel aux processus prévus par cet article. Ceux-ci couvrent un large éventail de renseignements, pour lesquels le gouvernement prend des mesures de protection même s'ils ne sont pas susceptibles de porter réellement préjudice à l'intérêt public. Une autre démarche tenterait de préciser les préjudices particuliers que la divulgation porterait à l'intérêt public. À l'heure actuelle, l'article 38.06 exige uniquement que les renseignements soient potentiellement

préjudiciables aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Des définitions plus précises des préjudices que causerait la divulgation pourraient clarifier le processus et répondre aux préoccupations dont la Commission Arar et certains juges ont fait part, selon lesquelles le gouvernement a invoqué l'art. 38 dans des situations où le préjudice potentiel de la divulgation n'a pas été établi. De plus, il faudrait se pencher sur le besoin de reconnaître que les mises en garde relatives à la divulgation n'entravent pas complètement le processus et que le gouvernement devrait prendre des mesures de bonne foi pour obtenir l'autorisation de divulgation du bureau d'où vient l'information. Il faudrait admettre que les préoccupations au sujet de l'effet mosaïque remontent à l'époque de la guerre froide et risquent d'être sans objet dans le cadre de poursuites intentées contre des acteurs non étatiques à l'organisation souple, comme les terroristes. Enfin, on pourrait aussi préciser quels préjudices résulteraient de la non-divulgation, surtout en ce qui a trait au droit à une défense pleine et entière. Il faut aussi réfléchir aux effets cumulatifs qu'aurait la non-divulgation sur l'aptitude de l'accusé à saper l'argumentation du ministère public et à présenter des moyens de défense, ainsi que sur l'impartialité du processus.

Même si l'on peut s'opposer à la divulgation pour des raisons d'intérêt public, en vertu de l'art. 37 de la LPC, devant les juges d'un procès dont est saisie une cour supérieure, les arguments liés aux relations internationales ou de la défense ou de la sécurité nationales ne peuvent être présentés qu'à la Cour fédérale, aux termes de l'art. 38 de la LPC. Les juges qui président un procès criminel doivent respecter les ordonnances de divulgation rendues par la Cour fédérale, tout en conservant également le droit de prescrire tout redressement nécessaire, notamment la suspension des poursuites judiciaires, afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Les affaires Kevork et Ribic, examinées plus haut, soulignent les problèmes que pose dans ces cas la procédure canadienne qui saisit deux tribunaux. Bien que le juge du procès dans l'affaire Kevork, où le prévenu était accusé de terrorisme, ait en fin de compte estimé qu'un procès équitable était possible après que la Cour fédérale a refusé d'ordonner la divulgation de renseignements du SCRS, il a exprimé une grande inquiétude au sujet de la procédure en deux temps. Dans les affaires Malik et Bagri, des documents du SCRS ont été divulgués à l'accusé, mais uniquement à la condition novatrice selon laquelle le représentant s'engageait à ne pas divulguer les renseignements à son client et qu'ils ne seraient pas produits jusqu'à ce que les parties parviennent à s'entendre ou que le tribunal ordonne la divulgation. À défaut de cet engagement,

les procès Malik et Bagri auraient probablement été fragmentés et retardés par la procédure, engagée devant la Cour fédérale, en vue de protéger la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale. L'affaire Ribic montre qu'un procès criminel peut se dérouler de cette façon, mais uniquement après que l'on a déclaré que le procès était nul du fait que les délibérations devant la Cour fédérale s'étaient déroulées après la constitution d'un jury et au terme d'une instruction ayant pris six ans, ce qui ne peut pas servir de modèle d'appareil judiciaire efficace.

L'article 38 a été modifié en 2001 pour disposer qu'il faut signifier avant le procès un avis d'intention de produire des renseignements classifiés. En dépit de tous les efforts déployés, des problèmes de divulgation peuvent toujours surgir plus tard, lors d'un procès criminel. Le juge du procès peut hésiter à refuser à l'accusé d'avoir accès aux éléments de preuve ou de pouvoir produire ceux qui sont nécessaires pour lui garantir une défense pleine et entière. Le scénario de l'affaire Ribic pourrait se répéter. Si cela se produisait, on invoquerait l'art. 38 au beau milieu d'un procès pour terrorisme, probablement à la suite des efforts de l'accusé en vue de faire produire des renseignements classifiés ou des retards causés par le processus de divulgation. Les personnes accusées de terrorisme peuvent faire valoir leur droit à un procès avec jury et ont également droit à un procès dans un délai raisonnable. Le débat au sujet des demandes de confidentialité pour cause de sécurité nationale, présentées devant la Cour fédérale, avant ou pendant un procès criminel risque de compromettre la viabilité des poursuites pour terrorisme. Dans l'affaire Khawaja, les retards suscitent des préoccupations, surtout comparativement à la durée du procès des coconspirateurs présumés qui s'est déroulé en Grande-Bretagne.

Même si le traitement expéditif prévu à l'art. 38 permet d'éviter quelque peu les problèmes causés par les retards, le processus en deux temps place les juges, tant ceux de la Cour fédérale que ceux qui président un procès pour terrorisme, dans une position difficile, et pratiquement impossible. Le juge de la Cour fédérale doit tenter de déterminer l'importance des renseignements non divulgués à l'accusé lorsque le défenseur de celui-ci ne les a pas vus, et avant le procès, à un moment où l'on ne distingue pas très clairement les questions qui seront soulevées lors du procès et du contre-interrogatoire. La possibilité pour la défense de présenter des arguments au juge de la Cour fédérale ex parte ne peut pas compenser le fait que la défense n'a pas vu les éléments de preuve non divulgués et que la preuve n'a pas encore été produite au procès. Même la possibilité de désigner un *amicus curiæ* possédant l'habilitation sécuritaire requise pour contester

les arguments du gouvernement en faveur de la non-divulgence ne peut pas garantir que tous les renseignements qui devraient être divulgués le seront. Le défenseur risque de ne jamais connaître aussi bien le dossier et les moyens de défense possibles de l'accusé que le propre défenseur de ce dernier, surtout s'il n'est pas autorisé à consulter l'accusé après avoir vu les renseignements secrets pour lesquels l'État cherche à obtenir une ordonnance de confidentialité. Une meilleure démarche permettant de concilier l'équité avec le secret consisterait à donner au propre défenseur de l'accusé la possibilité d'obtenir une habilitation sécuritaire et de voir les renseignements, peut-être après s'être engagé à ne pas divulguer cette information à l'accusé. L'un ou l'autre processus ralentirait l'instance. Même si le juge de la Cour fédérale pouvait bénéficier des débats contradictoires à propos de la requête de non-divulgence, il serait encore tenu de rendre les décisions définitives relatives à la non-divulgence et à la divulgation partielle, tout en ignorant comment le procès criminel se déroulera. Les juges qui rendent des décisions semblables en matière de non-divulgence en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis peuvent tous se consoler en sachant qu'ils peuvent réexaminer leurs propres décisions à cet égard, à la lumière des nouveaux éléments de preuve produits et des questions soulevées au cours du procès.

Le juge du procès criminel se trouve dans une position tout aussi épineuse dans le cadre de la structure particulière en deux temps, qui est prévue à l'art. 38 de la LPC. Il doit déterminer si un procès équitable est possible sans la divulgation de renseignements que l'accusé et son défenseur et, probablement aussi, les participants à l'instance, n'ont pas vus, ou bien déterminer un redressement, notamment la suspension des poursuites, pour non-divulgence des renseignements. Le dédoublement de la procédure, propre au Canada, comporte le risque, tant pour la Cour fédérale que pour le juge de première instance, de rendre des décisions qui déterminent prématurément que la divulgation n'est pas nécessaire, ou bien qui sanctionnent prématurément la poursuite pour avoir négligé de divulguer des renseignements dont la divulgation n'était pas nécessaire pour l'équité de la procédure. En bref, cette dualité a pour effet de ralentir les instances et de faire échouer les poursuites pour terrorisme.

La dernière partie de la présente étude révèle qu'aucun des principaux pays comparés au Canada n'utilise une structure en deux temps pour régler les demandes de confidentialité pour cause de sécurité nationale. L'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis permettent tous au juge du procès de déterminer si des renseignements sensibles peuvent ne pas être divulgués sans porter préjudice aux droits de l'accusé. Cette

démarche est intéressante parce qu'elle permet aux juges du procès de rendre des ordonnances de confidentialité en sachant qu'ils peuvent les réviser si le droit de l'accusé à un procès équitable l'exige, à mesure que le procès évolue. L'Australie et les États-Unis offrent également aux défenseurs l'option d'obtenir des habilitations sécuritaires et d'examiner les renseignements sensibles qui peuvent être pertinents et n'ont pas été divulgués. Cette option est séduisante parce qu'elle donne à des défenseurs et procureurs chevronnés et responsables l'occasion de convenir, comme lors des procès Malik et Bagri, que les renseignements non divulgués ne sont pas pertinents dans le cadre d'un procès criminel. Elle évite aussi certains des problèmes pouvant découler de l'intervention de défenseurs spéciaux, ou *amicus curiæ*, qui risquent de ne pas connaître le dossier aussi bien que les défenseurs de l'accusé et de s'apercevoir que leur capacité de consulter ce dernier est limitée, car ils ont vu les renseignements sensibles.

À mon avis, il faut réformer de toute urgence le processus de demande de non-divulgence pour cause de sécurité nationale. La plupart des poursuites pour terrorisme qui ont eu lieu au Canada comportaient des informations fournies par des services canadiens et étrangers du renseignement de sécurité, et cette tendance devrait s'accroître compte tenu de la nature du terrorisme international. Même si certaines réformes de première ligne peuvent inciter davantage les services du renseignement à ne pas invoquer le secret, certaines demandes de non-divulgence seront nécessaires pour protéger les méthodes et les sources nationales et internationales et faire respecter les restrictions ou conditions relatives à la divulgation ultérieure de renseignements qui, selon le service source, doivent être observées même après que le Canada lui a demandé l'autorisation de divulgation.

Bien que la codification des exigences de divulgation puisse présenter certains avantages, en particulier dans le cas de renseignements qui ne doivent manifestement pas être divulgués, la formulation de normes restrictives risque de poser des défis au titre de la Charte et d'attiser le débat sur l'opportunité de la divulgation. Au risque de se tromper, il vaudrait mieux opter pour la divulgation dans tous les cas, tout en améliorant ensuite l'efficacité du processus par lequel le gouvernement peut tenter d'obtenir des ordonnances en vue d'interdire la divulgation dans des cas particuliers. Le protocole d'entente conclu en 2006 entre la GRC et le SCRS prévoit précisément le recours à la procédure incommode

prévue à l'art. 38 de la LPC afin de protéger les renseignements du SCRS. Malheureusement, le processus utilisé actuellement pour obtenir les ordonnances de confidentialité prévu à l'art. 38 de la LPC est lourd et trop vague. Il peut compromettre la viabilité des poursuites pour terrorisme en donnant lieu à des retards, à des appels avant le procès et à des ordonnances de confidentialité rendues par la Cour fédérale qui peuvent obliger un tribunal à suspendre les poursuites. Les parties aux procès Malik et Bagri ont pris des mesures extraordinaires et novatrices pour éviter les problèmes liés à l'application de l'art. 38 qui auraient retardé et scindé le procès criminel. Si ces mesures n'avaient pas été prises, la procédure prévue à l'art. 38 aurait retardé les poursuites dans l'affaire Air India, laquelle se serait peut-être soldée par la suspension des poursuites plutôt que par une décision sur le fond.

L'art. 38 de la LPC est trop vague car il s'applique, du moins initialement, à des renseignements que le gouvernement essaie de protéger même si leur divulgation n'est pas susceptible de porter préjudice. Il est prouvé que le gouvernement a invoqué l'art. 38 dans des cas où il était impossible de déterminer si la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Il faudrait préciser dans l'art. 38 de la LPC quels préjudices particuliers résulteraient de la divulgation et de la non-divulgation. Ces réformes pourraient reconnaître l'importance de la protection des sources et des informateurs, et celle du processus par lequel le Canada peut chercher à obtenir auprès de ses alliés l'autorisation de divulguer des renseignements. Il faudrait également reconnaître que la non-divulgation des renseignements requis pour garantir une défense pleine et entière compromettra la viabilité des poursuites pour terrorisme.

L'article 38 de la LPC est lourd parce que le Canada utilise une structure particulière qui saisit deux tribunaux pour régler les demandes de confidentialité pour cause de sécurité nationale. Cette structure permet de débattre de l'opportunité de la divulgation d'abord devant la Cour fédérale, avec la possibilité d'appels avant le procès, puis elle autorise le réexamen partiel de ces questions devant le juge du procès. Comme on l'a vu plus haut, la Cour fédérale et le juge du procès se trouvent dans une situation embarrassante, car la première n'a pas suivi l'évolution du procès et le second n'a pas vu les renseignements secrets qui font l'objet du litige.

On pourrait emprunter deux démarches pour réformer l'approche canadienne en deux temps. Il serait possible d'investir la Cour fédérale

de la compétence à l'égard de toutes les poursuites pour terrorisme. Cette approche exigerait toutefois que l'on attribue à la Cour fédérale la compétence de siéger avec un jury, sinon elle pourrait susciter des contestations en vertu de l'al. 11f) de la Charte. Elle risque également d'être contestée aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867 pour empiètement sur le domaine de compétence appartenant aux cours supérieures provinciales, prévu à l'art. 96. La portée des pouvoirs de la Cour fédérale prévus à l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 pourrait également poser un problème. Cette approche obligerait aussi la Cour fédérale à acquérir une expertise dans le domaine du droit pénal. Même si tous ces changements étaient apportés, cette approche susciterait également des préoccupations au sujet des tribunaux spéciaux pour les terroristes, comme cela s'est d'ailleurs produit dans le cas des tribunaux de Diplock, en Irlande du Nord, et des tribunaux spéciaux en Irlande. L'un des avantages que présentent les poursuites pour terrorisme est qu'elles permettent de dénoncer les actes terroristes violents comme crimes et de condamner les terroristes en tant que criminels. À ce niveau, au moins, le terrorisme ne devrait pas être élevé à l'échelle d'un problème politique pour l'État, qui exigerait des solutions particulières, comme la création de tribunaux spéciaux.

A mon avis, une meilleure démarche consisterait à accorder à des juges désignés de la cour supérieure provinciale le pouvoir de se prononcer sur les demandes de confidentialité pour cause de sécurité nationale, conformément à l'art. 38 de la LPC. Ces juges peuvent déjà, en vertu de l'art. 37, rendre des décisions sur les demandes de non-divulgence pour des raisons d'intérêt public. Cette démarche serait conforme aux approches adoptées en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis, qui permettent toutes au juge du procès de se prononcer sur les demandes de confidentialité pour des raisons de sécurité nationale ou d'intérêt public. Il faudrait prendre des mesures pour garantir que les juges de la cour supérieure, assimilés aux fins de l'art. 38 de la LPC à des juges de la Cour fédérale, disposeront des installations et de la formation adéquates pour la conservation des renseignements classifiés et acquerront une expertise en matière de confidentialité pour cause d'intérêt national. L'approche du tribunal unique permettrait aux juges du procès de gérer tous les aspects liés à la divulgation que comportent les poursuites complexes pour terrorisme. Elle éviterait de séparer artificiellement les questions visées par l'art. 38, qui doivent être tranchées par la Cour fédérale, des autres questions portant sur la divulgation, notamment celles visées par l'art. 37 de la LPC, que le juge du procès doit régler. Elle mettrait également un

terme au chevauchement des instances qui peut résulter de l'obligation de faire trancher les différends et les appels préliminaires conformément à l'art. 38, pour voir peut-être resurgir les mêmes problèmes lorsque le ministère public invoque l'art. 37 ainsi que les privilèges conférés par la common law afin d'empêcher la divulgation des renseignements, et quand l'accusé exige que le juge du procès rende l'ordonnance prévue à l'art. 38.14. Cette approche du tribunal unique pourrait contribuer à bâtir une assise institutionnelle viable pour gérer les relations complexes et dynamiques existant entre le renseignement, les informations secrètes et les éléments de preuve qui doivent être divulgués à l'accusé.

Une autre réforme consisterait à abroger l'art. 38.09 de la LPC qui permet d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel fédérale des décisions portant sur la protection de la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale, avec possibilité, 4n vertu de l'art. 38.1, d'aller jusque devant la Cour suprême du Canada. En général, la procédure au criminel évite les appels interlocutoires de crainte de fragmenter et de retarder les procès criminels. L'accusé resterait évidemment en mesure d'en appeler d'une ordonnance de non-divulgation ou de divulgation partielle dans le cadre de l'appel de sa condamnation. Le ministère public perdrait son droit d'interjeter appel d'une ordonnance autorisant la divulgation, qu'il exerce d'ailleurs à présent dans le cadre du procès Khawaja, mais il garderait son droit de délivrer un certificat interdisant la divulgation aux termes de l'art. 38.13 de la LPC ou d'ordonner la suspension des poursuites s'il était d'avis que la divulgation porterait un préjudice grave à l'intérêt public. Si l'on maintenait la possibilité d'interjeter appel, avant le procès, d'une décision rendue en vertu de l'art. 38, il faudrait toutefois penser à fixer un délai de prescription, comme c'est prévu dans les lois américaines comparables, pour l'audition des arguments et, peut-être, la prise de décisions, et ce non seulement pour le pourvoi en appel, comme il est prévu à l'art. 38.09.

Il faudrait également envisager de suivre l'exemple de l'Australie et des États-Unis, lesquels autorisent les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires qui leur permettent d'examiner et d'évaluer les renseignements confidentiels, tout en les empêchant de divulguer ces informations à moins que le tribunal ne les y autorise. Il vaut peut-être mieux adopter cette approche que le modèle britannique qui permet à des défenseurs spéciaux possédant une habilitation sécuritaire de jouer un rôle d'opposition en contestant les demandes de non-divulgation présentées par l'État. Les instances risquent d'être retardées en attendant

que les défenseurs spéciaux ou *amicus curiæ* prennent connaissance du dossier. En outre, ils ne connaîtront jamais aussi bien ce dossier que le propre défenseur de l'accusé. Cette approche est également conforme à la démarche adoptée dans le cadre du procès de Bagri et Malik, lorsque les défendeurs avaient évité que la procédure prévue par l'art. 38 ne fragmente et ne retarde le procès. En l'espèce, on n'avait pas pris la précaution supplémentaire d'obliger les défenseurs à obtenir une habilitation sécuritaire. Cette exigence risque de compliquer quelque peu le choix d'un avocat, et le processus peut prendre du temps, mais ces problèmes ne devraient pas être insurmontables s'il l'on dispose d'un cadre professionnel de défenseurs possédant une habilitation sécuritaire et, idéalement, des installations et des fonds nécessaires pour assurer la défense. On peut aussi plaider en faveur du maximum de souplesse, ce qui offrirait à l'avocat de la défense l'option d'obtenir une habilitation sécuritaire et (ou) de prendre l'engagement, avec le consentement de son client, de voir les renseignements qui ne peuvent pas être divulgués à celui-ci sans avoir obtenu ultérieurement l'autorisation du procureur ou du juge. Les juges garderaient la faculté de nommer des défenseurs spéciaux possédant l'habilitation sécuritaire requise au cas où la défense n'approuverait pas ces mesures.

L'essentiel est d'habiliter le juge du procès à déterminer s'il faut ou non divulguer des renseignements sensibles à l'accusé. Cette approche devrait inciter le procureur à divulguer entièrement les renseignements au juge et à éviter le non-respect de l'obligation de divulgation qui a entraîné la suspension des poursuites dans l'affaire Khela. Il faudrait également habiliter le juge du procès à rendre des décisions relativement à la divulgation et à la protection de la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale sans risquer que les problèmes d'inefficacité et de partialité éventuelle ressortis des procès Kevork et Ribic. Le juge pourrait décider que la divulgation de renseignements secrets n'est pas nécessaire, tout en restant en mesure de réviser cette décision au cours du procès s'il estime, compte tenu de l'évolution du procès, que la non-divulgation porte préjudice au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Ces réformes, combinées aux stratégies de première ligne qui préparent le terrain, dans la mesure du possible, en vue de la divulgation des renseignements et de leur utilisation en tant qu'éléments de preuve, pourraient constituer une assise plus solide pour assurer une gestion pratique des relations complexes et dynamiques qui existent entre le renseignement secret concernant les menaces terroristes, les éléments de preuve et les renseignements qui doivent être divulgués au tribunal et à l'accusé dans le cadre de poursuites pour terrorisme.

M. Kent Roach, professeur de droit ainsi que de criminologie et de science politique, est titulaire de la Chaire Prichard-Wilson en droit et en politique publique de l'Université de Toronto. En 2002, il a été nommé à la Société royale du Canada par ses confrères et consœurs admis au sein de cette organisation. Par le passé, il a été auxiliaire juridique de feu la juge Bertha Wilson, à la Cour suprême du Canada. Rédacteur en chef du *Criminal Law Quarterly* depuis 1998, il a été souvent appelé à comparaître devant la Cour suprême et devant des cours d'appel à titre d'avocat représentant divers intervenants. Mentionnons parmi les neuf œuvres dont il est l'auteur *Constitutional Remedies in Canada*, écrit qui lui a valu le Prix Owen en 1997, décerné pour le meilleur traité de droit canadien, et *Brian Dickson: A Judge's Journey* (en collaboration avec R. J. Sharpe), lauréat du Prix Dafoe en 2004, accordé à l'ouvrage qui contribue le mieux à faire comprendre la réalité canadienne. En outre, deux autres de ses ouvrages ont été présélectionnés pour le Prix Donner, attribué au meilleur traité en matière de politique publique.

Au cours des dernières années, M. Roach s'est intéressé en particulier aux lois et aux politiques visant la lutte contre le terrorisme. Il a été codirecteur de la rédaction de *Global Anti-Terrorism Law and Policy* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005) et du recueil *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto, University of Toronto Press, 2001). Il a par ailleurs signé *September 11: Consequences for Canada* (Montréal, McGill-Queens University Press, 2003) ainsi que de nombreux articles sur les lois antiterroristes, entre autres les exposés présentés lors de l'édition 2002 de la conférence de la Revue de droit de McGill et de l'édition 2005 de la conférence Vicomte-Bennett. Le texte de ces conférences a été publié par la suite dans la Revue de droit de McGill et dans la *Cardozo Law Review*, respectivement. M. Roach a comparu devant des comités du Parlement du Canada, de l'Indonésie et du Congrès des États-Unis chargés de se pencher sur les lois et politiques antiterroristes. Il a aussi fait partie d'un groupe d'experts juristes qui a examiné, pour le compte de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, les dispositions pénales visant à mettre en œuvre la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire.

Les articles de M. Roach sur les lois antiterroristes ont été publiés en Afrique du Sud, en Australie, au Canada, aux États-Unis, en Égypte, à Hong Kong, en Italie, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et à Singapour. Ils ont également été traduits en arabe, en chinois et en russe. M. Roach a donné des conférences sur les lois et politiques antiterroristes à l'Université de

Cape Town, à l'Université de la Nouvelle-Galles du Sud, à l'Université nationale de Singapour, à l'Université d'Oxford et à l'Université Yale. Il était du groupe consultatif de la recherche rattaché à la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, aux côtés de quatre autres personnes, et était directeur de la recherche de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario. Enfin, il était directeur de la recherche (études juridiques) de la Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India.