

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)
K1A 0S5

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'apprêtent 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'Upperwash* (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 diffèrent 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-divulgation, 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-divulgation 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.

⁹⁶ Protocole d'entente 2006 GRC-SCRS, publication publique no 1374.

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.