

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 injustifiées<sup>97</sup>. 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

---

<sup>97</sup> Les sept principes recensés par Bruce MacFarlane dans « Structural Aspects of Terrorist Trials » sont : 1) la recherche de la vérité, 2) la confiance du public et la légitimité des procédures dans l'opinion, 3) l'équité et la primauté du droit, 4) l'efficacité, 5) la publicité des procédures pénales, 6) l'équilibre entre les droits individuels et l'intérêt public, et 7) la réduction au minimum du risque de condamnation d'innocents.

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

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

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

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

le Royaume-Uni ou la France, par exemple. Il ne peut offrir en échange le même volume et la même qualité de renseignements qu'il obtient des pays qui sont sa principale source d'information. Si la confiance de ces partenaires dans notre aptitude à protéger ces renseignements venait à être ébranlée, le fait que nous soyons une source d'information relativement moins importante que d'autres accroît le risque que les portes d'accès aux renseignements délicats nous soient fermées<sup>98</sup>.

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

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

La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel. Les dispositions de la LIPR prévoyant la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ont un lien rationnel avec cet objectif. Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements : voir *Ruby*. Il reste donc à déterminer si le moyen choisi par le législateur, c'est-à-dire une procédure de délivrance et d'examen de certificats entraînant la détention et l'expulsion des non-citoyens qui constituent un danger pour la sécurité du Canada, porte le moins possible atteinte à leurs droits<sup>100</sup>.

---

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

99 2007 CSC 9.

100 *Ibid.*, par. 68.

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

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

Un autre instrument juridique pertinent, que nous examinerons plus loin de manière plus détaillée, est l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada, qui prescrit à tous les participants au système juridique d'aviser le procureur général de la possibilité de divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables aux relations internationales, ainsi qu'à la défense ou à la sécurité nationales<sup>102</sup>. L'importance de protéger les renseignements intéressant la sécurité nationale est également soulignée par l'art. 38.13 de la même loi, qui confère au procureur général du Canada le pouvoir d'interdire la divulgation, même ordonnée par un tribunal judiciaire, de renseignements relatifs à la défense ou à la sécurité nationales, ou obtenus d'une entité étrangère<sup>103</sup>. Il s'agit là d'un moyen de dernier recours pour protéger les intérêts de l'État canadien et assurer le respect de ses engagements de confidentialité envers d'autres États. Cependant, le secret n'en devient pas pour autant une valeur absolue, puisque l'art. 38.14 de la Loi sur la preuve au Canada autorise le juge de première instance pénale à ordonner toute mesure corrective qui s'avère

---

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

<sup>102</sup> LPC, art. 38.01.

<sup>103</sup> *Ibid.*, art. 38.13.

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

Même en dehors du contexte de la sécurité nationale et des relations internationales, la Cour suprême a constaté l'importance de protéger les informateurs secrets, aussi bien pour assurer leur sécurité que pour garantir que l'on continuera à informer l'État. Ainsi, dans *R. c. Leipert*<sup>104</sup>, elle a statué que la police n'était pas tenue de révéler l'identité du dénonciateur anonyme ayant fourni, dans le cadre du programme Échec au crime, les renseignements qui l'avait amenée à enquêter sur une personne soupçonnée de cultiver de la marijuana. Elle a rejeté le moyen de l'accusé selon lequel il avait droit, en vertu des obligations formulées dans l'arrêt *Stinchcombe*, à la communication de la fiche sur laquelle on avait consigné les renseignements en question, encore qu'expurgée de manière à protéger l'identité du dénonciateur. Notant à la fois la nécessité de protéger la sécurité du dénonciateur et celle d'inciter les autres citoyens à communiquer des renseignements à la police, la Cour a conclu que « le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'il ne saurait être soupesé en fonction d'autres intérêts ». « Une fois que son existence est établie, poursuivait-elle, ni la police ni les tribunaux n'ont le pouvoir discrétionnaire de le restreindre<sup>105</sup>. » La Cour a aussi conclu que le juge du fond avait commis une erreur en communiquant à l'accusé une version expurgée de la fiche en question, en raison du danger de lui révéler par inadvertance des renseignements qui eussent pu permettre l'identification du dénonciateur<sup>106</sup>. La Cour a rejeté l'argument voulant que le privilège relatif aux indicateurs de police soit incompatible avec les obligations de divulgation formulées dans *Stinchcombe*, au motif que les règles régissant la communication sont elles-mêmes subordonnées à des privilèges afférents à la preuve, notamment le privilège de l'indicateur de police. Celui-ci, a-t-elle fait observer, est un privilège consacré, qu'on ne peut lever qu'en démontrant que la preuve de l'innocence de l'accusé est en jeu. Et même lorsque cette exception limitée se révèle applicable, « l'État assure [...] en général la protection de l'indicateur au moyen de divers programmes de sécurité, ce qui démontre encore une fois l'importance de ce privilège pour le public »<sup>107</sup>.

---

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

105 *Ibid.*, par. 14.

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

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

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

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

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

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

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

---

108 2007 CSC 9.

offrir la protection de l'application régulière de la loi qui constitue le fondement même de l'art. 7 de la Charte. Il se peut que cette protection ne soit pas aussi complète qu'en l'absence de contraintes liées à la sécurité nationale. Mais il demeure qu'il ne saurait y avoir conformité avec l'art. 7 sans une protection véritable et substantielle<sup>109</sup>.

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

La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l'essentiel, le principe vénérable voulant qu'une personne dont la liberté est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre. Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise. C'est là une réalité de la société moderne. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'un ni l'autre n'a été fait en l'espèce<sup>111</sup>.

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

---

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

110 *Ibid.*, par. 53.

111 *Ibid.*, par. 61.

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

Dans le récent procès concernant Air India (R. c. Malik, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350), les avocats du ministère public et de la défense ont été appelés à gérer des renseignements de sécurité et à tenter de protéger l'équité procédurale. Le ministère public avait en main le fruit de 17 longues années d'enquête sur l'attentat terroriste perpétré contre un avion de passagers ainsi que sur une explosion liée à la même affaire survenue à Narita, au Japon. Il a retenu des renseignements en invoquant la pertinence, le privilège de la sécurité nationale et le privilège relatif au litige. Le ministère public et la défense ont convenu que les avocats de la défense obtiendraient le consentement de leurs clients pour procéder à un examen préliminaire des documents retenus après s'être engagés par écrit à ne pas en divulguer le contenu à qui que ce soit, y compris leurs clients. La divulgation dans le cadre d'un procès spécifique, à un groupe limité d'avocats sous réserve d'engagements, ne constitue peut-être pas une solution pratique dans le contexte d'une loi générale sur l'expulsion qui suppose l'intervention de nombreux avocats différents dans un très grand nombre de causes. Néanmoins, les procédures adoptées pour le procès concernant Air India indiquent qu'il faut chercher une solution moins attentatoire que celle retenue dans la LIPR<sup>112</sup>.

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

---

112 *Ibid.*, par. 78.



de la Charte, à faire des compromis en faveur de la nécessité du secret tout en garantissant le respect de l'équité fondamentale<sup>113</sup>.

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

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

---

113 *Ibid.*, par. 139.

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

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

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

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

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

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

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

[...] Plusieurs principes relatifs au droit à une défense pleine et entière émanent de l'analyse qui précède. Premièrement, le droit à une défense pleine et entière est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable. À cette fin, les tribunaux doivent tenir compte du danger de placer l'accusé dans une situation sans issue à titre de condition pour présenter une défense pleine et entière, et ils vont même passer outre à des intérêts opposés pour protéger le droit à une défense pleine et entière dans certains cas comme celui de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé, qui s'applique au privilège de l'indicateur de police. Deuxièmement, le droit de l'accusé doit être défini dans un contexte qui englobe d'autres principes de justice fondamentale et dispositions de la Charte. Troisièmement, le droit à une défense pleine et entière n'inclut pas le droit à des éléments de preuve qui fausseraient la recherche de la vérité inhérente au processus judiciaire<sup>116</sup>.

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

---

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

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

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

Nous avons examiné dans la section précédente la grande importance que la tradition judiciaire attribue à la protection de l'identité des informateurs et la façon dont la Cour suprême a dispensé de l'obligation de communication formulée dans *Stinchcombe* les renseignements relevant du privilège de l'indicateur de police. Cela dit, la protection des informateurs n'est pas une valeur absolue; elle est subordonnée sous au moins deux rapports au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Dans l'arrêt *R. c. Leipert* examiné plus haut, la Cour suprême a conclu que l'on pouvait protéger l'identité de la personne qui avait informé la police sous le couvert de l'anonymat (dans le cadre du programme Échec au crime), mais que, pour des raisons d'équité, on aurait dû obliger l'État à défendre le mandat de perquisition sans invoquer les renseignements communiqués par ce dénonciateur anonyme<sup>117</sup>. La preuve dont l'accusé ne pouvait prendre connaissance ne pouvait être utilisée contre lui. Il restait possible de concilier les exigences de l'équité et du secret en permettant à l'État de défendre le mandat sans s'appuyer sur les renseignements qui ne pouvaient être communiqués à l'accusé. Comme on le verra plus loin, une approche analogue a été suivie dans certains procès importants pour terrorisme<sup>118</sup>.

---

117 *Ibid.*, par. 40.

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

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

Dans la mesure où des règles et privilèges empêchent une personne innocente d'établir son innocence, ils doivent céder le pas au droit à un procès équitable garanti par la Charte. Or, la règle de common law du privilège relatif aux indicateurs de police ne contrevient pas à ce principe. Dès son origine, la règle a reconnu la priorité du principe de droit selon lequel [TRADUCTION] « il ne faut pas condamner un innocent lorsqu'il est possible de prouver son innocence », en permettant de faire exception au privilège dans le cas où l'innocence d'une personne est en jeu : *Marks c. Beyfus*, précité. Il n'est donc pas étonnant que notre Cour ait, à maintes reprises, décrit le privilège relatif aux indicateurs de police comme un exemple du principe de droit voulant qu'on ne doive pas condamner une personne innocente, plutôt que comme une dérogation à ce principe<sup>119</sup>.

Cependant, même lorsque s'applique l'exception limitée de la preuve de l'innocence, le tribunal « ne [doit] révéler que les renseignements essentiels à l'établissement de l'innocence » et, avant d'ordonner la communication, donner au ministère public la possibilité de demander la suspension de l'instance<sup>120</sup>.

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

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

119 *Ibid.*, par. 24.

120 *Ibid.*, par. 33.

de justice pénale pour des décennies et on ébranlerait gravement la confiance du public. Qu'on se rappelle l'effet qu'a eu l'affaire des Six de Birmingham sur la confiance du public dans les années 1970 et 1980. Il n'est pas de pire outrage à la Constitution d'un pays que le sort d'hommes et de femmes qui languissent en prison durant des années pour des crimes qu'ils n'ont pas commis. Quelle meilleure façon pourrait-on trouver de produire la désillusion et la désaffection? Il ne faut pas s'aliéner les secteurs de la population dont on a justement besoin de l'adhésion et de l'étroite collaboration pour tenter des poursuites qui débouchent sur des condamnations justifiées<sup>121</sup>.

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

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

---

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

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

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

Il n'est ni dans l'intérêt de la société ni dans celui des victimes que l'on condamne un innocent pour un acte de terrorisme. L'expérience montre que les condamnations injustifiées jettent le discrédit sur l'administration de la justice de bien des façons, notamment en rendant souvent impossible d'arrêter, de poursuivre et de punir les véritables auteurs de crimes odieux. Les affaires de terrorisme dans lesquelles l'État peut avoir des raisons légitimes de ne pas révéler des renseignements sur des suspects possibles présentent un risque particulier de condamnations injustifiées<sup>123</sup>.

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

### **Le respect de la présomption de publicité des procédures judiciaires**

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

---

<sup>123</sup> Bruce MacFarlane, « Structural Aspects of Terrorist Trials »; ainsi que Kent Roach et Gary Trotter, « Miscarriages of Justice in the War Against Terrorism », (2005) 109 *Penn State Law Review* 1001.

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

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

Le principe de la publicité des débats en justice est inextricablement lié à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte et sert à promouvoir les valeurs fondamentales qu'elle véhicule [...] La liberté de la presse de faire rapport sur les instances judiciaires constitue une valeur fondamentale. De même, le droit du public d'être informé est également protégé par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression [...] Étant donné que c'est elle qui véhicule au public l'information concernant le fonctionnement des institutions publiques, la presse joue un rôle vital [...] Par conséquent, le moins qu'on puisse dire est qu'il ne faut pas modifier à la légère le principe de la publicité des débats en justice<sup>124</sup>.

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

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

---

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



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

La Cour suprême reconnaît dans *Vancouver Sun (Re)* que certaines procédures judiciaires doivent par nature se tenir à huis clos. Elle admet que les demandes d'investigation judiciaire ex parte, comme d'autres demandes ex parte telles que celles visant un mandat de perquisition, doivent être entendues à huis clos. « Il est fort possible, constate la Cour, qu'une grande partie des investigations judiciaires soient, par nécessité, tenues secrètes. Il est également fort possible que leur existence même doive parfois demeurer secrète<sup>126</sup>. » Cependant, la majorité a conclu d'après les faits de l'espèce qu'on aurait dû appliquer la règle du secret à la demande d'investigation judiciaire et au nom du témoin qui devait être contraint à comparaître, mais qu'il aurait fallu dévoiler l'existence de l'ordonnance d'investigation judiciaire et rendre publique l'audition de la contestation de l'investigation sous le régime de la Charte. Elle ajoutait que, dans les affaires où l'existence même d'une investigation judiciaire aurait fait l'objet d'une ordonnance de mise sous scellés, le juge devrait mettre en œuvre, une fois l'investigation achevée, un mécanisme de publication de son existence et, dans la mesure du possible, de son contenu<sup>127</sup>.

---

125 *Ibid.*, par. 29.

126 *Ibid.*, par. 41.

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

La Cour suprême a confirmé la présomption de publicité des procédures judiciaires dans le contexte d'une demande, formée par le ministère public, de mise sous scellés de mandats et des dénonciations utilisées pour les obtenir. « Dans tout environnement constitutionnel, a-t-elle rappelé, l'administration de la justice s'épanouit au grand jour – et s'étiole sous le voile du secret<sup>128</sup>. » Une norme rigoureuse de justification des atteintes à la liberté d'expression s'applique à l'étape de l'enquête aussi bien qu'à celle du procès. Le juge Fish écrit à ce propos :

Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l'avocat du ministère public a parlé à cet égard de [TRADUCTION] « l'avantage lié à l'effet de surprise ». À cet égard, le juge Doherty a rappelé la conclusion énoncée par le juge Iacobucci, au par. 34 de l'arrêt *Mentuck*, que l'accès à des documents du tribunal ne saurait être refusé dans le seul but de conférer aux responsables de l'application de la loi un avantage pour le déroulement de l'enquête; au contraire, la partie qui demande le secret doit au moins alléguer l'existence d'un risque grave et précis pour l'intégrité de l'enquête criminelle<sup>129</sup>.

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

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

---

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

129 *Ibid.*, par. 39.

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

LPC<sup>131</sup>. Cependant, la justification du huis clos a été confirmée à l'égard des parties des instances où l'on examine des renseignements secrets<sup>132</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

Le Code criminel confère aux juges, dans les cas où l'exige la bonne administration de la justice, le pouvoir d'exclure le public de la salle d'audience<sup>134</sup> et de rendre des ordonnances interdisant la diffusion de tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'un témoin, d'une victime ou d'une personne associée au système judiciaire qui participe à la procédure<sup>135</sup>. Bien que la Cour suprême ait infirmé une interdiction de publication touchant l'identité d'un témoin dans l'affaire d'investigation judiciaire relative au procès Air India – en grande partie parce que le témoin n'avait pas demandé une telle interdiction –, le juge Josephson a rendu deux ordonnances de non-publication permanentes concernant l'identité de témoins dans la poursuite contre Malik et Bagri. Il motive en ces termes l'une de ces ordonnances :

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

Dans ce contexte, les craintes actuelles du témoin pour sa sécurité n'ont rien d'hypothétique. Qui plus est, le risque n'est pas moins grand pour elle du fait qu'elle s'est déjà acquittée de ses obligations de témoin, étant donné que le danger de représailles constitue un élément important de ce risque<sup>136</sup>.

134 Code criminel, art. 486.1.

135 *Ibid.*, art. 486.5.

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

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

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

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

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

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

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

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

fédérale. Cette procédure a déjà entraîné la déclaration de nullité d'une instance, en raison du retard causé par l'introduction d'une telle procédure distincte au milieu du procès devant jury<sup>137</sup>. S'il est vrai qu'un deuxième procès dans cette affaire a pu atteindre le stade du verdict et qu'on a révisé la LPC en 2001 pour favoriser le règlement avant procès, juridictionnel ou non, des différends sur la confidentialité des renseignements intéressant la sécurité nationale, le risque de ralentissement et de perturbation des poursuites pour terrorisme n'en subsiste pas moins. Le meilleur exemple en est l'affaire Khawaja, toujours en instance, qui a été retardée par des procédures avant procès, notamment la décision de questions sous le régime de l'art. 38 de la LPC et les appels afférents. L'arrestation de Khawaja remonte à mars 2004, et le procès n'avait pas encore commencé en octobre 2007. Par contre, le procès des complices supposés de Khawaja s'est achevé en avril 2007, encore qu'il s'agisse d'un des plus longs procès de l'histoire britannique : il a en effet duré 13 mois, dont 27 jours de délibérations du jury après que 105 témoins à charge se furent succédé à la barre<sup>138</sup>. Certains pays ont plus d'expérience que le Canada en matière de poursuites pour terrorisme, de sorte que nous devrions examiner attentivement leur procédure pour établir si elle offre des moyens plus efficaces de concilier les exigences rivales de l'équité et du secret.

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

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

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

---

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

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

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

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

Il existe également un intérêt de la société qui est, par sa nature même, contraire aux intérêts de l'accusé. Dans l'arrêt Conway, notre Cour, à la majorité, a reconnu que les intérêts de l'accusé doivent être contrebalancés par les intérêts de la société dans l'application de la loi. Ce thème a été repris dans l'arrêt Askov par le juge Cory qui a mentionné que « la société a un intérêt de s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi » (à la p. 1219). Plus un crime est grave, plus la société exige que l'accusé subisse un procès. Le rôle de cet intérêt est des plus évidents et son influence des plus apparentes lorsqu'on cherche à absoudre des personnes accusées de crimes graves simplement dans le but d'alléger le rôle<sup>139</sup>.

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

---

<sup>139</sup> R. c. Morin, [1992] 1 R.C.S. 771.



peut-être pour des motifs discriminatoires liés à ses convictions politiques ou religieuses. En outre, le droit garanti par l'al. 11b) reste un droit justiciable dont la mesure protectrice minimale est la suspension d'instance, à laquelle on a déjà eu recours pour mettre fin à certains mégaprocès<sup>140</sup>. Bien que les juges appliquent une approche globale et contextuelle à la question des retards judiciaires, qu'ils répugnent avec raison à suspendre pour ce motif les instances mettant en jeu des infractions graves, et que l'accusé doit lui-même dans certains cas renoncer au bénéfice de l'al. 11b) pour introduire des procédures déterminées, il a, au bout du compte, un droit exécutoire contre le retard à être jugé. Le danger de violation de l'al. 11b) ajoute un étai constitutionnel au principe général que les poursuites pour terrorisme doivent être menées avec efficacité pour le bien de l'accusé et celui de la collectivité.

### Résumé

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

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

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

---

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