

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

Résumé

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴¹ *Loi sur le SCRS*, par. 21(1).

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

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

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

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

L'article 8 de la Charte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

145 *Ibid.*, p. 153.

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

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

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

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

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

149 *Ibid.*, par. 11.

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

L'article premier de la Charte

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

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

¹⁵⁰ *Loi sur le SCRS*, art. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paragraphe 24(2) de la Charte

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

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

155 *Ibid.*, par. 98.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

166 *Ibid.*, p. 189.

167 *Ibid.*, p. 190.

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

169 *Ibid.*, p. 192.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

176 Stanley Cohen, *op. cit.* p. 231.

177 *Ibid.*, p. 236.

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

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

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

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

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

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

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

L'admissibilité des renseignements d'origine électromagnétique

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸³ *R. c. Hape*, 2007 CSC 26.

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

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

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

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

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

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

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

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

184 *Code criminel*, art. 186.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 276.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[traduction]

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

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

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

¹⁹³ *ibid.*, p. 281 et 282.

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

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

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

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

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

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

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

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

199 *Ibid.*, p. 346.

200 *Ibid.*, p. 346.

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

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

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

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

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

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

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

²⁰³ Brian McAndrews, « Five acquitted in terror trial », *Toronto Star*, 15 avril 1987, p. A1.

²⁰⁴ *R. v. Hunter* (1987) 34 C.C.C.(3d) 14 (C.A. Ont.)

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

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

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

Résumé

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Obligations et restrictions en matière de divulgation au Canada

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

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

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

²⁰⁵ Se reporter à la partie I de notre étude.