

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

IV. Obligations et restrictions en matière de divulgation au Canada

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

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

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

²⁰⁵ Se reporter à la partie I de notre étude.

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

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

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

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

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

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

²⁰⁶ [1991] 3 R.C.S. 326.

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

La portée du droit à la divulgation

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

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

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

²⁰⁷ [1993] 2 R.C.S. 451.

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

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

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

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

209 *ibid.*, par. 5.

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

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

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

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

210 *Ibid.*, par. 32.

211 *Ibid.*, par. 35.

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

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

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

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

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

212 Code criminel, art. 83.18 et 83.19.

213 *Ibid.*, par. 21.

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

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

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

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

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

214 *Ibid.*, par. 23.

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

216 *Ibid.*, par. 20.

217 *Ibid.*, par. 25.

218 *Ibid.*, par. 32.

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

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

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

219 *Ibid.*, par. 34.

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

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

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

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

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

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

222 *Ibid.*, par. 71.

223 *Ibid.*, par. 84.

224 *Ibid.*, par. 99.

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

Clarifications ou restrictions législatives apportées à l'arrêt Stinchcombe

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

228 *Ibid.*, par. 75.

229 *Ibid.*, par. 112.

230 *Ibid.*, par. 115.

231 *Ibid.*, par. 9.

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

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

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

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

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

²³² *Ibid.*, par. 144.

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

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

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

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

²³⁵ *R. c. Mills*, par.145.

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

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

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

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

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

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

L'arrêt Stinchcombe et le devoir de préserver la preuve

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

243 *Ibid.*, par. 24.

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

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

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

244 *Ibid.*, par. 22.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

248 *Ibid.*, par. 10.

249 *Ibid.*, par. 14.

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

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

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

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

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

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

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

253 *Ibid.*, par. 17.

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

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

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

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

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

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

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

²⁵⁵ *Ibid.*, par. 27.

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

La divulgation et la protection des indicateurs et des témoins

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

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

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

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

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

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

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

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

258 *Ibid.*

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

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

L'affaire Khela

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

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

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

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

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

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

À l'ouverture du second procès en 1992, les accusés ont demandé l'arrêt des procédures au motif, d'une part, que le ministère public ne s'était pas acquitté de son obligation de communication et, d'autre part, que leur droit à un procès dans un délai raisonnable avait été violé. Le ministère public a divulgué les notes des policiers responsables de Billy Joe et une déclaration de ce dernier suivant laquelle [b]ien sûr qu'il s'agissait de faire sauter des avions et, la raison pour laquelle je suis disposé à témoigner, c'est que je pense que c'est fou de comploter pour faire sauter des avions et de tuer des centaines de personnes innocentes »²⁶³. L'on a soutenu qu'il s'agissait là de l'unique déclaration faite par Billy Joe à la police concernant

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

²⁶³ *Ibid.*, 87.

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

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

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

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

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

266 *Ibid.*, 90.

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

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

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

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

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

²⁶⁸ *Ibid.*, par. 20.

²⁶⁹ *Ibid.*, par. 41.

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

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

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

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

271 *Ibid.*, par. 37.

272 *Ibid.*, par.35.

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

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

273 *Ibid.*, par. 40.

274 *Ibid.*, par. 41.

275 *Ibid.*, par. 71.

276 *Ibid.*, par. 71.

277 *Ibid.*, par. 46.

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

279 *Ibid.*, par. 67.

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

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

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

280 *Ibid.*, par. 71.

281 *Ibid.*, par. 45.

282 *Ibid.*, par. 90.

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

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

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

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

283 *Ibid.*, par. 88.

284 *Ibid.*, par. 93.

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

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

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

Résumé

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

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

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

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

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

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

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