

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

287 (1989) 47 C.C.C.(3d) 567

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹⁵ LPC art. 38.03.

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

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

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

5. Le [procureur général (p.g.)] fait valoir que l'instance relative à la demande présentée en vertu de l'article 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada comporte un certain nombre d'étapes habituelles, comme suit.

6. Premièrement, à la suite de la réception d'un avis de demande aux termes de l'article 38.04, le p.g. présente une requête en directives en vertu de l'alinéa 38.04(5) a) de la Loi sur la preuve au Canada. Dans les documents relatifs à sa requête, le p.g. indique toutes les parties ou tous les témoins dont il croit que les intérêts peuvent être touchés par l'interdiction de divulguer des renseignements, et il peut proposer quelles personnes doivent être officiellement désignées comme parties défenderesses. Le p.g. demande que ce volet de la requête en directives soit tranché par écrit.

7. Après avoir lu les documents relatifs à la requête du p.g., la Cour fédérale, aux termes de l'alinéa 38.04(5)c) de la Loi sur la preuve au Canada, désigne les parties défender

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹⁸ *Ibid.*, par. 37.

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹⁹ LPC, par. 38.031(9).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La guerre froide et la confidentialité liée à la sécurité nationale

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

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

304 *Ibid* à 480.

305 *Ibid* à 488.

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

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

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

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

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

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

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

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

Le juge admet qu'il pouvait paraître compréhensible que le gouvernement pêche par excès de prudence, mais il critique la démarche que ce dernier a adoptée dans ses demandes CSN :

... la multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations CSN. En conséquence, le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale. [...] Je soulève la question de la trop grande portée des réclamations CSN du gouvernement dans l'espoir que l'expérience acquise dans le cadre de la présente Commission orientera, en quelque sorte, d'autres procédures. Lorsque le gouvernement formule des réclamations CSN à l'égard d'une certaine information dans une procédure judiciaire ou administrative, et que l'on vise la reddition de comptes du secteur public et l'équité, le facteur le plus important consiste, pour le gouvernement, à limiter dès le départ la portée de ces réclamations à ce qui est vraiment nécessaire. S'adresser aux tribunaux pour résoudre les réclamations CSN contestables ne profite à personne. Bien que les organismes gouvernementaux puissent être tentés de formuler des réclamations CSN pour soustraire certaines informations à l'examen du public et éviter une situation potentiellement embarrassante, ils devraient toujours résister à cette tentation³⁰⁸.

³⁰⁸ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar, Analyse et recommandations* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux), p. 326 à 329.

Le juge O'Connor soulève la question de « la trop grande portée des réclamations CSN du gouvernement dans l'espoir que l'expérience acquise dans le cadre de la présente commission orientera, en quelque sorte, d'autres procédures »³⁰⁹.

La Cour fédérale a, par la suite, autorisé la divulgation, dans le rapport public rédigé par le juge O'Connor, de certains renseignements à propos desquels le gouvernement avait invoqué l'art. 38 de la LPC. Il était question du FBI et de la CIA, de l'utilisation de renseignements d'origine syrienne grâce auxquels un mandat avait été émis au Canada, ainsi que de déclarations chocs faites par un haut responsable du SCRS quant aux intentions des autorités américaines au sujet de Maher Arar. Le juge Noël a conclu qu'une partie des renseignements que le gouvernement voulait garder confidentielle ne correspondait même pas aux critères du préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales du Canada³¹⁰. Cette conclusion revêt un caractère extraordinaire, surtout compte tenu des égards que les tribunaux accordent généralement aux allégations de préjudice potentiel³¹¹ du gouvernement et de la portée des intérêts de l'État aux chapitres de la sécurité nationale, de la défense nationale et des relations internationales.

Même si une étude comme la nôtre est limitée, puisqu'elle s'appuie sur des sources publiques, force est de constater que le gouvernement a récemment revendiqué la confidentialité liée à la sécurité nationale de façon trop générale et trop systématique. Les revendications CSN de trop grande portée sont particulièrement dangereuses dans le cas des procès pour terrorisme parce qu'elles risquent de retarder et de fragmenter ces instances à causes du recours à la procédure prévue à l'art. 38. Nous examinerons cette procédure plus en détail à la faveur de trois études de cas. Pour l'instant, je me propose toutefois de voir dans quelle mesure il est nécessaire de revoir les concepts de confidentialité liée à la sécurité nationale qui remontent à la période de la guerre froide au vu des défis

309 *Ibid.*, p. 328.

310 *Le Procureur général du Canada c. La Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, et Maher Arar*, 2007 C.F. 766, par. 91; Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, addendum (Ottawa : Travaux publics, 2007).

311 Voici, par exemple, ce qu'a indiqué le juge Noël : « Il est bien établi en droit, au Canada comme dans de nombreux autres pays régis par la common law, que les tribunaux doivent montrer de la retenue à l'égard des décisions de l'exécutif pour ce qui concerne les questions de sécurité nationale, de défense nationale et de relations internationales, car l'on considère que le pouvoir exécutif est, davantage que le pouvoir judiciaire, dépositaire de connaissances spécialisées en ces matières ». *Ibid.*, par. 46.

que présente le terrorisme ainsi que des risques associés à la multiplication des réclamations par l'exécutif.

Changer la façon d'aborder la règle des tiers

La règle des tiers veut que l'organisme destinataire de renseignements visés par des restrictions ou des réserves quant à leur utilisation subséquente ne dévoile pas cette information et ne s'en serve surtout pas en preuve dans une action en justice sans le consentement préalable de l'émetteur. Dans un procès pour terrorisme, cela revient à dire que le renseignement émanant d'un organisme étranger ou même d'un organisme national ne doit pas être divulgué aux autres parties à l'instance sans le consentement explicite de la partie à l'origine de l'information.

Le juge O'Connor a traité de la nécessité d'assortir les renseignements partagés avec d'autres pays de restrictions ou réserves et de protester en cas de non-respect de ces restrictions, mais il n'estime pas pour autant que la règle des tiers constitue un obstacle absolu à la communication d'information. Voici ce qu'il déclare à ce sujet :

Les réserves ne devraient pas être considérées comme un obstacle au partage de l'information, surtout lorsqu'il s'agit de partage d'information dépassant les limites de ce qui est de prime abord envisagé. Elles peuvent aisément être assorties de modalités claires permettant de demander la modification ou l'assouplissement des restrictions imposées à l'utilisation et à la dissémination de l'information lorsque les circonstances le justifient. La procédure n'a pas à être longue ou complexe³¹².

Dans une décision récente qu'il a rendue à la suite d'une procédure entamée au titre de l'art. 38, dans le procès Khawaja pour terrorisme, le juge Mosley devait préciser ce qui suit :

L'objet de la règle des tiers est manifestement de protéger et d'encourager l'échange de renseignements sensibles entre le Canada et les États ou organismes étrangers, en protégeant pour cela à la fois la source et le contenu des renseignements échangés, l'unique exception étant que le Canada a toute latitude de communiquer les

³¹² Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar, Analyse et recommandations* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux), p. 369.

renseignements et/ou de faire état de leur source si le consentement de la source est obtenu.

Cependant, dans l'application de cette notion à tel ou tel élément de preuve, la Cour doit être consciente que cette notion n'englobe pas toutes les situations. D'abord, il faut se demander si le Canada a ou non tenté d'obtenir un consentement à la communication des renseignements. Je suis enclin à dire, comme le défendeur, qu'il n'est pas loisible au procureur général de prétendre tout bonnement que des renseignements ne peuvent pas être divulgués en application de la règle des tiers, si une demande de consentement à la divulgation, sous une forme ou sous une autre, n'a pas été en fait présentée à la source étrangère.

Deuxièmement, comme l'a signalé la Cour dans la décision *Ottawa Citizen*, lorsque l'organisme canadien a connaissance de renseignements avant de les avoir reçus d'un ou de plusieurs organismes étrangers, « la règle des tiers n'a aucune pertinence ». Dans ce cas, les renseignements doivent être communiqués, sauf si un autre intérêt légitime sur le plan de la sécurité a été invoqué : décision *Ottawa Citizen*, précité, paragraphe 66. À titre de comparaison, on pourrait pareillement prétendre que, lorsque des renseignements sont de notoriété publique avant ou après leur réception d'une source étrangère, la règle des tiers n'a là non plus aucune pertinence dans la mesure où c'est la source publique qui est mentionnée³¹³.

Cette approche laisse entendre que la règle des tiers ne doit pas être appliquée de façon systématique. Avant de l'invoquer, le gouvernement doit s'appliquer à tenter, de bonne foi, d'obtenir le consentement du tiers parti concerné pour utiliser les éléments de preuve qui l'intéressent. Partant des faits de l'espèce, le juge Mosley a conclu que l'organisme du renseignement britannique avait refusé de consentir à la divulgation des renseignements à l'accusé à cause des problèmes de sécurité qui régnaient alors en Grande-Bretagne et d'une enquête en cours. Le juge a cependant ajouté du même souffle qu'un « un organisme de renseignement des États-Unis avait consenti durant l'audience à la divulgation d'un document important qui avait été auparavant assorti d'une réserve »³¹⁴. La guerre contre le terrorisme n'infléchira certes pas la règle des tiers, mais elle devrait influencer les alliés dans leur disposition à consentir à la divulgation de renseignements dans le cadre d'un procès

³¹³ *R. c. Khawaja* 2007 C.F. 490, par. 145-147.

³¹⁴ *Ibid.*, par. 153.

criminel. Nos alliés sont aux prises avec les mêmes problèmes que nous en ce qui concerne la transformation des données du renseignement en éléments de preuve à des fins de poursuites pour terrorisme. Comme nous l'avons vu dans la première partie de la présente étude, certains organismes comme le MI5 ont publiquement annoncé leur volonté de recueillir des renseignements en appliquant les normes de la preuve. Malheureusement, on constate des signes de résistance à l'adoption d'une approche modifiée à la règle des tiers selon laquelle le gouvernement devrait obtenir le consentement de l'organisme source avant de pouvoir se réfugier derrière la règle des tiers. Dans l'arrêt *Canada c. la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*³¹⁵, le juge Noël cite un affidavit rempli par un employé de la GRC dans lequel on peut lire « si la GRC devait en l'espèce obtenir un consentement à la divulgation des renseignements, l'engagement de la GRC à observer la règle des tiers pourrait être mis en doute puisque la divulgation serait demandée pour une fin autre que l'application de la loi, et donc en dehors des paramètres généralement admis pour l'obtention d'un consentement (affidavit de X (au nom de la GRC), paragraphe 42) »³¹⁶. Or, si cette approche devait être retenue, elle pourrait considérablement gêner l'obtention du consentement en vue de permettre l'utilisation de données du renseignement en tant qu'éléments de preuve ou éléments d'informations à divulguer à l'accusé³¹⁷.

La règle des tiers joue un rôle déterminant de toute revendication légitime de confidentialité liée à la sécurité nationale, mais elle ne devrait pas être invoquée de façon systématique. Elle ne peut s'appliquer qu'aux informations reçues d'un tiers sous le sceau de la confiance, et ne devrait pas s'étendre aux renseignements qui étaient du domaine public ou détenus de façon indépendante par des organismes canadiens. Ces derniers devraient d'ailleurs chercher à obtenir le consentement de l'organisme source en vue de pouvoir utiliser les données du renseignement visées par la règle des tiers, comme l'ont recommandé le juge O'Connor (*Commission Arar*) et le juge Mosley. Ces organismes pourront toujours refuser d'accorder leur consentement, mais il faut savoir qu'eux aussi sont aux prises avec des problèmes identiques tenant à la nécessité d'établir un lien entre renseignement et preuve dans le cadre d'enquêtes antiterroristes.

315 2007 C.F. 766.

316 *Ibid.*, par. 72.

317 Le juge Noël n'a pas directement commenté cette allégation dans son jugement public, ce qui ne l'a pas empêché d'émettre l'avertissement suivant : « il faut agir avec circonspection lorsqu'on envisage la possibilité de transgresser la règle des tiers à l'égard de renseignements obtenus de nos alliés les plus importants ». *Ibid.*, par. 80.

Changer la façon d'envisager l'effet mosaïque

L'effet mosaïque dont a traité le juge Addy (voir ci-dessus) se rapporte au processus suivant lequel la divulgation d'un élément d'information apparemment inoffensif peut s'avérer préjudiciable si un ennemi le place dans un contexte plus large (la mosaïque). Ce genre de préoccupation était logique durant la guerre froide, quand un service du renseignement professionnel, comme le KGB, cherchait à mettre la main sur tous les renseignements divulgués et déployait des ressources en conséquence. Comme nous l'avons vu, cette manière de procéder est beaucoup moins logique quand l'ennemi n'est pas un État, comme c'est le cas des groupes terroristes. Si des cellules comme al-Qaïda peuvent effectivement consacrer une partie de leurs ressources à des activités de contre-ingérence, ils n'ont pas les mêmes ressources que les États. Certains pays peuvent toutefois désirer appuyer des activités terroristes et donc se livrer à un certain travail de contre-ingérence. Cela dit, dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, l'effet mosaïque n'est plus aussi menaçant qu'il l'était à l'époque de la guerre froide.

Bien que le contexte ait changé, il est de notoriété publique que le SCRS continue d'invoquer l'effet mosaïque pour justifier ses demandes de non-divulgation. Par exemple, dans son jugement relatif à la Commission Arar, le juge Noël cite l'affidavit d'un représentant du SCRS :

[traduction]... dans les mains d'un lecteur bien informé, des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui par eux-mêmes ne sont pas nécessairement très sensibles, pourront servir à dresser un tableau plus détaillé une fois comparés à des renseignements déjà connus du destinataire ou pouvant être obtenus d'une autre source. En intégrant les renseignements divulgués par le Service à ceux qui sont déjà connus, le lecteur informé pourra en apprendre bien davantage sur les cibles du Service et sur la profondeur de ses connaissances que ce qu'un document révélera à première vue à un lecteur non informé. En outre, une personne qui a une connaissance personnelle des évaluations et conclusions du Service sur un individu, ou une connaissance personnelle de l'ampleur des renseignements du Service, ou de son manque de

renseignements, touchant telle ou telle menace, sera en mesure de savoir que ses activités ont échappé à la vigilance du Service³¹⁸.

Le juge Noël poursuit en affirmant, comme l'avait fait le juge Mosley dans l'arrêt *Khawaja*, que « l'effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même, et cela parce qu'il est difficile de se mettre à la place d'un tel « observateur bien informé », une raison suffisante d'empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué »³¹⁹. Les tribunaux ainsi que les organismes du renseignement, nationaux et étrangers, devraient réexaminer les anciennes prémisses en la matière, étant donné que le renseignement concernant les activités terroristes est de plus en plus susceptible de présenter une valeur probante.

Critiques de l'article 38 de la Loi sur la preuve au Canada

L'article 38 de la LPC a été la cible de nombreux commentaires négatifs. À l'exception de certaines dispositions imposant la tenue de séances à huis clos, jusqu'ici, cet article a été jugé conforme à la Charte.

Pour Stanley Cohen, les modifications apportées à la LPC en 2001 [traduction] « visent à réaliser l'équilibre qui s'impose dans le cas de la divulgation d'éléments d'information importants chaque fois qu'il est question de sécurité nationale »³²⁰. Il fait remarquer que le certificat du procureur général, émis en vertu de l'art. 38.13, peut s'imposer au nom de l'engagement pris par le Canada envers ses alliés, et que l'art. 38.14 constitue [traduction] « une protection appréciable » allant jusqu'à la possibilité d'ordonner un arrêt de la procédure en cas d'émission d'un certificat en vertu de l'art. 38.13. Pour ce même auteur, les dispositions prévoyant l'admission d'un résumé ou la divulgation partielle des renseignements [traduction] « visent à promouvoir la capacité des parties concernées d'accéder aux informations concernant les relations internationales ou la défense nationale ou encore la sécurité nationale du Canada, et de les utiliser d'une façon qui soit conforme à leurs droits de bénéficier d'un procès équitable »³²¹.

318 *Ibid.*, citation traduite, par. 83.

319 *Ibid.*, par. 84. Voir aussi R. .c. *Khawaja* 2007 C.F. 490, par. 136.

320 Stanley Cohen *Privacy, Crime and Terror* (Toronto: Butterworths, 2005), p. 307.

321 *Ibid.*, p. 304.

Hamish Stewart fait remarquer qu'à la suite des modifications de 2001, l'art. 38 de la LPC [traduction] « s'applique à une gamme plus étendue de renseignements que ne le prévoit la doctrine traditionnelle de l'immunité d'intérêt public » parce qu'il vise des informations que le gouvernement a protégées, informations dont la divulgation peut ou non être préjudiciable³²². Il critique le dédoublement de procédure qui soutient l'art. 38, surtout dans les causes au pénal, parce que [traduction] « le juge de la Cour fédérale est appelé à rendre une décision au sujet de la divulgation sans avoir participé au procès et sans avoir décidé du remède éventuel à adopter en cas de non-divulgation ». S'il reconnaît que les juges de la Cour fédérale ont une certaine expérience dans les questions de sécurité nationale, le professeur Stewart affirme tout de même qu'ils [traduction] « ne possèdent pas de compétences particulières dans les autres questions, comme le droit de produire une réponse et une défense pleines et entières qui doit être mis dans la balance par rapport aux questions de protection de la sécurité »³²³.

Peter Rosenthal a également critiqué l'ampleur des informations visées par l'art. 38, tant en ce qui a trait à la définition de renseignements sensibles qu'au type d'informations provenant d'organismes étrangers qui peuvent faire l'objet d'un certificat émis en vertu de l'art. 38.13³²⁴. Il fait remarquer que le procureur général dispose de nombreux moyens pour protéger la confidentialité de l'information; il peut recourir aux procédures prévues en common law, à celles inscrites aux articles 37 et 38.06 de la Loi sur la preuve au Canada ou aux certificats prévus à l'art. 38.13³²⁵. Rosenthal critique aussi les procédures de l'art. 38 dans la mesure où elles permettent de tenir des instances ex parte dont sont exclus les avocats de la défense. Comme nous le verrons, cet aspect s'est retrouvé au centre d'une contestation de l'art. 38.11 fondée sur la Charte dans le cadre de l'affaire Khawaja. Enfin, l'auteur doute que les dispositions visant à garantir la tenue d'un procès équitable soient suffisantes étant donné que le juge du procès, appelé à rendre la décision, peut ne pas toujours avoir accès aux renseignements non divulgués et que le juge de la Cour fédérale peut ne pas toujours être en mesure d'anticiper les défenses qu'aurait pu invoquer l'accusé après une éventuelle divulgation si celle-ci avait eu lieu³²⁶.

322 Hamish Stewart « Public Interest Immunity After Bill C-36 » (2003) 47 C.L.Q. 249, p. 252.

323 *Ibid.*, p. 254.

324 Peter Rosenthal « Disclosure to the Defence After September 11: Sections 37 and 38 of the Canada Evidence Act » (2003) 48 C.L.Q.186, p. 191-192.

325 *Ibid.*, p.192-193.

326 *Ibid.*, p. 196.

Kathy Grant, quant à elle, critique les dispositions de l'art. 38 qui imposent la confidentialité et la tenue d'audiences ex parte, parce qu'elle estime que celles-ci [traduction] « maintiennent délibérément l'accusé dans l'ignorance de renseignements par ailleurs pertinents. Non seulement le procès risque d'être injuste, mais les risques que le procès soit inéquitable peuvent même être gardés secrets »³²⁷. Comme nous le verrons, ces deux caractéristiques de l'art. 38 ont été à l'origine de contestations ultérieures fondées sur la Charte, contestations qui ont connu des résultats mitigés.

Le juge Jeremy Patrick, pour sa part, a critiqué la procédure prévue à l'art. 38 qu'il a qualifiée de [traduction] « lente et pesante »³²⁸, puisqu'elle avait fait dérailler le procès Ribic. Il soutient que la portée de cet article est beaucoup trop large et que celui-ci ne devrait s'appliquer qu'aux renseignements qui, s'ils étaient divulgués, pourraient effectivement être préjudiciables à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales du Canada³²⁹. Il critique les interdictions de publication obligatoires dans le cas des audiences tenues en vertu de l'art. 38³³⁰, dispositions qui, comme nous le verrons, ont été invalidées en regard de la Charte. Il s'en prend aussi à l'existence des certificats du procureur général (art. 38.13) et au seuil très faible à respecter pour confirmer leur validité.

Récemment, un comité du Sénat et un autre de la Chambre des communes se sont penchés sur l'article 38 à la faveur de leur examen de la Loi antiterroriste. Celui de la Chambre a recommandé une série de modifications relativement mineures consistant notamment à raccourcir la durée de validité du certificat du procureur général pour la faire passer de 15 à 10 ans, à exiger le dépôt de rapports annuels relatifs à l'utilisation de tels certificats et à permettre d'en appeler de la décision d'un juge de la Cour d'appel fédérale ayant procédé à l'examen judiciaire d'un certificat émis par le procureur général en vertu de l'art. 38.13³³¹. Le comité sénatorial a, quant à lui, recommandé que le juge saisi d'une demande au sujet d'un certificat (art. 38.13) soit tenu d'établir si les raisons d'intérêt public justifiant que les renseignements soient divulgués l'emportent

327 Kathy Grant « The Unjust Impact of Canada's Anti-Terrorism Act on the Accused's Right to Full Answer and Defence » (2004) 16 Windsor Review of Legal and Social Issues 137, p. 157-158.

328 Jeremy Patrick-Justice « Section 38 and the Open Court Principle » (2005) 54 U.N.B.L.J. 218, p. 229.
329 *Ibid.*, p. 231.

330 *Ibid.*, p. 233.

331 Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes, mars 2007, ch. 6.

sur les raisons d'intérêt public justifiant leur non-divulgation³³². Cette capacité du procureur général à émettre un certificat en vertu de l'art. 38.13 a énormément mobilisé l'attention, mais jusqu'ici, il ne s'en est pas officiellement prévalu. Le gouvernement considère, à juste titre, que ce pouvoir de renverser les ordonnances judiciaires de divulgation revêt un caractère extraordinaire, mais cela ne fait que présenter sous un jour favorable le dilemme fondamental auquel le gouvernement se retrouve systématiquement confronté dans les dossiers où il est question de renseignements sensibles. Ce dilemme a été décrit comme étant un choix entre l'acceptation et le rejet de la demande de divulgation. En soi, un certificat émis au titre de l'art. 38.13 ne signale pas la fin d'une poursuite, mais il est très probable – face à un tel renversement, par l'exécutif, d'une ordonnance de divulgation émise par un tribunal – qu'un juge de première instance décrète l'arrêt d'une procédure entreprise aux termes de l'art. 38.14 afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable.

Aborder la non-divulgation d'une façon plus disciplinée, fondée sur le préjudice

Le comité sénatorial a recommandé que « les définitions de « renseignements potentiellement préjudiciables » et de « renseignements sensibles » [...] ainsi que les motifs [...] de ne pas autoriser la divulgation de ces renseignements aux termes de l'article 38.06 soient modifiés de manière à préciser la façon dont la divulgation de certains renseignements doit porter préjudice aux relations internationales... »³³³. Cette recommandation pourrait être étendue à la sécurité nationale et à la défense nationale dont il est question à l'art. 38. Dans sa décision relative à l'art. 38, dans la cause de la Commission Arar, le juge Noël s'est attaqué à la délicate mission de définir le caractère opératoire de l'art. 38. Pour lui, « la « sécurité nationale » s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada »³³⁴. La défense nationale s'entend de « tous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis » et de « l'arsenal militaire d'une nation »³³⁵. Enfin, les relations internationales « s'entendent des renseignements qui,

332 *Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, p. 67-74.

333 *Ibid.*, p. 70.

334 *P.g. Canada c. Commission d'enquête 2007 C.F. 766*, par. 68.

335 *Ibid.*, par. 62.

s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec l'étranger »³³⁶. Si les efforts déployés par le juge Noël pour proposer une définition sont louables, il n'en demeure pas moins que le résultat n'est pas satisfaisant. On a du mal à imaginer un libellé plus vague et plus général que celui-ci et l'on dirait même que dans cette tentative de définition, le libellé n'en est devenu que plus général. Le problème tient peut-être au caractère vague de ces dispositions légales. Dans son audience d'enquête, la Cour suprême a ostensiblement rejeté l'argument du gouvernement voulant que la Loi antiterroriste ait pour objet de protéger la sécurité nationale, et cela notamment parce qu'elle s'est inquiétée d'une certaine « rhétorique issue d'une perception d'urgence »³³⁷.

Il existe de bonnes raisons de protéger le secret, notamment quand la sécurité des indicateurs est menacée, quand des enquêtes sont en cours et quand le Canada a pris des engagements en ce sens envers ses alliés. Toutefois, ces raisons risquent de se perdre au fil de déclarations générales concernant la sécurité nationale, la défense nationale et les menaces à nos relations internationales. Cette portée très large des définitions en question explique peut-être pourquoi le gouvernement est tenté de multiplier les réclamations CSN. Étant donné les controverses provoquées par la multiplication des réclamations, comme nous l'avons vu plus haut, et la nécessité de réévaluer la relation entre le renseignement secret et la preuve utile à des poursuites dans des affaires de terrorisme, il y aurait lieu d'envisager de réformer l'art. 38 afin de limiter la liste des préjudices susceptibles d'être occasionnés par la divulgation de renseignements secrets pour s'en tenir à des préjudices précis et graves. Une approche plus disciplinée, fondée sur le préjudice potentiel, pourrait aider le gouvernement à ne pas retomber dans le piège de la multiplication des réclamations. Une telle approche permettrait aussi d'atténuer les doutes et le cynisme de la population qui, comme l'a justement fait remarquer le juge O'Connor, ne manqueraient pas de surgir au lendemain du dépôt, par le gouvernement, d'une réclamation CSN de trop grande portée.

Recourir davantage aux procédures contradictoires en vertu de l'art. 38

Le comité de la Chambre a recommandé que, soit le juge président une audience, soit une partie exclue des délibérations ex parte et à huis clos,

³³⁶ *Ibid.*, par. 61.

³³⁷ Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re) [2004] 2 R.C.S 248, par. 39.

aux termes de l'art. 38, puisse recommander la nomination d'un avocat indépendant ayant la cote de sécurité appropriée pour être en mesure de contester les revendications de non-divulgence du gouvernement³³⁸. Le comité sénatorial spécial a formulé une recommandation semblable relativement au recours à des avocats spéciaux³³⁹. Comme nous le verrons plus loin, le juge en chef Lutfy s'est montré disposé à envisager la nomination d'un avocat spécial ayant une habilitation de sécurité appropriée dans les cas où le procureur général réclame une audience ex parte en vertu de l'art. 38.11 à l'appui d'une requête en non-divulgence³⁴⁰. Comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'arrêt Charkaoui, les modalités d'application de cette formule sont complexes et méritent un débat au Parlement. La question fondamentale consiste à savoir comment un avocat spécial ayant l'habilitation de sécurité nécessaire prendra connaissance du dossier de l'accusé et s'il sera en mesure de consulter cet accusé ou son avocat après avoir pris connaissance des renseignements secrets.

Dans le procès Malik et Bagri, les avocats de la défense ont pu examiner les documents non divulgués après s'être engagés à ne pas en dévoiler le contenu à leurs clients. Cela leur a permis, comme ils étaient davantage au courant du dossier, de déterminer la pertinence et l'utilité des renseignements en question et ensuite de présenter des requêtes de divulgation plus précises et mieux étayées. En vertu de l'art. 38 dans sa version actuelle, les avocats n'ont d'autre choix que de formuler à l'aveuglette des requêtes de divulgation de portée large, parce qu'ils n'ont pas vu les renseignements incriminés. Un avocat ayant la cote de sécurité prendrait le temps nécessaire pour appréhender le dossier, ce qui ne ferait qu'occasionner d'autres retards de procédure en vertu de l'art. 38. En fin de compte, un avocat ayant l'habilitation de sécurité nécessaire pourrait ne jamais connaître aussi bien le dossier que le propre avocat de l'accusé. Une procédure contradictoire destinée à contester la demande de non-divulgence de la Couronne permettrait peut-être de contrer la revendication du secret par l'exécutif, mais son adoption risquerait de rendre plus difficile la protection du droit de l'accusé à produire une réponse et une défense pleines et entières parce que l'avocat ayant l'habilitation de sécurité ne connaîtrait pas parfaitement le dossier et qu'il ne pourrait pas parler des renseignements secrets avec l'accusé.

338 *Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes*, mars 2007, p. 92.

339 *Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, p. 41-45.

340 *R. c. Khawaja* 2007 C.F. 463.

L'article 38 et la liberté d'expression

Les dispositions obligatoires de l'art. 38 prévoyant que toutes les requêtes formulées au titre de cet article et que tous les dossiers du tribunal demeurent confidentiels, et que les audiences se déroulent en privé, ont été contestées avec succès dans le procès *Toronto Star c. Canada*³⁴¹. Dans son arrêt, le juge en chef Lutfy indique que ces dispositions obligatoires existent depuis 25 ans, soit depuis l'adoption de la LPC, mais qu'elles ne justifient pas la limitation de la liberté d'expression ni du principe des audiences publiques. Dans une cause antérieure, le même juge en chef Lutfy avait d'ailleurs précisé :

La Cour fédérale est tenue par l'article 38 de garder secret un fait qui a été évoqué publiquement devant le tribunal administratif ou judiciaire à l'origine de la procédure. [...] Il est inhabituel qu'une partie au litige puisse être le seul arbitre pour ce qui est d'autoriser la divulgation de renseignements qui sont ou qui devraient être publics. Une cour de justice devrait être considérée comme détentrice d'un pouvoir suffisant sur sa procédure dans la situation que je viens de décrire³⁴².

Ce passage montre bien que le procureur général du Canada peut effectivement invoquer l'art. 38 et se prévaloir des dispositions inhérentes à la protection du secret. Dans l'arrêt *Toronto Star c. Canada*, le juge en chef Lutfy se dit d'avis que, compte tenu de l'arrêt *Ruby* rendu par la Cour suprême, l'obligation de tenir des audiences à huis clos ne peut être justifiée pour les parties de la procédure découlant de l'art. 38 qui ne portent pas sur des renseignements secrets³⁴³. Il donne donc une interprétation atténuante en fonction de laquelle le public et la presse seraient tout de même exclus des audiences pour [traduction] « toutes les observations ex parte, celles que présente de plein droit le Procureur général du Canada et celles que présente le particulier avec l'autorisation de la cour »³⁴⁴.

Le reste de la présente partie sera consacrée à trois exemples de procédures entreprises en vertu de l'art. 38 à des moments différents.

341 2007 C.F. 128.

342 *Ottawa Citizen c. Canada* 2004 C.F. 1052, par. 38, 40.

343 *Ibid.*, par. 70-71.

344 *Ibid.*, par. 87.

La première étude de cas, l'affaire Kevork, concerne une disposition antérieure à l'art. 38 en matière de procès pour terrorisme. La deuxième, l'affaire Ribic, concerne la poursuite de l'auteur d'une prise d'otages en Bosnie à l'occasion de laquelle le recours aux dispositions de l'art. 38 en plein milieu du procès criminel a donné lieu à l'annulation de l'instance. Ce cas a influé sur la décision de modifier l'art. 38 afin que le procureur général du Canada soit prévenu d'avance de toute question relative à l'art. 38. Quant à la dernière étude de cas, elle concerne une affaire en cours dans le cadre de laquelle une procédure en vertu de l'art. 38 a été entreprise lors de ce qui a constitué la toute première poursuite pour terrorisme aux termes de la Loi antiterroriste de 2001.

Étude de cas – l'affaire Kevork

Ce cas, qui concerne une poursuite pour terrorisme entreprise dans les années 80 et dans laquelle la Cour fédérale a été saisie d'une requête de non-divulcation, illustre certains des dilemmes associés à la procédure dualiste propre au Canada en matière de confidentialité liées à la sécurité nationale. Ce cas révèle plus particulièrement la position très délicate dans laquelle les juges du procès peuvent se retrouver quand ils doivent déterminer si la non-divulcation de renseignements qu'ils n'ont pas vus ne risque pas d'entraver la tenue d'un procès équitable.

Entre 1982 et 1985, des ressortissants turcs ont été la cible de trois attentats terroristes au Canada. En 1982, c'est l'attaché militaire de l'ambassade de Turquie, Atilla Altikat, qui a été abattu par balles à Ottawa. En 1985, un gardien de sécurité, Claude Brunelle, a été tué lors d'un attentat contre l'ambassade de Turquie à Ottawa. Ces deux premiers cas illustrent l'existence d'activités terroristes au Canada avant l'attentat d'Air India.

En avril 1982, un diplomate turc, Kani Gungor, s'est retrouvé paralysé à la suite d'un attentat à l'arme à feu. En mars 1984, trois accusés, Haroutine Kevork, Raffic Balian et Haig Gharakhanian, ont été inculpés de conspiration en vue de commettre un meurtre et de tentative de meurtre. Pour cette poursuite, la Couronne s'est fondée sur le témoignage de deux complices, Hratch Bekredjian et Sarkis Mareshlian. Les accusés ont contesté la crédibilité des témoins de la Couronne, affirmant que c'étaient plutôt eux qui avaient commis l'attentat. Cette étude de cas, à l'instar de celle concernant l'affaire Khela, révèle l'importance des sources humaines. L'instance en question a aussi revêtu une dimension internationale parce que la Couronne a cherché à introduire en preuve les

résultats d'écoutes téléphoniques réalisées aux États-Unis et au Canada. Cette étude de cas montre le lien étroit qui peut exister, dans des procès pour terrorisme, entre la divulgation de la preuve, la protection des témoins et la confidentialité liée à la sécurité nationale.

L'affaire en question a été assortie de nombreuses requêtes préliminaires déposées en cour supérieure provinciale et en Cour fédérale, jusqu'à ce que l'accusé plaide finalement coupable à des accusations de conspiration en vue de commettre un meurtre. Dans l'une de ces requêtes avant le procès, l'accusé a tenté d'obtenir de la police d'Ottawa qu'elle divulgue l'identité d'un indicateur clé lors de l'audience sur la mise en liberté provisoire. Le juge Ewaschuk a souligné que cet indicateur aurait normalement dû témoigner, et il l'a même qualifié de témoin éventuel. Cependant, il a conclu que la vie de cette personne serait menacée si son identité était divulguée et qu'il n'était pas nécessaire, à cette étape préliminaire de la procédure, de dévoiler son identité³⁴⁵. Un aspect essentiel de ce jugement tient au fait que le juge n'a pas estimé que la crédibilité de l'indicateur fût pertinente aux questions à trancher à l'étape de l'audience sur cautionnement³⁴⁶ ni même à celle de l'audience préliminaire. Bien qu'une audience préliminaire ait eu lieu dans cette affaire, la Couronne a finalement décidé de recourir à une mise en accusation directe. La décision Stinchcombe qui a suivi sur la question de la divulgation (voir plus haut) établit que la preuve et les autres documents pertinents doivent être dévoilés à l'accusé, mais que le choix du moment de la divulgation est laissé à la discrétion de la Couronne. Cette latitude de la Couronne peut donner au gouvernement le temps nécessaire pour adopter des mesures en vue de protéger les témoins avant que leur identité ne soit divulguée à l'accusé.

Dans une autre décision préalable au procès, le juge Ewaschuk conclut que la preuve obtenue grâce à des écoutes électroniques réalisées par les autorités américaines était admissible à l'étape de l'audience sur cautionnement sans qu'il soit nécessaire d'établir la conformité de cette preuve aux normes constitutionnelles canadiennes ou américaines. Il insiste sur le caractère informel des auditions sur la mise en liberté provisoire tout en laissant ouverte la possibilité que la Charte s'applique à ce genre de preuve qu'un accusé veut faire admettre à son procès³⁴⁷.

³⁴⁵ *R. c. Kevork* [1984] O.J. 926.

³⁴⁶ La libération sur cautionnement a été refusée à l'accusé en partie parce qu'on craignait qu'il puisse fuir le Canada et que sa libération ne fasse courir un danger à l'indicateur. *R. c. Kevork* [1984] O.J. 929.

³⁴⁷ *R. c. Kevork* (1984) 12 C.C.C.(3d) 339.

Par la suite, la Cour suprême a statué que la Charte ne s'applique pas à la répression de la criminalité par des autorités étrangères³⁴⁸, même si celles-ci travaillent en collaboration avec les autorités canadiennes³⁴⁹ ou avec des agents canadiens stationnés à l'étranger³⁵⁰. Par ailleurs, on pourrait conclure que l'admission en preuve de renseignements recueillis à l'étranger enfreint les dispositions de la Charte si cette preuve entraîne la tenue d'un procès inéquitable ou d'autres formes d'infraction à l'art. 7 de la Charte.

Lors de l'enquête préliminaire, l'accusé a réclamé la divulgation des renseignements que le SCRS avait obtenus lors d'écoutes électroniques. Il a aussi demandé le dépôt des profils que le Service avait dressés au sujet de Hratch Bekredjian et de Sarkis Mareshlian, deux indicateurs de police et témoins de la Couronne, de même que la divulgation de l'identité des agents du SCRS qui avaient assuré la filature de l'accusé. Ces informations avaient une valeur probante, en partie parce qu'elles auraient pu révéler les allées et venues de l'accusé, qui résidait alors à Toronto, dans le cas de ce crime commis à Ottawa. L'enquête préliminaire a été ajournée quand la Couronne s'est objectée à la divulgation de ces renseignements pour des raisons de sécurité nationale. Elle a produit un affidavit du directeur du SCRS, dans une procédure entreprise auprès de la Cour fédérale en vertu des art. 36.1 et 36.2 de la Loi sur la preuve au Canada (de l'époque), affidavit qui affirmait que la communication de ces renseignements « porterait préjudice à la sécurité nationale, car elle révélerait ou pourrait avoir pour effet de révéler les méthodes utilisées pour exercer une surveillance, la capacité et les aptitudes du Service à exercer une surveillance électronique, les lieux et les moyens employés pour ce faire et l'identité de ceux qui y procèdent »³⁵¹. Le juge Addy a rejeté la demande de l'accusé qui voulait contre-interroger le directeur au sujet de cet affidavit, puisque aucun contre-interrogatoire ne pouvait être autorisé en vertu de la procédure suivie « sauf peut-être en cas de circonstances exceptionnelles démontrées, dont le poids ferait pencher la balance »³⁵². Le juge a ajouté qu'il n'existe pas, dans le cadre d'une procédure au titre de la LPC, de droit formel à mener un contre-interrogatoire lors d'audiences obligatoires à huis clos, ni de droit de la Couronne à formuler des demandes d'audience ex parte exécutoires. Il a insisté en ces termes sur les intérêts de l'État à protéger le secret :

348 *R. c. Harrer* (1995) 3 S.C.R. 562.

349 *R. c. Terry* (1996) 2 S.C.R. 207.

350 *R. c. Hape* 2007 SCC 26.

351 *Kevork c. R.*, (1984) 2 C.F. 753, p. 770 (C.F. 1re inst.).
Ibid., p. 753.

Ce qui peut paraître au non-initié, au profane qui n'a pas la formation requise, une information d'apparence inoffensive et anodine pourrait fort bien s'avérer pour un adversaire entraîné ou quelque service de renseignement rival extrêmement utile une fois rapproché d'un ensemble d'autres renseignements apparemment sans rapport. Vu cela et en raison de l'extrême délicatesse de toute question touchant à la sécurité, ce serait une tâche fort aventureuse pour un juge de décider si certaines questions doivent ou ne doivent pas recevoir une réponse au cours d'un contre-interrogatoire. De plus, le contre-interrogé pourrait fort bien être placé dans la position des plus désagréables de fournir une réponse par sa simple opposition à la question. Enfin, il est facile de prévoir qu'on s'opposera à bien des questions du contre-interrogatoire de la même manière qu'on s'oppose aux questions initiales qui servent de fondement à la présente demande. Cela conduira inévitablement à d'autres enquêtes et à d'autres demandes et n'aura pas de fin, et le danger de porter atteinte à la sécurité en sera d'autant plus réel³⁵³.

Cette conception de l'intérêt de l'État pour la protection de la sécurité et en particulier l'importance que revêt l'effet mosaïque à cet égard – effet selon lequel un élément d'information peut fournir à tout ennemi de précieuses indications sur des opérations en cours – traduisait tout à fait la façon dont on percevait à l'époque la notion d'intérêt de l'État à protéger le secret. Il semble qu'on se concentrait alors sur le risque de divulguer des renseignements concernant des opérations de contre-ingérence à long terme visant l'Union soviétique plutôt que des opérations de lutte contre le terrorisme qui auraient pu donner lieu à des poursuites criminelles contre des cellules décentralisées.

Le juge Addy a rejeté la demande de divulgation des documents du SCRS formulée par l'accusé sans avoir préalablement examiné ces documents. Il a souligné que « certes le législateur fédéral a choisi d'autoriser notre juridiction à connaître d'une opposition à communication fondée sur la crainte de préjudice à la sécurité ou à la défense nationales ou aux relations internationales, ce qui antérieurement était un domaine réservé exclusivement au pouvoir exécutif, mais ce n'est nullement là une

³⁵³ *Ibid.*, p. 772-773.

indication que le secret en ces matières soit, de quelque manière, moins important qu'avant l'adoption de cette législation »³⁵⁴. Le juge Addy a fait droit à l'objection du procureur général du Canada de divulguer les documents réclamés pour des raisons de sécurité nationale. Il a souligné que le contre-interrogatoire envisagé aurait porté sur les activités du SCRS et sur les profils que le Service avait dressés au sujet des indicateurs. L'accusé réclamait surtout les documents du SCRS pour s'attaquer à la crédibilité des indicateurs de la police, bien qu'il ait estimé que cette crédibilité était déjà ébranlée puisqu'ils avaient reconnu leur complicité dans cette affaire. Le juge poursuit ainsi :

... les preuves concernant la crédibilité d'un témoin, par leur nature même, ne sont pas du genre qu'on doit examiner ou prendre en compte lorsqu'une opposition a été faite en vertu de l'article 36.2. La crédibilité d'un témoin ne fait jamais l'objet principal de la décision même au stade du procès; ce n'est qu'un accessoire. Sa contestation n'anéantit jamais aucun des éléments de l'infraction et, de toute évidence, ce n'est pas une preuve dont la production est « indispensable au système de défense » (voir l'affaire Goguen précitée). Ce critère, naturellement, s'applique avec autant de force aux preuves qu'on veut administrer au procès de l'accusé qu'au stade de l'enquête préliminaire. Toute la jurisprudence, tant canadienne qu'anglaise, en traite en fait dans le contexte du procès lui-même.

On arrive à la même conclusion lorsqu'on examine l'autre raison pour laquelle les requérants veulent obtenir ces preuves, soit un système de défense fondé sur la prétention que c'est un des indicateurs qui en fait a commis la tentative de meurtre. Cela ne voudrait pas nécessairement dire que les trois requérants accusés ne sont pas parties à l'infraction de tentative de meurtre ou à celle de complot en vue de commettre un meurtre.

Cette raison seule m'oblige à rejeter la demande³⁵⁵.

Avant de faire droit à la requête de confidentialité du procureur général, le juge Addy a imposé des normes très élevées exigeant que l'accusé prouve, au moins, que les documents réclamés pourraient aider la défense

354 *Re Kevork* (1984) 17 C.C.C.(3d) 426, p. 762. Voir aussi *Re Gold* [1985] (C.F. 1re inst.)/ 642 aff 25 D.L.R.(4th) 285 qui concerne également le non-examen des documents.

355 *Ibid.*, p. 766-767.

et qu'il n'existait aucun autre moyen pour cette dernière d'obtenir les faits recherchés, si ce n'est par la divulgation de renseignements visés par une demande de confidentialité liée à la sécurité nationale. Il a conclu ainsi : « Les requérants espèrent dénicher quelque chose qui leur soit utile. Ce qu'on demande de faire, ce n'est rien de moins qu'une recherche à l'aveuglette, une demande générale de communication de pièces. Ce vice serait fatal à la demande même si les preuves qu'on veut réunir avaient une importance vitale et portaient directement sur la question de la culpabilité ou de l'innocence »³⁵⁶. Ce rejet par le juge Addy de la demande de divulgation formulée par l'accusé, qu'il a qualifiée de « recherche à l'aveuglette » qui mettait en cause la « crédibilité d'un témoin », une « question secondaire » dans le procès au criminel, contraste très nettement avec la conclusion qu'allait tirer le juge Watt quelques années plus tard dans l'arrêt *Parmar*, soit que la divulgation des renseignements obtenus grâce à un mandat d'écoute électronique s'impose pour permettre à l'accusé d'apporter une réponse complète et de disposer d'une défense pleine et entière, estimant que cette démarche était [traduction] « une recherche à l'aveuglette protégée par la constitution »³⁵⁷.

Le juge Addy a également mis en doute la valeur probante des renseignements détenus par le SCRS au sujet des deux indicateurs, affirmant à cet égard que les profils dressés par le SCRS au sujet des témoins de la Couronne contenaient [traduction] « une accumulation manifeste de oui-dire et qu'ils ne pourraient être admis en preuve même s'il était établi qu'ils contenaient des renseignements pouvant être essentiels pour la défense. Ces documents n'auraient pu être admis ni en interrogatoire principal, ni en contre-interrogatoire des agents en possession de qui ils auraient pu se trouver. Ils revêtent un caractère général qui, si ce n'était du fond de l'affaire, auraient peut-être pu faire l'objet d'un dépôt forcé à des fins de communication de la preuve au civil, mais qui n'auraient certainement pas pu être utilisés dans une quelconque procédure reposant sur les règles de la preuve »³⁵⁸. De nos jours, les obligations de divulgation découlant de la décision *Stinchcombe* s'appliquent en bonne partie à des informations qui ne seraient pas forcément admissibles lors d'un procès, et la Cour suprême a reconnu que le droit à réponse et défense complètes qui est garanti à l'accusé peut être enfreint si l'on refuse de lui communiquer les renseignements susceptibles de lui donner des pistes d'investigation valables³⁵⁹. Cela dit, l'incapacité de l'accusé de s'appuyer sur des données du renseignement dans le cadre d'un procès pourrait

356 *Ibid.*, p. 435.

357 *R. c. Parmar*, traité plus loin.

358 *Ibid.*, p. 435.

359 *R. c. Taillefer*, (2003) R.C.S., p. 307.

être un facteur dont il conviendrait de tenir compte afin de déterminer l'effet de la non-divulgence des données du renseignement sur son droit à réponse et défense pleines et entières.

Le juge Addy a également rejeté la demande de brefs d'habeas corpus qui auraient permis aux accusés de participer aux auditions de la Cour fédérale en vertu des dispositions de la LPC, sa conclusion étant que la Charte ne donne pas aux accusés le droit d'être présents à l'instance. Il a fait remarquer que la Couronne n'avait pas pris position relativement à cette requête des accusés, et qu'étant donné la nature des accusations portées contre les accusés, afin que ces derniers puissent participer aux procédures, il aurait fallu que l'instance se déroule dans des installations sécuritaires plutôt que dans un tribunal normal. Comme nous le verrons, l'exclusion d'un accusé au moment où le procureur général fait ses demandes ex parte en vertu de l'art. 38 a récemment été contestée avec succès au regard de la Charte³⁶⁰.

Après le dépôt de la requête de confidentialité en vertu de la LPC, le juge s'est prononcé en faveur de la position du procureur général du Canada et l'enquête préliminaire a pu reprendre son cours. Après 30 jours d'audience ayant porté sur la preuve, le juge de la cour provinciale a déclaré l'accusé coupable de conspiration en vue de commettre un meurtre, mais pas de tentative de meurtre. La Couronne a ensuite porté des accusations directes pour ce dernier chef d'accusation et la procédure, qui avait fréquemment été appliquée dans le cadre de mégaprocès, a fait l'objet d'une contestation fondée sur la Charte qui a été infructueuse, la Cour fédérale ayant jugé que la mise en accusation directe n'enfreignait pas la Charte. Puis, la Section d'appel de la Cour a statué qu'elle n'avait pas compétence pour entendre un appel de ce genre en vertu du Code criminel. Elle a conclu, à ce sujet, à l'existence de [traduction] « puissantes considérations de principe s'opposant à l'interruption du procès à cause d'un appel interjeté auprès de la Cour d'appel. Ces mêmes considérations de principe s'appliquent, selon nous, au retard que des procédures de ce genre entraînent dans le déroulement d'un procès au criminel. Il y a lieu de ne pas encourager la fragmentation de la procédure au pénal »³⁶¹. La cour a également rejeté une tentative d'appel interlocutoire au civil au motif que l'accusé n'avait pas transmis, comme il l'aurait dû, les actes de procédure et qu'il n'avait pas donné de préavis au procureur général³⁶². Le même genre d'appel avant un procès est possible en vertu des art. 37

360 *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, (2007) C.F. 463.

361 *Re Kevork* (1985) 21 C.C.C.(3d) 369, p. 372.

362 *Ibid.*, p. 373.

et 38 de la LPC, mais, comme nous le verrons avec l'affaire Khawaja qui est en cours, un tel appel peut retarder les poursuites pour terrorisme.

Dans l'affaire Kevork, les accusés ont de nouveau lancé une contestation fondée sur la Charte dans le cadre de la procédure d'accusation directe dont ils faisaient l'objet, et cela devant le juge du procès au criminel. Toutefois, cette contestation a été rejetée parce que [traduction] « les accusés n'avaient aucune raison de se plaindre : ils se trouvaient déjà derrière les barreaux pour avoir été inculpés de conspiration en vue de commettre un meurtre et ils ne pouvaient espérer bénéficier d'une libération sous caution. Ils avaient bénéficié d'une communication complète de la preuve et, à ce qu'on me dit, le processus de communication en question se poursuit. L'annulation de l'acte d'accusation pour tentative de meurtre a au moins été remise en question... »³⁶³.

Le juge du procès est revenu sur l'ordonnance qu'avait rendue le juge Addy aux termes de la Loi sur la preuve au Canada à la suite d'une requête préalable au procès. Après avoir fait remarquer que les conflits opposant les intérêts de l'État en matière de protection du secret et les droits des accusés sont complexes et communs à de nombreuses démocraties, le juge Smith a souligné ceci : [traduction] « La question, simplement résumée, revient à déterminer si les accusés peuvent, d'après les faits en cause, fournir une réponse et une défense pleines et entières sans pouvoir s'appuyer sur des documents dont on leur a refusé la divulgation. Il faut pour cela définir la portée du droit à produire une réponse et une défense pleines et entières. Ce droit est-il absolu? Dans la négative, quels en sont les paramètres, si l'on suppose que le droit en common law ou reconnu par une loi quelconque, ou le droit constitutionnel à réponse et défense complètes peut être enfreint? Le recours peut-il consister à invoquer l'art. 1 de la Charte de façon à accorder la primauté à la sécurité nationale et à contraindre l'accusé à subir son procès sans avoir accès à l'information qu'il réclame? »³⁶⁴. L'accusé a de nouveau cherché à obtenir la preuve relative aux éventuelles écoute et filatures du SCRS. Selon le juge, [traduction] « l'accusé a soutenu que les écoutes électroniques visés par le subpoena, si elles existent vraiment puisque leur existence n'a pas été reconnue, porteront un coup dur et définitif à la crédibilité des complices. J'estime que ce cas est beaucoup trop complexe pour que je me range à cette théorie extrême. Tout ce que l'on peut dire à ce stade, c'est que cette preuve pourrait s'avérer substantielle d'une façon ou d'une

³⁶³ *R. c. Kevork* (1986) 27 C.C.C.(3d) 271, p. 281.

³⁶⁴ *R. c. Kevork* (1985) 27 C.C.C.(3d) 523, p.526.

autre pour ce qui est de la validité des témoignages des complices. Je me dois, à nouveau, d'insister sur le fait que leur crédibilité a été clairement et lourdement entachée lors de l'audience préliminaire »³⁶⁵. Cela permet de penser qu'il n'est vraiment possible d'évaluer les effets précis de la non-divulgence qu'en regard des questions de l'espèce et de l'ensemble de la preuve soumise au procès. Le juge de la Cour fédérale présidant une audience préliminaire ne devrait pas se retrouver dans la même position qu'un juge de première instance qui doit jauger les répercussions de la non-divulgence sur l'affaire dont il est saisi.

Le juge du procès s'est dit incommodé par le fait que le juge Addy n'ait pas examiné les documents à propos desquels il avait émis une ordonnance de confidentialité :

[traduction]À la lecture de ces motifs, je suis toutefois prêt à reconnaître que, pour le juge Addy, les préoccupations relatives à la sécurité nationale prenaient le pas sur celles concernant les droits de l'accusé. Il demeure qu'en fin de compte, comme nous l'avons vu, il ne s'est intéressé qu'à la question de la divulgation. Il a décidé de ne pas examiner les documents. Je suis indisposé à l'idée que la Cour fédérale n'examine pas de tels documents. Si le juge en chef ou son juge désigné est convaincu, dans tous les cas de figures, qu'il y a lieu d'ordonner la non-divulgence de certains documents au nom de la sécurité nationale, sans avoir eux-mêmes examiné ces documents, le juge du procès risque alors d'être aux prises avec un réel dilemme advenant que, selon lui, un tel examen s'imposait³⁶⁶.

Comme nous le verrons dans les autres études de cas, la Cour fédérale a dévié de sa position initiale selon laquelle les juges n'avaient généralement pas besoin d'examiner les documents pour rendre une décision sur les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale. Ce changement de cap permet au moins de s'assurer qu'un juge, même si ce n'est pas le juge du procès, examine les documents à propos desquels le procureur général du Canada dépose une requête de confidentialité.

Le juge Smith a commenté abondamment les conséquences de cette forme de litispendance qui consiste à retirer des mains du juge du procès

³⁶⁵ *R. c. Kevork* (1985) 27 C.C.C.(3d) 523, p. 530.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 536.

les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale pour les confier aux juges spécialement désignés de la Cour fédérale. Voici ce qu'il déclare à ce propos :

[traduction] Le législateur a décidé de confier au juge en chef de la Cour fédérale, ou à un juge désigné par ce dernier, le soin de trancher les questions de relations internationales, de défense nationale ou de sécurité, non sans quelque orientation quant à la nécessité de réaliser un équilibre entre des intérêts opposés. Il existe à présent dans ce pays un dédoublement de la procédure judiciaire qui n'existait jusqu'ici pas en common law. Les juges du procès doivent maintenant se rendre à l'idée que les privilèges inhérents aux trois domaines que sont la défense nationale, les relations internationales et la sécurité nationale – dans la mesure où la loi en a confié la responsabilité au judiciaire – n'ont plus de place dans les tribunaux de première instance, du moins pas en ce qui concerne la divulgation et la communication de l'information. Ces mêmes juges du procès ne peuvent pas, corollairement, abdiquer leur responsabilité de veiller à ce que les personnes accusées de crime bénéficient d'un procès équitable, qu'elles puissent produire des réponses et une défense pleines et entières et qu'elles puissent se prévaloir des droits et des privilèges qui leur sont traditionnellement réservés sous une forme maintenant codifiée en droit. La divulgation ne peut plus être ordonnée à leur niveau, mais le par. 24(1) permet aux tribunaux de formuler une réparation, s'il en est une qui s'impose³⁶⁷.

Le juge du procès a reconnu que le Parlement avait confié à la Cour fédérale le soin de se prononcer sur les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale, mais il a aussi conclu que les autres aspects (soit le droit de l'accusé de pouvoir fournir une réponse et une défense pleines et entières, son droit d'avoir un procès équitable et son droit de bénéficier de réparations fondées sur la Charte à la suite d'une ordonnance de confidentialité de la Cour fédérale) sont tranchés par le juge de première instance. La détermination du juge Smith à garantir un procès équitable est étayée par l'art. 38.14 de la LPC qui confirme que le juge du procès a le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime nécessaire afin

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 537.

de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, même s'il prive le juge de première instance du pouvoir de modifier les ordonnance de confidentialité de la Cour fédérale rendues en vertu de l'art. 38 de la LPC.

Le juge du procès semble entretenir des réserves vis-à-vis du dédoublement de procédure prévu dans la LPC. Pour lui, [traduction] « [i]l y a lieu d'en blâmer le législateur qui, sans le vouloir, a peut-être créé une impasse dans certains cas en instaurant un régime judiciaire dualiste plutôt qu'à un seul tribunal et en attribuant à chaque instance des fonctions qui se nient ou se contredisent mutuellement ». Il ajoute que la responsabilité de pondérer les intérêts opposés que sont la protection du secret et le droit de l'accusé à un procès équitable, [traduction] « responsabilité qui incombait aux tribunaux avant l'adoption de l'art. 36, a été transférée à la Cour fédérale, même si c'est à la seule fin – selon l'approche retenue par la Cour fédérale – de déterminer s'il y a lieu d'ordonner la divulgation. Les tribunaux de première instance ne semblent donc rien avoir à faire d'autre que de réfléchir aux répercussions de la décision de la Cour fédérale sur l'exigence d'offrir un procès juste [...] Le législateur n'a certainement pas eu l'intention de confier à la Cour fédérale une compétence qu'elle pourrait exercer – et ce ne saurait, à mon avis, être le cas – d'une façon qui soit contraire au devoir qui incombe aux juges de première instance en leur qualité de présidents de tribunaux ayant compétence, celui de faire respecter les droits de l'accusé en cours de procès, droits qui sont maintenant codifiés dans nos lois »³⁶⁸. Ces remarques peuvent donner à penser qu'à cause de ce dédoublement de la procédure, les juges du procès pourraient être portés à commettre l'erreur de chercher à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable en décrétant une suspension des procédures au motif qu'ils ne sont pas en mesure, soit de voir la preuve que l'accusé veut faire divulguer, soit de mettre dans la balance les intérêts opposés que sont la protection du secret et la divulgation de l'information.

Le juge Smith a rejeté l'argument voulant que l'ensemble de la preuve doive être divulgué à l'accusé dans le cadre d'une poursuite :

[traduction] S'agissant de sécurité nationale, je rejette l'argumentation selon laquelle, dès lors qu'il est statué de refuser l'accès d'une partie de la preuve détenue par l'État, ce dernier doit adopter la règle de la simple alternative

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 538, 540.

découlant de l'arrêt *U.S. c. Reynolds et al.* (1953), 345 U.S. 1 et renoncer à la poursuite. Je concède donc que cela soulève la question très épineuse de l'examen des documents. De son côté, la défense m'exhorte à ne pas adopter le principe « novateur » qui veut que la preuve doive être jugée essentielle et critique avant que la suspension des procédures ne puisse être décrétée, alléguant que dans les causes criminelles, le gouvernement ne peut invoquer de privilège qu'en matière de preuve au risque de favoriser la libération des intimés dès lors que la Couronne a refusé de déposer des éléments de preuve importants (règle de la simple alternative). Je ne suis pas convaincu que tel soit le cas en vertu de la common law ou du droit américain. J'ai déjà mentionné la Classified Information Procedures Act des États-Unis qui autorise le tribunal à expurger en partie les documents classifiés. La procédure envisagée alors est distincte de celle applicable au procès, et elle se déroule en l'absence des parties. Le gouvernement peut même choisir de remplacer le document par un résumé³⁶⁹.

Le juge Smith était attiré par une approche souple permettant de réconcilier les intérêts opposés que sont l'équité et la protection du secret. [traduction] « Je reconnais que le seul recours envisageable ne consiste pas à suspendre les poursuites. Une ordonnance conditionnelle pourrait imposer la fourniture d'une réponse, verbale ou écrite, à certaines questions; il pourrait s'agir d'interdire à un témoin de déposer à moins que la divulgation ne soit autorisée; il pourrait être question d'imposer des témoignages sans que l'identité des témoins ne soit divulguée (ils pourraient être cachés de la vue ou être déguisés). » Par ailleurs, le juge Smith indique que [traduction] « la plupart de ces correctifs » ne sont pas à la disposition du juge du procès parce qu'ils pourraient avoir pour effet d'attaquer de façon collatérale l'ordonnance de la Cour fédérale ayant interdit la divulgation des documents du SCRS à l'accusé. Autrement dit, c'est à la Cour fédérale, plutôt qu'au juge du procès, qu'il appartiendrait de fixer les conditions à la divulgation, comme le recours à des résumés ou à des documents de remplacement. Rappelons que cette approche est à présent codifiée dans le par. 38.06(2) de la LPC.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 543.

Le juge du procès s'était retrouvé dans la délicate position de ne pouvoir modifier l'ordonnance de confidentialité de la Cour fédérale et de n'avoir à sa disposition qu'une gamme limitée de correctifs à appliquer en cours de procès. Le juge Smith a reconnu qu'une suspension des procédures constituait un recours extrême qui risquait d'entraîner un arrêt définitif de la poursuite. Selon lui, un tel arrêt ne serait approprié que si la preuve non divulguée s'avérait [traduction] « critique ou essentielle [...] et sans laquelle les requérants ne seraient sans doute pas en mesure de produire une réponse et une défense pleines et entières ». Il devait ajouter :

[traduction] J'estime responsable d'imposer aux accusés le fardeau d'établir que la preuve est cruciale ou essentielle si nous voulons éviter des enquêtes à l'aveuglette dans tous les cas de figures dès qu'il apparaît probable que le SCRS a joué un rôle dans la collecte de l'information réclamée. Le SCRS a en effet presque toujours un rôle à jouer quand la sécurité du Canada et des Canadiens est menacée, précisément à cause d'actes du genre de ceux qui sont sous enquête dans le présent procès³⁷⁰.

En appliquant ces critères, le juge du procès a conclu que la suspension d'instances n'était pas la solution appropriée, parce que l'accusé n'avait pas établi que la preuve dont la divulgation avait été refusée aurait été essentielle à la tenue d'un procès équitable ou à la production d'une réponse et d'une défense pleines et entières à cause du refus de donner accès aux écoutes du SCRS, à ses compte rendus de filature ou à ses profils. Le juge conclut :

[traduction] Un arrêt des procédures en l'espèce, comme dans toute autre instance d'ailleurs, quand une seule partie ou un seul élément de la preuve n'est pas divulguée à l'accusé, revient quasiment à conférer une immunité en matière de poursuite à ceux qui sont accusés d'actes terroristes. J'estime que la position de la défense n'est pas fondée en common law et que la Charte n'exige pas que l'on retienne cette position [...] La crédibilité des complices, l'alibi allégué, la preuve concernant les armes, les écoutes effectuées par les autorités américaines qui ne sont peut-être même pas admissibles en preuve et à propos desquelles je ne possède aucune connaissance

³⁷⁰ *Ibid.*, p. 546.

réelle, ni une combinaison de ces éléments, ne constituent pas davantage, à mes yeux et à ce stade de la procédure, des motifs d'intervention de ce tribunal en vue d'éviter une violation de la Charte³⁷¹.

Bien qu'il eut conclu qu'un arrêt des procédures ne s'imposait pas et que l'accusé n'avait pas établi qu'on l'avait privé de son droit à produire une réponse et une défense pleines et entières, le juge du procès a exprimé les réserves suivantes : [traduction] « l'absence d'examen me gêne. Il pourrait arriver que la défense établisse clairement le bien-fondé de la divulgation afin de garantir la tenue d'un procès équitable, tandis que la Cour fédérale aurait refusé d'examiner les documents. Le tribunal de première instance pourrait alors devoir décréter un arrêt conditionnel des procédures en insistant pour que les renseignements soient examinés afin qu'une décision éclairée puisse être prise »³⁷². Si le juge du procès décrétait une suspension conditionnelle des procédures, le procureur général pourrait être invité à revisiter l'ordonnance de confidentialité. Une suspension conditionnelle pourrait donner le temps aux autorités de prendre les dispositions nécessaires en vue d'assurer la protection des indicateurs de police ou de garantir la poursuite d'une opération ou encore d'obtenir la modification d'une restriction concernant des renseignements obtenus auprès d'un organisme étranger.

Le procès Kevork a été caractérisé par un grand nombre de requêtes préliminaires, y compris un témoignage au sujet des écoutes du FBI et un témoignage de la victime devant le jury³⁷³. À la fin avril 1986, le procès a été interrompu après que l'accusé eut accepté l'offre de la Couronne de plaider coupable à une accusation de conspiration en échange du retrait de l'autre chef d'accusation, celui de tentative de meurtre. On ne le saura jamais avec certitude, mais il est possible que les documents du SCRS qui n'ont pas été divulgués auraient pu être davantage utiles dans l'aboutissement des accusations pour tentative de meurtre s'ils avaient permis de dévoiler les allées et venues de l'accusé de Toronto durant les journées en question.

371 *Ibid.*, p. 546.

372 *Ibid.*, p. 546.

373 135 jurys potentiels ont été rejetés après avoir répondu par l'affirmative à la question de savoir s'ils seraient en mesure d'être équitables dans une cause reposant sur des allégations de terrorisme, compte tenu de la publicisation de l'affaire avant le procès. Des mesures de sécurité spéciales ont été adoptées pour ce procès. John Kessel « Jury selection finished for envoy's shooting trial » *Ottawa Citizen*, 21 mars 1986, C.1.

Kevork a été condamné à neuf ans d'emprisonnement, Balian à six, et le plus jeune des accusés, Gharakhanian, à deux ans moins un jour. La Couronne a fait appel de ces peines et la Cour d'appel a porté la condamnation de Balian à huit ans. Elle a toutefois rejeté l'appel relatif à la peine de Kevork au motif qu'après comptabilisation de la détention préventive qui compte double, celle-ci équivalait à six mois de moins que les 14 années de peine maximale. La Cour d'appel a également tenu compte de la décision de Kevork de plaider coupable pour éviter un long procès. Elle a aussi rejeté l'appel concernant la peine de Gharakhanian, en partie parce qu'il n'était alors âgé que de 17 ans³⁷⁴. Kevork allait ensuite être reconnu coupable de parjure à cause des documents déposés à l'étape de la détermination de la peine, et il a été condamné à une année supplémentaire d'emprisonnement³⁷⁵.

L'affaire Kevork montre qu'une personne accusée de terrorisme peut, lors de son procès, réclamer l'accès à différentes données du renseignement produites par le SCRS et d'autres organismes du renseignement. De nos jours, une telle instance se déroulerait différemment à bien des égards. La Cour fédérale examinerait l'information visée par la demande de confidentialité. Il demeure que les principaux problèmes mis en exergue par l'étude du cas Kevork demeurerait entiers, soit la nécessité de suivre une procédure distincte en Cour fédérale et le dilemme auquel les juges du procès sont confrontés ensuite parce qu'ils doivent décider s'il est possible de garantir un procès équitable compte tenu de l'interdiction de divulguer certains documents qu'ils n'ont eux-mêmes pas vus. De plus, le juge devrait maintenant trancher l'affaire à partir d'une meilleure compréhension des droits de l'accusé à prendre connaissance de tous les renseignements non protégés et pertinents, et du fait que le droit de ce dernier à produire une réponse et une défense pleines et entières pourrait être enfreint par les effets cumulatifs de la non-divulcation, notamment de la non-divulcation de renseignements par ailleurs susceptibles d'ouvrir des pistes d'enquête et de permettre à l'accusé d'entreprendre une contestation, quitte à ce que celle-ci ne change rien en fin de compte.

Étude de cas – l'affaire Ribic

Nicholas Ribic avait été inculpé de quatre chefs d'accusation pour prise d'otages en vertu de l'art. 279.1 du Code criminel en rapport avec des

³⁷⁴ *R. c. Kevork* (1988) 29 O.A.C., p. 387.

³⁷⁵ John Kessel « Chronology of terror: the plot to kill a Turkish diplomat » *Ottawa Citizen*, 14 juin 1986, A1; « Convicted in envoy plot, Armenian's term extended » *Globe and Mail*, 18 janvier 1988, A15.

événements survenus en Bosnie qui concernaient les Forces armées canadiennes. Il avait notamment été question, dans cette triste affaire, de l'enchaînement à un poteau d'un militaire canadien, le Capitaine Patrick Rechner, dans le dessein de bloquer le bombardement des forces serbes par l'OTAN, en mai 1995. Ce cas est particulièrement intéressant parce qu'il chevauche les amendements majeurs apportés à l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada dans la foulée de l'adoption de la Loi antiterroriste de 2001. Il a donné lieu à deux procès criminels : l'un qui n'a abouti à aucun verdict à cause de l'effet de surprise, des retards et de la fragmentation de l'instance liés à la procédure entreprise en vertu de l'art. 38, et un autre, qui a permis de parvenir à un verdict, malgré un litige et un appel en Cour fédérale sur les questions liées à la sécurité nationale, aux termes de l'art. 38.

Ribic a consenti à son extradition d'Allemagne en 1999 et a été arrêté, puis mis en liberté sur cautionnement à son arrivée au Canada. Le procès s'est déroulé à Ottawa, même si Ribic résidait à Edmonton³⁷⁶. Il n'y a pas eu d'enquête préliminaire, un acte d'accusation a été porté en octobre 2000, et le procès a été fixé à novembre 2001. À cause de différentes requêtes de divulgation et requêtes avant procès, notamment devant la Cour fédérale en vertu de l'art. 38, l'instruction a dû être reportée à octobre 2002. La Couronne a présenté sa cause, qui s'appuyait sur les témoignages de six personnes, en huit jours devant juge et jury. Une fois exposée la position de la Couronne, les avocats de Ribic ont annoncé leur intention de faire témoigner deux militaires canadiens qui avaient été en mission en Bosnie et qui, selon eux, possédaient énormément d'informations sur cette prise d'otages.

La question des témoignages que la défense proposait d'entendre a été débattue en Cour fédérale en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada. En décembre 2002, le juge du procès a rappelé les jurés pour leur déclarer ce qui suit : [traduction] « il s'agit d'une malheureuse situation dont ni moi ni les avocats n'avons la maîtrise ». Il a ensuite demandé aux jurés s'ils étaient prêts à revenir siéger en janvier, à quoi ils ont donné leur accord³⁷⁷. Cependant, le 20 janvier 2003, le juge du procès concluait qu'à cause du nombre accru d'instances pendantes devant la Cour fédérale, il devait renvoyer le jury et déclarer la nullité du procès³⁷⁸. Cet incident révèle

³⁷⁶ Pour avoir une idée des coûts supplémentaires occasionnés par le choix d'Ottawa, voir *R. c. Ribic* [2000] O.J. 565.

³⁷⁷ « Ribic's hostage-taking trial to proceed » *Edmonton Journal*, 10 décembre 2002, p. A10.

³⁷⁸ Extrait de *R. c. Ribic* [2004] O.J. 2525, dans lequel le juge Rutherford rejette une demande de suspension d'instance au motif qu'elle aurait enfreint le droit de l'accusé à bénéficier d'un procès dans un délai raisonnable garanti par le par. 11(b) de la *Charte*.

que la litispendance associée à la détermination de la confidentialité liée à la sécurité nationale peut avoir une incidence négative sur le déroulement d'un procès au criminel, au point d'empêcher le tribunal de parvenir à un verdict. Si des problèmes semblables s'étaient posés lors du procès Malik et Bagri et si les accusés n'avaient pas décidé de recomparaître devant un juge seul, il est possible que leur procès aurait également dû être déclaré nul.

Les procédures préalables au procès en Cour fédérale relativement à la divulgation

Une grande partie des retards qui ont provoqué l'annulation du procès Ribic en 2003 tenaient au fait que la défense n'avait pas donné de préavis relativement aux questions découlant de l'art. 38 avant la constitution du jury. Le paragraphe 38.01(1), modifié lors de l'adoption de la Loi antiterroriste, impose à présent à toutes les parties l'obligation d'aviser « dès que possible » le procureur général des questions relevant de l'art. 38. Cette disposition devrait permettre d'éviter les problèmes survenus lors du premier procès Ribic. L'accusé aurait pu donner un préavis de son intention d'assigner des témoins ou les témoins eux-mêmes – après avoir été éventuellement contactés par l'accusé – auraient pu informer le procureur général ou la personne présidant l'audience, comme le prévoit le par. 38.01(3) ou (4).

Même si les nouvelles dispositions ne peuvent aider en la matière, elles ne fixent pas pour autant de sanction en cas de défaut de fournir un préavis. Un juge du procès pourrait éprouver de la difficulté à justifier la non-divulgation d'éléments de preuve, peut-être importants, à titre de sanction de la production d'avis tardifs. L'accusé pourrait faire valoir que la constitution du dossier justifie son retard à aviser le procureur général des aspects sur lesquels il voulait faire déposer les témoins. Le procureur général du Canada devrait, de toute façon, être avisé en vertu du par. 38.01(2) et aurait la possibilité, comme il s'en est prévalu lors du premier procès Ribic, d'entamer une procédure auprès de la Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité.

Le premier procès Ribic avait été caractérisé par toute une série de requêtes préalables au procès déposées auprès de la Cour fédérale relativement aux différentes questions de divulgation. Dans tous ces cas, le juge de la Cour fédérale a examiné l'information en fonction de laquelle la divulgation

avait été demandée. En mars 2002, le juge Hugessen, de la Cour fédérale, après avoir entendu les observations des deux parties, y compris le SCRS en audience ex parte, a décidé qu'il examinerait la documentation visée par la demande de non-divulgence. Dans sa décision, il précise que le juge du procès criminel de la Cour supérieure de l'Ontario avait, dans un jugement, indiqué qu'il serait utile de consulter les documents non divulgués : « Même si cette opinion ne me lie évidemment pas, je pense néanmoins qu'elle mérite le plus grand respect car elle provient de la personne qui, en fin de compte, devra décider de l'admissibilité et de la pertinence de la preuve au procès »³⁷⁹. Cette déclaration fait ressortir que le juge de la Cour fédérale peut être au courant des jugements rendus par le juge du procès au sujet du type de document à divulguer, sans pour autant y être lié.

Le juge Hugessen a ordonné que certains documents du SCRS soient divulgués à l'accusé, mais uniquement après en avoir exclu une partie. À cette occasion, il a « exclu des renseignements concernant les sources, les noms des agents du Service, les renseignements sur l'acheminement, les codes et des éléments de cette nature technique qui ne présentent en fait aucun intérêt pour la défense »³⁸⁰. Il a aussi « exclu des renseignements qui seraient susceptibles de révéler des techniques d'enquête, toujours sans intérêt pour l'accusé, ainsi que toutes les mentions d'autorisations sollicitées ou obtenues en vertu de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité ». Enfin, il a éliminé les renseignements « qui seraient susceptibles d'avoir une incidence sur les relations internationales du Canada » et qui « ne présentaient aucun intérêt concevable pour l'accusé ou ne lui étaient d'aucune utilité dans la conduite de sa défense »³⁸¹. La censure exercée dans ce cas se voulait une tentative visant à protéger la légitimité de la confidentialité liée à la sécurité nationale tout en divulguant à l'accusé une preuve pertinente dans le procès au pénal.

Le juge Hugessen a aussi éliminé les informations postérieures aux événements en question parce qu'ils « n'avaient aucune incidence directe sur les accusations portées contre le requérant »³⁸². Compte tenu du caractère précis et distinct des accusations portées au criminel, il peut être parfois plus facile de conclure que des questions soumises à une revendication de confidentialité liée à la sécurité nationale ne sont pas

379 *Ribic c. Canada* [2002] A.C.F. no 384, par. 4.

380 *Ibid.*, p. 7.

381 *Ibid.*, par. 9-10.

382 *Ibid.*, par. 10.

pertinentes. Il demeure cependant que les accusations criminelles dans les affaires de terrorisme, surtout celles de conspiration, de contribution ou de participation à un groupe terroriste, peuvent être tellement étendues qu'un plus grand nombre de documents en possession de l'État seront jugés pertinents aux accusations.

Le juge Hugessen a aussi exclu les « analyses effectuées par le Service de renseignements qui sont essentiellement de nature prospective et qui se présentent sous la forme de prévisions de ce qui pouvait se passer... »³⁸³. Les données du renseignement concernant les futures menaces possibles contre la sécurité, activité qui est au cœur même du mandat du renseignement de sécurité, peuvent très souvent ne pas présenter de valeur pour la défense. Dans certains contextes, les différences entre les données du renseignement à caractère prévisionnel (et même les données du renseignement de nature spéculative) et les éléments de preuve concrets peuvent ne pas être importantes au point où l'accusé trouvera un intérêt légitime à accéder à ces informations pour assurer sa défense. Dans d'autres contextes, toutefois, les renseignements concernant les indicateurs ou les témoins sources d'alibi pourront présenter un intérêt plus direct avec le droit de l'accusé de produire une réponse et une défense pleines et entières.

Une autre instance préalable au procès a visé à déterminer si l'accusé pourrait avoir accès à cinq documents détenus par le ministère de la Défense nationale (MDN), qui ne mentionnaient absolument pas le nom de M. Ribic. Le juge en chef adjoint (JCA) Lutfy a conclu que la plupart de ces documents du MDN ne devraient pas être divulgués au motif qu'ils étaient peu ou prou pertinents à la cause. Il a ordonné la divulgation d'un document qui concernait les otages parce qu'ils ne comportaient pas de renseignements qui « n'étaient manifestement pas pertinents » au sens de l'arrêt *Stinchcombe* tout en étant « vraisemblablement pertinents » à la capacité de l'intimé Ribic de produire une réponse et une défense pleines et entières³⁸⁴. Le JCA. Lutfy a également insisté sur le fait que le caractère criminel de la cause entravait l'application du critère de pondération établi par le par. 38.06(2) et a conclu que l'affidavit du gouvernement ne traitait pas de cet aspect :

Les décisions rendues sur d'autres demandes relatives à l'article 38 où des documents n'ont pas été examinés ou ont été transmis à la Cour à

³⁸³ *Ibid.*, par. 7.

³⁸⁴ *R. c. Ribic* [2002] A.C.F. 1186, par. 19.

partir d'une commission d'enquête, d'un tribunal administratif ou d'une action civile.

Le défendeur Ribic est accusé de prise d'otages aux termes de l'article 279.1 du Code criminel devant la Cour supérieure de l'Ontario et, s'il est déclaré coupable, il est passible de l'emprisonnement à perpétuité. Compte tenu de la gravité des accusations criminelles, j'ai examiné les documents sans appliquer la procédure en deux étapes établie dans l'arrêt Goguen. [...] Le législateur exige que le juge désigné pondère les intérêts opposés, et non pas seulement qu'il protège les intérêts importants et légitimes de l'État. Dans la pondération des intérêts opposés, le juge désigné bénéficie, à mon sens, d'éléments de preuve précis sur le préjudice qui serait causé lors de la divulgation d'un document expurgé pour un procès criminel mettant en cause des accusations graves³⁸⁵.

Dans cette affaire, l'accusé a reconnu la validité d'une partie des revendications de la Couronne au titre de la sécurité nationale et n'a pas réclamé qu'on lui communique « le nom des sources ou des cibles, les adresses, l'acheminement, les codes ou le chiffrage, les numéros de dossier, les sources d'information, qu'il s'agisse de personnes ou d'autres sources, ou des renseignements sur les moyens techniques ou sur les autres méthodes de collecte de renseignements »³⁸⁶. Dans d'autres contextes, cependant, un accusé pourrait soutenir que la source des informations, qu'elle soit institutionnelle ou individuelle, a un lien direct avec sa fiabilité et que la méthode de collecte des informations est en rapport avec l'admissibilité des renseignements sur un plan légal.

Un mois plus tard, le juge Hugessen rendait une décision relative à une autre requête préalable au procès qui portait sur la divulgation de documents en rapport avec l'époque et l'endroit du crime allégué, documents qui étaient détenus par le MDN, mais qui avaient été obtenus auprès d'un gouvernement étranger contre la promesse de ne pas les divulguer. Le juge a reconnu que la cause avait déjà, en soi, soulevé ce que d'aucuns ont qualifié de « choc des titans » : d'un côté, les droits de l'accusé à produire une réponse et une défense pleines et entières et, de l'autre, l'intérêt de l'État pour la sécurité nationale, la défense nationale et les relations internationales. En fin de compte, il a été décidé que ces documents pouvaient être divulgués parce que le gouvernement étranger n'avait pas donné suite aux nombreuses sollicitations du Canada en vue

385 *Ibid.*, par. 17-18,22-23.

386 *Ibid.*, par. 9.

d'obtenir l'autorisation de les divulguer. Le juge a tiré une inférence défavorable, à savoir que cette affaire ne présentait [traduction] « de toute évidence pas une importance primordiale »³⁸⁷ pour la puissance étrangère concernée et a ordonné en conséquence que les documents soient divulgués après exclusion d'une partie des informations. Cette décision est importante, parce qu'elle montre bien que les réserves ou les restrictions en matière d'utilisation des données du renseignement ne sont pas absolues et qu'elles peuvent, au besoin, être sujettes à des demandes de modification pour répondre aux obligations de divulgation. La décision est également conforme aux modifications de la règle des tiers traitées plus haut³⁸⁸.

Procédures relatives à la comparution des témoins que Ribic voulait faire déposer

La Cour fédérale a été saisie d'un certain nombre de requêtes après que la Couronne eut présenté sa cause devant un jury en Cour supérieure de l'Ontario, et avant que le procès ne soit déclaré nul. Au début janvier 2003, le juge Blanchard, de la Cour fédérale, s'est prononcé sur un certain nombre de questions relatives à l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada, notamment sur l'admissibilité de la transcription des témoignages de deux militaires que l'accusé avait proposé de faire comparaître au procès criminel au sujet des événements survenus en Bosnie, ces témoignages étant sujets à un préavis en vertu de l'art. 38. En novembre 2002, le juge en chef Lutfy avait ordonné que les deux témoins en question soient interrogés par un avocat des services du procureur général du Canada détenant l'autorisation sécuritaire appropriée. C'est néanmoins l'avocat de l'accusé qui a fini par poser les questions. L'accusé a contesté cette procédure novatrice, affirmant qu'elle violait ses droits à fournir une réponse et une défense pleines et entières, à contre-interroger les témoins sans restriction et à faire produire des témoignages appropriés devant le juge des faits au procès criminel. Cependant, tous ces arguments ont été rejetés par le juge Blanchard, puis par la Cour d'appel fédérale au motif que cette procédure novatrice avait été appliquée dans le cas de questions touchant à la confidentialité liée à la sécurité nationale après le début du procès criminel devant jury, et qu'il n'y avait pas suffisamment de temps pour demander une autorisation de sécurité pour les avocats de l'accusé. Le juge d'appel Létourneau a expliqué, au nom de la Section

³⁸⁷ *R. c. Ribic* [2002] A.C.F. 1835, par. 8.

³⁸⁸ *Procureur général du Canada c. Khawaja*, (2007) C.F. 490.

d'appel, que « le jury a été prié d'attendre. La loi applicable était nouvelle et une solution devait être trouvée rapidement [...] La créativité transporte souvent ses partisans dans le domaine de l'inusité, comme ce fut le cas ici, mais je suis persuadé que l'équité les a accompagnés durant tout leur voyage »³⁸⁹.

Le juge Blanchard et le juge d'appel Létourneau se sont tous deux dit préoccupés par le fait qu'il n'ait été ni sûr, ni pratique de permettre aux deux témoins de déposer de vive voix au criminel. Dans un passage auquel la Section d'appel a tout particulièrement souscrit, le juge Blanchard prévient des risques qu'un témoignage dans un procès au criminel ne révèle, par inadvertance, des informations secrètes et dommageables :

Dans leurs dépositions, les deux témoins ont entrelacé des renseignements inoffensifs et des renseignements qui ne peuvent être divulgués dans le public. Il n'y a pas de ligne de démarcation séparant facilement ce qui est autorisé de ce qui ne l'est pas. Dans un procès criminel mené devant un jury, il est manifestement incommode, voire impossible, d'établir une ligne de démarcation. Le juge du procès n'aura pas eu l'avantage d'examiner tous les renseignements pour être en mesure d'apprécier pleinement l'effet possible de la divulgation de ce qui pourra sembler un renseignement inoffensif. Ce qui peut sembler un renseignement insignifiant peut en réalité constituer la pièce manquante du puzzle établi par un organisme hostile³⁹⁰.

La mention du puzzle illustre peut-être ce qui a été décrit comme l'effet mosaïque en ce qui concerne les risques de divulguer des informations³⁹¹. L'affaire Ribic reposait notamment sur les actions et les alliances des militaires. Comme nous l'avons vu, il y a moins lieu de craindre de révéler quoi que ce soit à l'ennemi, par le jeu de l'effet mosaïque, dans un témoignage concernant des acteurs non étatiques, comme les nébuleuses terroristes.

Outre la question de l'application possible de l'effet mosaïque dans les enquêtes de lutte contre le terrorisme, ces propos du juge Blanchard ne sont pas dénués d'importance, parce qu'ils révèlent certaines des difficultés associées au dédoublement de la procédure découlant de l'art. 38. La

³⁸⁹ *R. c. Ribic* [2003] A.C.F. 1964, par. 43, 45 (C.A.F.).

³⁹⁰ *R. c. Ribic* [2003] A.C.F. 1965, par. 35, par le juge Blanchard, repris dans *R. c. Ribic* [2003] A.C.F. 1964, par. 51 (C.A.F.).

³⁹¹ Voir, par exemple, *Henrie c. Canada (Comité d'examen du renseignement de sécurité)* (1988) 53 D.L.R.(4th) 568 affd (1992) 88 D.L.R.(4th) 575.

Cour fédérale qui, en audiences *ex parte*, avait entendu différents témoins au sujet des préjudices occasionnés par la divulgation de documents³⁹² craignait que le tribunal chargé de la procédure au criminel n'ait pas une bonne idée des dommages pouvant être causés à la sécurité. Toutefois, on pourrait tout aussi bien affirmer que la Cour fédérale risque de ne pas être beaucoup plus au fait de l'importance des informations pour l'accusé, étant donné le caractère mouvant de la question. L'une des difficultés que soulève le rapprochement entre les données du renseignement et les éléments de preuve tient à ce que les deux acteurs que sont, d'une part, le renseignement de sécurité et, d'autre part, l'appareil judiciaire, sont peut-être deux solitudes qui ne se comprennent pas l'une l'autre. Toutes ces remarques soulignent les difficultés associées au dédoublement de la procédure, quand les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale sont décidées par un juge de la Cour fédérale ayant entendu les dépositions à huis clos des témoins du gouvernement relativement aux préjudices que la divulgation de l'information peut occasionner à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales, tandis que le juge du procès au criminel doit décider de l'effet éventuel d'une ordonnance de confidentialité sur le droit de l'accusé à un procès équitable.

Bien que ce dédoublement de la procédure soit inefficace et ne permette pas aux décisionnaires concernés d'accéder à toutes les informations susceptibles de les aider dans leurs démarches, dans l'arrêt *Ribic*, la Cour d'appel a conclu que cette formule présentait un avantage pour l'accusé, lequel avait pu, en effet, divulguer sa défense à la Cour fédérale pour aider cette dernière dans sa décision sans avoir à la dévoiler à la poursuite ni au juge de la Cour supérieure appelé à décider des actes d'accusation au criminel. Le juge d'appel Létourneau devait ajouter : « le processus tout entier qui conduit à déterminer s'il existe un privilège relatif aux secrets d'État force un accusé à révéler ses moyens de défense et à divulguer des renseignements qui appuient tels moyens de défense »³⁹³. Toutefois :

Il est extrêmement important de signaler que la divulgation des renseignements sensibles sur lesquels entend se fonder l'appelant n'est pas une divulgation faite à la poursuite, mais

392 À l'occasion d'une audience qui s'est échelonnée sur cinq jours, le juge Blanchard a entendu à huis clos et *ex parte* les dépositions de trois témoins : « un membre de la direction générale de la division du renseignement des Forces canadiennes, un employé d'un autre organisme gouvernemental et un représentant du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international ». *R. c. Ribic* [2003] A.C.F. 1965, par. 7.

393 *Ibid.*, par. 29.

une divulgation faite, sous le sceau de la confidentialité absolue, au procureur général et à une instance judiciaire désignée où l'affaire sera décidée à huis clos. Ce n'est donc pas une divulgation qui contrevient au droit d'un accusé de se taire, ou à la présomption d'innocence en matière criminelle. De plus, ainsi que le demande l'appelant dans la présente affaire, la Cour a le pouvoir d'ordonner qu'aucun des renseignements divulgués dans le contexte du processus de l'article 38 ne soit communiqué à la poursuite sans le consentement de la défense. À mon avis, le système offre des garanties suffisantes et adéquates qui protègent le droit d'un accusé de ne pas divulguer ses moyens de défense à la poursuite³⁹⁴.

Dans le même ordre d'idées, le juge au procès criminel a aussi insisté sur le fait que les procureurs de la Couronne, dans une telle affaire, [traduction] « bien qu'employés par le gouvernement fédéral et instruits par ce dernier » ne devaient pas participer aux procédures devant la Cour fédérale et [traduction] « ne pouvaient accéder à aucune information »³⁹⁵ dans le cadre de ces procédures. L'autre façon de protéger l'accusé, qui est maintenant spécifiquement prévue au paragraphe 38.11(2), consiste à permettre à l'accusé de plaider devant le juge de la Cour fédérale dans une audience ex parte.

En marge des innovations procédurales susmentionnées, les décisions du juge Blanchard et de la Section d'appel de la Cour fédérale sont également intéressantes parce qu'elles réconcilient des intérêts opposés (sécurité et divulgation). La plupart des documents que détenait le MDN avaient été obtenus auprès de l'OTAN à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. On craignait alors que la divulgation ne soit préjudiciable à l'échange de données du renseignement dans l'avenir, entre alliés, ainsi qu'à la poursuite des opérations de l'OTAN. Le juge Blanchard a déterminé que la majeure partie de ces informations, par exemple celles concernant les opérations qui étaient sans rapport avec la prise d'otages, n'étaient tout simplement pas pertinentes et n'avaient pas à être divulguées³⁹⁶. D'autres renseignements ont été jugés pertinents, le juge leur ayant trouvé « logiquement une valeur probante en ce qui concerne des questions qui seront peut-être soulevées au procès et ils pourraient certes aider le jury

394 *Ibid.*, par. 30.

395 *R. c. Ribic*, (2004) O.J. 2525.

396 *R. c. Ribic*, (2003) A.C.F. 1965, par. 25.

à mettre dans le contexte qui convient les événements qui ont mené à la prise d'otages et (à) l'événement lui-même »³⁹⁷. Quoi qu'il en soit, il a jugé qu'il y avait assez d'informations dans les transcriptions expurgées pour renseigner le jury sur le contexte pertinent des événements ayant mené à la prise d'otages³⁹⁸. Cette décision, qui a été confirmée par la Cour d'appel, montre que la disposition visant à permettre la communication de preuves – expurgées ou sous une autre forme – en remplacement de données du renseignement ne pouvant être divulguées, ne porterait pas atteinte aux intérêts liés à la sécurité nationale.

L'approche en trois temps de la Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel s'est ainsi exprimée quand elle a rejeté les requêtes de l'accusé qui visaient à obtenir la divulgation de toute la preuve pertinente susceptible de faire l'objet d'un certificat du procureur général émis en vertu de l'art. 38.13, lequel certificat bloquerait toute ordonnance de divulgation de la Cour : « La Cour fédérale manquerait à ses obligations selon la Loi si elle devait entériner le principe de divulgation générale préconisé par l'appelant et fondé sur la seule pertinence des renseignements, un principe qui ne peut qu'entraîner et encourager des enquêtes à l'aveuglette »³⁹⁹. D'un autre côté, la Cour d'appel a reconnu qu'un accusé doit souvent commencer par déposer des demandes de divulgation de portée générale parce qu'il n'a pas vu les informations que le gouvernement cherche à protéger⁴⁰⁰.

La première étape de l'examen d'une demande formulée en vertu de l'art. 38 consiste à déterminer si la preuve est sujette aux critères Stinchcombe en matière de divulgation, en tant qu'information pertinente, disculpatoire ou inculpatoire, pouvant être utile à la défense. Il incombe ensuite à l'accusé de prouver la pertinence des informations et à la cour d'examiner normalement les renseignements qu'elle détient pour déterminer si tel est le cas. Cela représente une déviation importante et salutaire par rapport à des précédents dans lesquels la Cour fédérale avait ordonné la

³⁹⁷ *Ibid.*, par. 26.

³⁹⁸ Le juge Blanchard a conclu que « les renseignements expurgés [non divulgués], même s'ils ont force corroborante, ne révéleraient pas à la défense de nouveaux renseignements utiles qui ne se trouvent pas déjà dans les transcriptions expurgées des dépositions des deux témoins. [...] en ce qui concerne les moyens de défense que l'on entend invoquer au procès, les transcriptions expurgées indiquent clairement la nature et la substance des dépositions des deux témoins. Je conclus donc que les renseignements qui sont inclus dans cette deuxième catégorie, bien qu'ils soient pertinents, n'ont pas à être divulgués ». *Ibid.*, par. 37.

³⁹⁹ *R. c. Ribic*, (2003) A.C.F. 1964, par. 13.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, par. 11.

non-divulgaration sans même avoir examiné les informations en question. S'agissant de la norme de pertinence, la Cour d'appel ajoute : « il s'agit là sans aucun doute d'un seuil de faible niveau »⁴⁰¹. Néanmoins, dans l'affaire Ribic, la norme de pertinence a permis d'établir que la majeure partie des 555 pages de transcription n'étaient pas pertinentes et qu'elles ne devaient pas être divulguées⁴⁰². À cause des différences entre le mandat des corps policiers et celui des organismes du renseignement de sécurité, une grande quantité de données générales du renseignement peut ne pas être pertinente dans une cause au criminel. En revanche, la pertinence peut être établie dans la durée au vu des activités de l'accusé et d'un grand nombre de ses acolytes dans le cas d'actes d'accusation au criminel de grande portée pour conspiration ou actes terroristes, comme la participation à un groupe terroriste.

S'il est établi que l'information est pertinente, la deuxième étape consiste à déterminer si l'exécutif a prouvé que sa divulgation risque effectivement de porter atteinte aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Le juge d'appel Létourneau a indiqué que les conclusions tirées par le procureur général, après son évaluation du préjudice potentiel découlant de la divulgation, « devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information d'expertise, se voir accorder un poids considérable »⁴⁰³.

La troisième étape suggérée par la Cour d'appel exige que le juge détermine si l'intérêt public d'obtenir la divulgation prévaut sur l'intérêt public d'empêcher cette divulgation. À cette étape, « la partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l'intérêt public milite en sa faveur »⁴⁰⁴. Ici, la Cour d'appel a débattu de deux normes possibles, l'une exigeant de l'accusé qu'il établisse l'existence d'un fait crucial à sa cause⁴⁰⁵ et une autre, plus restrictive, exigeant que l'accusé établisse que son innocence est en jeu⁴⁰⁶. La Cour d'appel a indiqué sa préférence pour le critère le plus rigoureux des deux, étant donné les similitudes entre la protection des indicateurs et la sécurité du pays, mais elle a fini par appliquer l'autre critère parce qu'elle l'a trouvé

401 *Ibid.*, par. 17.

402 *Ibid.*, par. 40-41.

403 *Ibid.*, par. 19.

404 *Ibid.*, par. 21.

405 Tel qu'appliqué dans l'arrêt *Jose Pereira E Hijos S.A. et al c. Le Procureur général du Canada* [2002] A.C.F. 1658.

406 Tel qu'appliqué dans l'arrêt *R. c. Leipert* [1997] 1 R.C.S 281 et dans l'arrêt *R. c. Brown*, (2002) 2 R.C.S 185.

plus favorable à l'accusé et qu'il avait été, de plus, appliqué par le juge Blanchard⁴⁰⁷. La Cour d'appel a conclu que le juge Blanchard n'avait pas commis d'erreur en appliquant les critères pertinents : « L'interdiction faite aux deux témoins de déposer au procès criminel était, eu égard aux circonstances, la seule condition réaliste et économique qui allait tout probablement limiter le préjudice pour la défense nationale, la sécurité nationale ou les relations internationales »⁴⁰⁸.

La cause est renvoyée devant le juge du procès criminel

Dans ce régime judiciaire dualiste créé par l'art. 38, les juges de première instance doivent accepter le jugement de la Cour fédérale quant au genre d'informations qu'ils peuvent divulguer et sous quelle forme elles doivent se présenter, mais ils ont pleine latitude pour formuler les correctifs qu'ils jugent nécessaires afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Bien qu'il ait été récemment codifié dans l'art. 38.14, ce système de freins et de contrepoids existe depuis longtemps déjà. Il en a, par exemple, été question dans l'affaire Kevork évoquée plus haut.

L'affaire Ribic a donc été renvoyée devant un nouveau juge du procès, le juge Rutherford, qui s'est prononcé sur un certain nombre de requêtes avant de présider finalement au déroulement du procès et de prononcer la peine de l'accusé. Malgré toutes les procédures entreprises en vertu de l'art. 38 en Cour fédérale au sujet de la divulgation, le juge Rutherford a été saisi d'une question de dernière minute concernant la divulgation des documents contenus dans 17 boîtes représentant, prétendument, le contenu du bureau de l'attaché militaire à Belgrade. Le personnel du MDN avait inventorié et examiné toutes les pages de ces documents pour en divulguer finalement 54 à l'accusé. Elles présentaient un certain nombre de mots clés concernant la cause, notamment les noms de l'accusé, des victimes et des lieux, la prise d'otages et les moyens militaires déployés dans la région. Le juge Rutherford a rejeté la requête de l'accusé qui visait à obtenir un inventaire plus complet des documents ou à faire porter la recherche sur d'autres mots clés, au motif que la procédure de la Couronne [traduction] « avait établi qu'il y avait présomption de non-pertinence » et qu'il était [traduction] « difficile d'imaginer, sans qu'un minimum de documents soient révélés à la défense » comment le restant de cette documentation pourrait être pertinent. Il a conclu que la thèse

407 *Ibid.*, par. 27.

408 *Ibid.*, par. 59.

de la défense [traduction] « ne semblait être guère plus qu'une enquête à l'aveuglette »⁴⁰⁹. Il vaut également la peine de retenir cette décision parce que le juge Rutherford a rejeté l'établissement d'un inventaire qui avait servi dans d'autres procès criminels étant donné que [traduction] « les procédures adoptées en l'espèce diffèrent considérablement de celles qui peuvent s'imposer dans des poursuites criminelles concernant des affaires intérieures, plus conventionnelles, étant donné la nature sensible et la classification de la grande majorité des renseignements existants »⁴¹⁰.

En sa qualité de juge du procès criminel, le juge Rutherford s'est également penché sur l'admissibilité des transcriptions expurgées des témoignages des deux témoins du gouvernement dont les dépositions avaient fait l'objet de longues procédures en Cour fédérale. Dans un jugement rendu verbalement à la fin mai 2005, le juge Rutherford a traité de la demande que la défense avait formulée pour faire admettre en preuve les transcriptions des dépositions des témoins A et B recueillies lors de séances à huis clos et de séances ex parte en Cour fédérale. Il a admis ces transcriptions en précisant qu'elles constituaient une exception de principe à la règle du oui-dire qui interdit l'admission de déclarations relatées ne pouvant être contestées en contre-interrogatoire, au motif [traduction] « qu'elles étaient suffisantes et répondaient aux critères de fiabilité »⁴¹¹. Il s'est aussi appuyé sur son pouvoir de façonner toute une gamme d'ordonnances en vue de garantir un procès équitable à l'accusé tout en respectant les décisions de la Cour fédérale relatives au genre de preuves pouvant être divulguées. Les transcriptions ont finalement été admises, mais il faut souligner qu'elles ont été utilisées au titre de la preuve que l'accusé cherchait à faire admettre. Il serait peut-être plus difficile de justifier la même procédure – que ce soit en tant qu'exception justifiée et nécessaire à la règle régissant le oui-dire ou parce qu'elle serait conforme au droit de l'accusé à bénéficier d'un procès équitable – dans les situations où la Couronne chercherait à déposer les transcriptions de témoignage recueillis lors d'audiences ex parte et à huis clos, transcriptions qui auraient été expurgées des renseignements risquant d'avoir un effet préjudiciable sur la sécurité nationale.

409 *R. c. Ribic*, (2004) O.J. 569, par. 14.

410 *Ibid.*, par. 14.

411 *R. c. Ribic*, (2005) O.J. 2628, par. 6. Le juge Rutherford a refusé de conférer la qualité d'expert au témoin B, en partie parce qu'il n'était pas possible de le contre-interroger. *Ibid.*, par 16.

Quoi qu'il en soit, un mois après avoir présenté sa cause devant le jury, la défense a soutenu que la lecture des transcriptions expurgées des déclarations des témoins A et B aux jurés avait violé les droits de l'accusé à un procès équitable ainsi qu'à une réponse et à une défense pleines et entières aux termes de l'art. 7 et du par. 11(d) de la Charte, la seule mesure correctrice s'imposant dès lors étant l'arrêt des procédures. Bien qu'il ait reconnu le [traduction] « bien-fondé relatif »⁴¹² de ces arguments, le juge Rutherford a statué que la défense n'avait pas prouvé de violation de la Charte. Il a précisé que, lors du processus de contrôle, la Cour fédérale avait appliqué une norme plus favorable à l'accusé que l'exception liée au critère de « l'innocence en jeu » dans le cas de la divulgation de l'identité des indicateurs de police. Qui plus est, il a souligné que les témoins A et B n'avaient déposé que sur le contexte ayant entouré la prise d'otages plutôt que sur l'incident lui-même et qu'aucune preuve ne contredisait les témoignages de A ou de B, ni ne remettait la crédibilité de ces derniers en question. (Le témoignage de B a porté sur les procédures de bombardement de l'OTAN, et celui de A sur l'analyse à laquelle s'était livré l'OTAN quant à la possibilité que les forces serbes aient recours à la prise d'otages comme tactique ultime visant à empêcher les bombardements.) Le juge Rutherford a ajouté :

[traduction] J'ai conclu que la limitation des témoignages de A et de B dont s'est plaint la défense ne va pas jusqu'à rendre le procès inéquitable au sens garanti par la Constitution. L'accusé s'est appuyé sur les témoignages de A et de B pour sa défense et j'estime que les témoins ont pu déposer dans le cadre d'une procédure suffisamment équitable au vu de l'ensemble des circonstances [...] Les témoignages de A et de B n'étaient pas des jugements subjectifs sur M. Ribic et ne portaient pas sur son rôle et ses activités lors de la prise d'otages. J'aurais peut-être eu plus de réticence et d'hésitation à conclure à la nécessité de limiter de la sorte des témoignages qui auraient concerné des questions centrales à la commission de l'infraction, comme l'identité de l'accusé ou sa participation à la matérialité de l'infraction, par crainte de porter gravement atteinte à l'équité du procès⁴¹³.

412 *R. c. Ribic*, (2005) O.J. 2631, par. 26.

413 *Ibid.*, par. 36.

Cette décision confirme l'existence de moyens novateurs permettant de réconcilier l'intérêt de l'État à protéger le secret et les droits de l'accusé à une réponse et à une défense pleines et entières. Cependant, il pourrait ne pas être possible de se fier sur des transcriptions expurgées si le témoignage concernait directement le crime. Dans cette affaire, l'accusé avait été inculpé d'un crime distinct, celui d'avoir pris des otages, et le juge était en mesure de conclure que les témoignages apparaissant dans les transcriptions expurgées ne révélaient pas d'éléments de preuve déterminants qui permettent d'établir la culpabilité ou l'innocence de l'intéressé. La même approche aurait pu ne pas être possible si l'accusé avait été inculpé d'une infraction de terrorisme revêtant un caractère moins distinct. Dans une telle situation, les témoins pertinents auraient pu être davantage en mesure d'indiquer si l'accusé avait commis l'actus reus de l'infraction avec le niveau requis de faute. Un juge du procès aurait alors pu se montrer moins disposé à accepter des transcriptions expurgées de préférence à des témoignages de vive voix ou à des contre-interrogatoires directs.

Questions liées au délai raisonnable de la procédure

Compte tenu de toutes les requêtes et de tous les retards ayant caractérisé cette affaire, il ne faut guère s'étonner que l'accusé ait invoqué le fait que son droit à subir un procès dans des délais raisonnables a été violé et que les procédures devaient être suspendues. Dans une décision datée de juin 2004, le juge Rutherford met sur le compte de la Couronne, qui n'avait pas divulgué assez rapidement les documents en sa possession, le délai de près d'un an qui a précédé le début du procès. Du même souffle, il rappelle toutefois les difficultés associées à la divulgation dans les affaires concernant des enquêtes et des données du renseignement d'envergure internationale :

[traduction] Dans des affaires importantes et complexes – surtout comme celles auxquelles ont directement ou indirectement pris part un grand nombre de gouvernements, d'organismes internationaux et de fonctionnaires étrangers – il peut être très difficile de définir ce qui est conforme au devoir de divulgation⁴¹⁴.

414 *R. c. Ribic*, (2004) O.J. 2525, par. 32.

Le juge Rutherford se penche ensuite sur les délais survenus entre novembre 2002 et avril 2004, quand la Cour d'appel fédérale a finalement tranché à la suite des procédures entreprises par l'accusé en vertu de l'art. 38 pour obtenir le témoignage de deux militaires. Après avoir reconnu que la Cour fédérale avait [traduction] « vraiment tenté de traiter sans tarder des questions dont elle était saisie » et que le fait de laisser de telles questions [traduction] « aux soins des tribunaux de première instance, dans le cadre d'un procès criminel, n'aurait pas suffi à protéger les intérêts liés à la sécurité nationale », il ajoute au sujet du régime établi par l'art. 38 :

[traduction] Il est lourd et, en l'espèce, il a été néfaste au procès en cours [...] Il est à espérer que l'arrêt des procédures et les retards de ce genre ne deviendront pas monnaie courante dans de telles affaires, l'expérience acquise devant nous permettant d'être plus efficaces dans l'administration de ce nouveau régime législatif. Certes, de telles procédures peuvent être rares, mais l'on ne peut s'empêcher de se demander si, dans un monde où le terrorisme est de plus en plus présent, nous n'avons pas là une bonne raison de nous aguerrir davantage dans l'application de telles procédures. On n'insistera jamais assez sur la nécessité que le Canada se montre à même de réaliser ce genre de choses et de faire en sorte qu'elles fonctionnent, plutôt que de jeter l'éponge en déclarant qu'il n'a pas la capacité d'administrer son appareil de justice criminelle chaque fois qu'interviennent des questions de sécurité nationale⁴¹⁵.

Le juge Rutherford souligne que les 20 mois passés en procédures devant la Cour fédérale ont porté sur des preuves [traduction] « qui, selon l'avocat de l'accusé, étaient censées présenter une grande valeur et un avantage potentiel pour ce dernier ». Cela permet de croire que le juge aurait peut-être été moins tolérant si les délais occasionnés par les procédures entreprises aux termes de l'art. 38 avaient été le fait de la Couronne plutôt que de l'accusé.

Au final, le juge Rutherford a conclu que les droits de l'accusé au vu du par. 11(b) n'ont pas été violés par ce délai de cinq ans en tout : [traduction]

⁴¹⁵ *Ibid.*, par. 49.

« il y avait un grand intérêt, aux échelons national et international, à faire juger cette cause [...] même si les questions concernant les renseignements sensibles ont exigé des procédures parallèles et chronophages en Cour fédérale... »⁴¹⁶. Un an après cette décision et après que la Couronne et la défense eurent soutenu leur cause devant le jury, le juge Rutherford a rejeté une autre demande déposée en vertu du par. 11(b) en affirmant que [traduction] « les six années écoulées entre le dépôt de l'accusation et le déroulement du procès dans cette cause sont hors épure et sans doute sans précédent ». Il devait toutefois conclure qu'au vu de l'équilibre des intérêts, le droit de l'accusé à un procès se déroulant dans des délais raisonnables n'avait pas été enfreint⁴¹⁷. Même s'il n'équivaut pas à une violation du par. 11(b), le délai de six années dans ce cas souligne bien les difficultés associées aux poursuites dans lesquelles interviennent des données du renseignement et des procédures en vertu de l'art. 38.

Le 12 juin 2005, le second jury a reconnu M. Ribic coupable sous deux chefs d'accusation pour détention d'otages, mais l'a acquitté sous le chef d'enlèvement d'otage sous la contrainte. Il a ensuite été condamné à trois années d'emprisonnement⁴¹⁸.

Résumé

D'aucuns pourraient soutenir que le verdict final dans l'affaire Ribic, combiné aux amendements apportés à l'art. 38 en 2001 en vue d'encourager la communication d'un préavis au Procureur général du Canada, confirme la viabilité du dédoublement de la procédure en vigueur au Canada pour ce qui est de l'administration du lien entre la preuve et le renseignement dans des procès au criminel. Toutefois, l'affaire Ribic est loin d'avoir été une réussite retentissante et les procédures novatrices employées à cette occasion pourraient ne pas aussi bien convenir dans une poursuite pour terrorisme. La plus grande partie du retard associé aux procédures en Cour fédérale a été imputée à l'accusé parce que celui-ci voulait assigner des témoins du gouvernement. Dans d'autres cas caractérisés par la non-divulgence, ce retard pourrait être reproché à la Couronne. La procédure novatrice, qui a consisté à admettre en preuve les transcriptions expurgées des réponses des témoins aux questions

416 *Ibid.*, par. 50.

417 *R. c. Ribic*, (2005) O.J. 2631. Quelques mois seulement de cette année supplémentaire ont été accordés à la Couronne pour traiter de problèmes de divulgation, une partie du retard étant attribuable à l'accusé à cause d'une requête de divulgation supplémentaire qui a été rejetée en décembre 2004.

418 *R. c. Ribic*, (2005) O.J. 4261.

posées par un avocat ayant une autorisation de sécurité et travaillant pour le gouvernement fédéral, pourrait ne pas être jugée satisfaisante si la preuve concernait des questions cruciales pour le procès plutôt que, comme ce fut le cas dans l'affaire Ribic, des questions concernant le contexte en général.

Enfin, le juge Rutherford a émis l'avertissement suivant au sujet du régime dualiste imposé par l'art. 38 : [traduction] « Il est lourd et, en l'espèce, il a été néfaste au procès en cours [...] Il est à espérer que l'arrêt des procédures et les retards de ce genre ne deviendront pas monnaie courante dans de telles affaires », ce qui devrait inviter à un temps d'arrêt. Selon lui, on ne saurait trop insister sur la nécessité que le Canada soit en mesure de juger les causes de terrorisme, même si elles reposent souvent sur la communication de données du renseignement⁴¹⁹. Comme nous le verrons dans l'étude de cas suivante, la contestation et l'appel des questions visées par l'art. 38 ont occasionné d'importants retards dans le prononcé du jugement à la suite de cette première cause entreprise en vertu de la Loi antiterroriste.

Étude de cas – l'affaire Khawaja

L'affaire Ribic, dont nous venons de traiter, a permis de tester certaines des dispositions de l'art. 38 qui ont été ajoutées dans la foulée de l'adoption de la Loi antiterroriste de 2001, mais c'est avec l'affaire Khawaja que cette nouvelle loi a été véritablement passée au banc d'essai dans le contexte d'une poursuite pour terrorisme. Toute cette affaire a commencé quand M. Khawaja a fait l'objet d'accusations multiples en mars 2004. Il a obtenu en partie gain de cause dans une requête préalable au procès, déposée devant le juge du procès, qui visait à contester au regard de la Charte les différents chefs d'accusation pour activités terroristes qui avaient été portés contre lui. Cette requête a été tranchée en octobre 2006 et la Cour suprême a ensuite rejeté la demande de pourvoie au sujet de cette décision rendue avant le procès⁴²⁰.

Depuis le mois de novembre 2006, les parties étaient engagées dans une procédure entreprise en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada relativement à la divulgation à l'accusé de près de 1 700 pages sur les quelque 99 000 en jeu⁴²¹. En mars 2007, l'accusé a entrepris une

419 *R. c. Ribic*, (2004) O.J. 2525, par. 49.

420 *R. c. Khawaja*, (2006) 214 C.C.C.(3d) 399 (Cour supérieure de l'Ontario).

421 *Canada c. Khawaja*, (2007) C.F. 463, par. 10.

contestation fondée sur la Constitution au motif que le par. 38.11(2) enfreignait les par. 2(b) et 11(d), de même que l'art. 7 de la Charte, contestation qui a été tranchée par le juge en chef Lutfy à la fin d'avril 2007. La disposition contestée dispose que le juge saisi d'une affaire au titre du par. 38 ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'art. 38.06 peut donner la possibilité à toute personne de présenter ses observations en l'absence d'autres parties; elle précise aussi « le droit du procureur général du Canada d'ainsi présenter des observations ex parte ».

Pour le juge en chef Lutfy, l'arrêt Charkaoui de la Cour suprême permet des accommodements dans le contexte de la sécurité nationale sous la forme de mesures de substitution donnant accès aux renseignements secrets tout en garantissant le principe fondamental d'un procès équitable.

Le droit de l'accusé de connaître la thèse avancée contre lui n'est pas absolu. Les lois canadiennes prévoient parfois la tenue d'audiences ex parte ou à huis clos au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d'une seule partie (arrêt Charkaoui, paragraphe 57). Aux termes de l'article 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer sensiblement équivalente (arrêt Charkaoui, paragraphe 61)⁴²².

Il invoque ensuite : la capacité du juge d'autoriser une divulgation partielle en vertu du par. 38.06(2), en rappelant que « l'ancien article 38, qui était en vigueur avant les modifications apportées par la Loi antiterroriste, n'offrait pas une telle latitude »⁴²³; la capacité de l'accusé de faire des observations ex parte; la capacité de l'accusé d'en appeler des décisions de la Cour fédérale au titre de l'art. 38.06; la capacité du juge du procès, aux termes de l'art. 38.14, d'ordonner les correctifs qui s'imposent en cas de publication d'une ordonnance de non-divulgation pour protéger les droits de l'accusé à subir un procès équitable, de même que tous les facteurs appuyant la constitutionnalité des dispositions de l'art. 38.11 relatives aux audiences ex parte. La dernière sauvegarde mentionnée par le juge en chef Lutfy est la capacité du juge qui entend une requête déposée en vertu de l'art. 38 de nommer un *amicus curiæ* chargé de contester les observations ex parte du gouvernement.

422 *Ibid.*, par. 35.

423 *Ibid.*, par. 39.

À mon avis, le droit de la Cour de désigner, d'office ou à la demande d'une partie à l'instance, un ami de la cour lorsque cela s'avère nécessaire dans un cas particulier doit atténuer les réserves du défendeur au sujet de la procédure ex parte. Une telle mesure de protection, si on y recourt, selon l'appréciation du juge président, favorise encore davantage le respect des principes de justice fondamentale lorsque sont en cause des considérations de sécurité nationale⁴²⁴.

Les modalités précises d'intervention de l'*amicus curiæ* sont laissées à la discrétion du juge présidant l'audience, mais il n'est apparemment fait aucune mention de l'autre formule qui a été appliquée dans l'affaire Malik et Bagri, selon laquelle les renseignements peuvent être divulgués à l'avocat de l'accusé à condition que celui-ci ne les communique pas à son client. Dans cette affaire, l'accusé a fait appel de cette décision au motif que le juge en chef Lutfy avait commis une erreur en considérant que l'art. 38 prévoit la procédure de nomination d'un ami de la cour, mais que ce dernier n'est pas en mesure de protéger les intérêts de l'accusé.

La poursuite entreprise en vertu de l'art. 38 a ensuite consisté à déterminer quel genre d'information il fallait divulguer à l'accusé. Le procureur général du Canada a réclamé la non-divulgence de 506 documents de la GRC, du SCRS et de l'Agence des services frontaliers du Canada, y compris des documents que ces services avaient reçus sous le sceau de la confiance d'organismes étrangers. Ces 506 documents étaient composés de plusieurs milliers de pages dont 1 700 comportaient des informations caviardées⁴²⁵. Malgré cela, ces 1 700 pages ne représentaient que 2 p. 100 environ des quelque 99 000 pages ayant été divulguées à l'accusé dont 226 CD d'écoutes téléphoniques, 13 bandes de surveillance et différents dossiers de filature. L'accusé « a souligné qu'il ne recherche pas la divulgation de renseignements susceptibles de révéler les techniques employées pour mener des enquêtes sensibles, l'identité d'agents provocateurs appartenant à des organismes de renseignement et/ou à des forces de l'ordre, ou encore des personnes visées par d'autres enquêtes »⁴²⁶.

Le juge Mosley a ensuite rendu un jugement dans lequel il énonce les principes et procédures qu'il a appliqués pour juger du bien-fondé de la demande de non-divulgence déposée par le procureur général en

424 *Ibid.*, par. 57.

425 *Le Procureur général du Canada c. Khawaja*, (2007) C.F. 490, par. 5, 31.

426 *Ibid.*, par. 8.

vertu de l'art. 38 de la LPC. Il décrit la documentation non divulguée comme étant constituée d'environ 350 documents qui comportaient des renseignements administratifs internes, 260 documents parlant de méthodes opérationnelles et 138 documents concernant des enquêtes en cours à propos d'autres cibles. Il précise que l'accusé n'avait même pas réclamé la divulgation de ces informations⁴²⁷.

Quelque 140 documents se rapportaient à des renseignements reçus à titre confidentiel de tiers étrangers. Ils comprenaient un rapport du renseignement ayant fait l'objet d'une ordonnance de confidentialité dans des procès en Grande-Bretagne; l'organisme du renseignement étranger émetteur avait refusé de consentir à la divulgation. Après avoir examiné ce rapport du renseignement, le juge Mosley conclut que « ces renseignements ne sont pas des preuves qui seront utilisées contre l'accusé, [et ils n'ont pas non plus] pour effet de l'absoudre ou de compromettre les arguments de la Couronne »⁴²⁸. Force est de conclure de ce passage que les données du renseignement peuvent ne pas systématiquement présenter de valeur probante ou être utiles pour l'accusé.

Une partie de la documentation non divulguée comprenait des extraits de comptes rendus d'entrevues, par le FBI, d'un témoin clé potentiel dans l'affaire Khawaja. Le FBI n'avait pas consenti à la divulgation de ces documents parce qu'ils contenaient des informations concernant des opérations en cours. L'agence a cependant fourni à la place un rapport non classifié de 99 pages faisant état des informations obtenues auprès du témoin. Après avoir examiné les deux versions en cause, le rapport classifié et le rapport non classifié, le juge Mosley conclut que les divergences entre les deux « ne tirent pas à conséquence »⁴²⁹. Il remarque l'intérêt affiché par l'accusé pour le genre de traitement dont ce témoin avait fait l'objet aux mains des autorités américaines, mais conclut à l'absence d'informations relatives à des versements au témoin potentiel dans l'un ou l'autre des documents contestés⁴³⁰. De plus, à la requête de la cour, les fonctionnaires canadiens ont obtenu des autorités américaines qu'elles leur donnent leur consentement à la divulgation de l'entente sur plaidoyer conclue avec le témoin potentiel⁴³¹. On constate donc que les autorités américaines ont fourni, à la place des documents à la divulgation desquels il s'opposait, certains rapports ainsi que leur consentement à

427 *Ibid.*, par. 44.

428 *Ibid.*, par. 50.

429 *Ibid.*, par. 55.

430 *Ibid.*, par. 177.

431 *Ibid.*, par. 57.

divulguer certaines pièces. Comme nous l'avons vu, cela va davantage dans le sens d'une approche souple à la règle des tiers selon laquelle les organismes canadiens devront demander aux organismes étrangers qu'ils consentent à la divulgation d'informations.

Le jugement a été suivi de la publication d'une ordonnance publique et d'une ordonnance sous scellé précisant qu'une partie des informations n'avait pas à être divulguée parce qu'elle n'était pas pertinente au procès criminel, mais que 67 documents devraient être communiqués en partie ou en totalité⁴³². Un résumé confidentiel pourrait être utile au juge du procès si elle lui permettait d'avoir une meilleure idée des informations non divulguées ainsi que des effets potentiels de cette non-divulgation sur le droit de l'accusé à un procès équitable et à une réponse ainsi qu'à une défense pleines et entières.

Certains documents ont été divulgués dans leur intégralité parce qu'ils ne risquaient pas de porter préjudice aux relations internationales ou à la sécurité nationale⁴³³. D'autres l'ont été en partie sous la forme de résumés. Le procureur général du Canada a fait appel de cette ordonnance en alléguant que le juge Mosley avait fait erreur en déterminant que les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation l'emportaient sur les raisons d'intérêt public justifiant le contraire et en recourant à des résumés [traduction] « contrairement à ce que prévoit le régime instauré par l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada »⁴³⁴. L'accusé a, lui aussi, fait appel en soutenant que le juge Mosley avait fait erreur parce qu'il s'était fié sur les observations ex parte du le procureur général du Canada, qu'il avait appliqué une norme de pertinence trop stricte et qu'il avait imposé à l'accusé d'expliquer en quoi l'information qu'il n'avait pas vue allait l'aider dans sa défense⁴³⁵.

Le juge Mosley remarque que certaines des requêtes de non-divulgation émanant du procureur général n'ont pas été déposées en vertu de l'art. 38 parce qu'elles portaient sur des revendications de privilège de droit commun ou des immunités d'intérêt public particulières relevant de l'art. 37 de la LPC. Ces questions auraient dû être tranchées par le juge

432 *Le Procureur général du Canada c. Khawaja*, ordonnance publique du 17 mai 2007, DES-2-06.

433 Pour une autre décision établissant qu'une partie des renseignements qui, selon le gouvernement, ne satisfaisaient pas aux critères du préjudice, voir *Canada c. La Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, et Maher Arar*, 2007 C.F. 766, par. 91.

434 Procureur général du Canada, avis d'appel du 28 mai 2007.

435 Mohammad Khawaja, avis de contre-appel du 30 mai 2007.

du procès⁴³⁶. Bien que le juge désigné soit investi d'un mandat limité au titre de l'art. 38, la division des tâches entre les deux paliers d'instance ne va sans soulever des préoccupations quant à l'efficacité de la procédure au procès. Les décisions relatives à la divulgation, prises par le juge de la Cour fédérale en vertu de l'art. 38 de la LPC, pourraient être réexaminées par le juge du procès, en vertu de l'art. 37 et de la common law, si la Couronne décidait de reformuler ses réclamations de non-divulgation fondées en droit.

Le juge Mosley a appliqué la démarche en trois temps décrite par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Ribic (voir plus haut). Après avoir établi que la première étape, qui consiste à confirmer que les documents sont conformes à la norme Stinchcombe, équivalait à un seuil de faible niveau, et après que le procureur eut admis la pertinence des documents non divulgués, le juge Mosley a conclu qu'une partie des documents n'était tout simplement pas pertinente et qu'il n'était dès lors pas nécessaire de la divulguer. Il a inclus « dans la catégorie des documents non pertinents les rapports analytiques de nature générale, dont certains ont été rédigés des années avant les faits à l'origine des accusations portées contre le défendeur et n'intéressent pas précisément le contexte de telles accusations »⁴³⁷. Cette décision, examinée en combinaison avec des décisions semblables rendues dans l'arrêt Ribic, souligne que les rapports analytiques et à caractère général peuvent, dans certains cas, n'être tout simplement pas pertinents et qu'il n'y a pas lieu de les divulguer.

S'agissant de la deuxième étape, qui consiste à déterminer si la divulgation de l'information risque d'être préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales, le juge Mosley a été saisi d'informations indiquant que le Canada est un importateur net de données du renseignement. Selon une évaluation effectuée par un agent de la GRC, le Canada importerait 75 fois plus de données du renseignement qu'il en exporte⁴³⁸. Comme nous l'avons vu, le juge a indiqué que le procureur général ne pourrait pas se réfugier derrière la règle des tiers s'il ne demandait pas d'abord à l'organisme étranger source de consentir à la divulgation, si sa demande visait des renseignements reçus du SCRS plutôt que d'un organisme étranger, ou encore si elle concernait des informations publiquement

436 *Le Procureur général du Canada c. Khawaja*, (2007) C.F. 490, par. 34.

437 *Ibid.*, par. 116.

438 *Ibid.*, par. 127.

accessibles⁴³⁹. Comme nous l'avons vu également, cette approche revient à reconnaître, comme il se doit, que les réserves émises au sujet de la divulgation de renseignements peuvent être modifiées et que la règle des tiers ne doit pas être appliquée de façon rigide ou systématique pour contrer la divulgation.

Pour ce qui est de la troisième étape, le juge Mosley prend acte qu'il incombe à l'accusé de démontrer que l'intérêt public justifiant la divulgation l'emporte sur les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation. Il convient avec le défendeur que « son droit à un procès équitable constitue un facteur important », mais il ajoute « je ne crois pas qu'il éclipse systématiquement la sécurité nationale ou les relations internationales, surtout lorsque, comme c'est le cas ici, il n'est pas du tout évident qu'il y aurait atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière parce que ces renseignements n'ont pas été divulgués »⁴⁴⁰. Il fait remarquer que l'accusé n'a pas dévoilé à la cour ce que seraient ses défenses et qu'il n'a pas non plus fait d'observation ex parte. Il s'est livré à un exercice de réconciliation entre les raisons publiques justifiant la non-divulgation et les raisons publiques justifiant non-divulgation au vu des accusations graves portées contre l'accusé, recourant pour cela à des résumés d'informations dont la divulgation ne risquait pas d'être préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales⁴⁴¹. En fin de compte, le juge Mosley a ordonné que 67 des 506 documents soient divulgués à l'accusé tels quels ou sous forme de résumés. Comme nous l'avons vu, le procureur général a fait appel de ces ordonnances de divulgation ou de divulgation modifiée tandis que l'accusé, de son côté, a fait appel des ordonnances de confidentialité.

Comme les deux parties sont allés en appel, on peut penser que la décision rendue était équilibrée, mais en l'espèce, cette procédure a eu pour effet de retarder le début du procès de M. Khawaja. Même si ce procès débute un jour, et sans égard à la façon dont seront tranchés ces appels, il est possible que le procureur général et l'accusé continuent à se livrer bataille, même si c'est sur un terrain différent. Par exemple, le procureur général pourrait déposer des revendications de non-divulgation auprès du juge du procès en vertu de l'art. 37 de la LPC et de la common law. Même si les ordonnances émises aux termes de l'art. 38, qui limitent la divulgation, sont maintenues en appel, il est fort probable que l'accusé soutiendra

439 *Ibid.*, par. 146-150.

440 *Ibid.*, par. 166.

441 *Ibid.*, par. 186.

qu'il lui est impossible de bénéficier d'un procès équitable et que le juge du procès devrait suspendre les procédures conformément à l'art. 38.14 de la LPC⁴⁴². La production par le juge Mosley d'une annexe confidentielle concernant les documents non divulgués devrait permettre au juge du procès d'être mieux outillé pour déterminer si un procès équitable est encore possible au vu de l'ordonnance de confidentialité, mais le juge de première instance, et sans doute celui de la Cour fédérale, ne seront pas en mesure de modifier les termes de l'ordonnance de confidentialité au vu des questions particulières qui pourraient être soulevées en cours de procès et cela peut-être même de façon inattendue.

La possibilité d'un enlèvement des procédures relatives à la non-divulgence des informations soulève un certain nombre de questions quant à la viabilité du régime judiciaire dualiste qui est propre au Canada dans le cas des demandes de confidentialité liées à la sécurité nationale. Les complices présumés de M. Khawaja en Grande-Bretagne ont déjà été jugés et cela avant même que le procès de cet inculpé n'ait débuté au Canada, même s'il a fallu attendre 14 mois pour que le procès débute en Angleterre, même si celui-ci a été assorti de retards sans précédent et même si le jury a passé presque un mois à délibérer⁴⁴³. Comme nous le verrons dans la partie suivante, les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale en Grande-Bretagne sont tranchées par le juge du procès.

Résumé

Le protocole d'entente conclu en 2006 entre la GRC et le SCRS traite du recours à l'art. 38 de la LPC comme d'un moyen destiné à protéger les données du renseignement que le SCRS transmet à la GRC, celles-ci ne devant pas être divulguées dans des procédures au criminel ou autres. L'arrêt *Stinchcombe* impose des obligations très générales à l'État en matière de divulgation, mais l'art. 38 impose une procédure lourde et chronophage pour réconcilier la nécessité de divulguer l'information et celle de protéger le secret. Ce régime impose des obligations à tous les participants du système de justice, notamment à l'accusé qui doit aviser le procureur général du Canada de son intention de réclamer la divulgation

⁴⁴² Le juge du procès n'aura pas accès aux documents qui ne sont pas divulgués, mais l'ordonnance rendue par le juge Mosley prévoit que le juge de première instance peut avoir accès à l'ordonnance sous scellé et à une annexe qui sont censées fournir plus de détails que l'ordonnance publique quant aux renseignements ayant été divulgués et à ceux qui ne l'ont pas été. *Le Procureur général du Canada c. Khawaja*, ordonnance publique du 17 mai 2007, par. 7.

⁴⁴³ Doug Saunders « Long list of strange delays plagued court » *Globe and Mail*, 1er mai 2007, p. A-15.

d'une vaste gamme de renseignements sensibles, susceptibles d'être préjudiciables. L'article 38 vise un vaste ensemble d'informations, si bien qu'il conviendrait d'envisager de restreindre la portée de cet article en précisant le genre de préjudice à laquelle pourrait donner lieu la divulgation de l'information.

L'art. 38.06 permet au juge de réaliser un équilibre entre des intérêts opposés (la protection du secret d'un côté et la divulgation de l'autre) et d'adopter des moyens novateurs pour réconcilier la divulgation et la protection du secret en imposant notamment des résumés ou d'autres conditions. S'agissant du préjudice susceptible de découler de la divulgation, il est question de tous « les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». Le comité sénatorial chargé d'examiner la Loi sur le terrorisme a recommandé que l'on précise davantage le genre de préjudice qui pourrait être porté aux relations internationales. On pourrait, par ailleurs, appliquer cette démarche fondée sur le préjudice aux expressions très vagues que sont la sécurité nationale et la défense nationale⁴⁴⁴. Autrement dit, l'art. 38 pourrait être modifié afin de préciser le genre de préjudice que la divulgation pourrait porter aux sources et aux indicateurs vulnérables, aux opérations en cours, aux méthodes d'opération et aux engagements pris envers nos partenaires étrangers. Cette même approche permettrait d'infléchir la fâcheuse tendance à une surmultiplication des demandes de confidentialité liées à la sécurité nationale.

La capacité qu'a le procureur général de faire des observations ex parte à un juge saisi d'une procédure aux termes de l'art. 38 n'est compensée en partie que par celle qu'a l'accusé de faire lui-même des observations ex parte, dont la valeur se trouve toutefois atténuée par le fait qu'il n'a pas

⁴⁴⁴ Dans sa décision relative à l'art. 38 à propos de la Commission Arar, le juge Noël s'est essayé à la délicate tâche de donner une définition valable aux termes employés dans cette disposition. Selon lui, « D'après ces définitions, la « sécurité nationale » s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada » *Canada c. Commission d'enquête*, (2007) C.F. 766, par. 68. La défense nationale comprend « Tous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis » ainsi que « l'arsenal militaire d'une nation ». Les « renseignements préjudiciables aux relations internationales » s'entendent des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec l'étranger. » *Ibid.*, par. 61-62. L'imprécision de l'expression « sécurité nationale » est notoire. Par exemple, M.L. Friedland a ainsi préfacé une étude qu'il a signée pour la Commission McDonald : « Avant d'amorcer cette étude sur les aspects juridiques de la sécurité nationale, je dois avouer que j'ignore le sens de l'expression « sécurité nationale ». M.L. Friedland *Sécurité nationale : Les dimensions légales* (Ottawa : Approvisionnements et Services, 1980) p. 1.

pris connaissance des renseignements secrets visés par l'ordonnance de confidentialité. Dans l'arrêt *Khawaja*, le juge en chef Lutfy tente de corriger ce handicap en ouvrant la porte à la nomination d'un *amicus curiæ*, un intervenant désintéressé, qui, contrairement à l'avocat de l'accusé, serait en mesure de consulter les renseignements incriminés. Ce qui n'est pas clair toutefois, c'est le degré auquel cet intervenant connaîtra ou pourra connaître la cause de l'accusé, ni les usages possibles que l'accusé pourra faire des renseignements non divulgués pour fournir une réponse et une défense pleines et entières. Quoiqu'il en soit, aucun *amicus curiæ* n'a été nommé dans la poursuite *Khawaja* et l'accusé et le procureur général ont tous deux fait appel des décisions de la Cour fédérale en invoquant la non constitutionnalité de la procédure et le volume de renseignements ayant été divulgué et ayant fait l'objet d'un résumé à l'intention de l'accusé.

La Cour fédérale a conféré une latitude certaine aux juges pour réconcilier les intérêts opposés que sont la protection du secret et la divulgation, et ce, par divers moyens : présentation de renseignements sous une forme expurgée ou résumée, à l'instar de ce qui s'est fait dans l'affaire *Khawaja*; création de documents destinés à remplacer les renseignements classifiés, du genre transcriptions expurgées à l'instar de ce qui s'est fait dans l'affaire *Ribic*; décisions rendues contre les parties. L'effet ultime de ces ordonnances dépendra toutefois de la façon dont le juge du procès criminel évaluera les répercussions de l'ordonnance de confidentialité sur le droit de l'accusé à subir un procès équitable, en vertu de l'art. 38.14. Il y a toujours le risque que le juge de la Cour fédérale ne soit pas particulièrement bien placé pour déterminer l'utilité des renseignements pour l'accusé, étant donné que ce dernier n'aura pas accès à ces renseignements et que, dans la plupart des cas, le procès n'aura même pas débuté. Il y a également le risque que le juge du procès criminel ne soit pas en mesure de déterminer les effets éventuels de la non-divulgation de renseignements qu'il n'aura pas lui-même vus, sur l'équité du procès. Ces angles morts mutuels dans la procédure augmentent le risque d'annulation inutile des procès dans le dessein de protéger l'équité de la procédure envers l'accusé. De plus, les procès risquent de ne pas être totalement équitables à cause de la non-divulgation d'informations décrétée par différents juges n'ayant pas forcément été en mesure de déterminer ce dont l'accusé avait besoin pour une réponse et une défense pleines et entières.

Bien que le procureur général et l'accusé puissent s'entendre sur les conditions à imposer à la divulgation, et que les avocats dans l'affaire *Malik et Bagri* se soient entendus sur une approche novatrice pour éviter

de se retrouver en Cour fédérale, il demeure que la procédure ultime de règlement des différends en l'absence d'accord consiste à entamer une procédure distincte devant la Cour fédérale. Ce dédoublement de procédures provoque le retard et la fragmentation du procès criminel, comme nous l'avons vu dans notre analyse des affaires Kevork, Ribic et Khawaja. Il ne permettra pas de résoudre tous les différends, parce que le procureur général peut tout de même invoquer un privilège jurisprudentiel ainsi que les dispositions de l'art. 37 de la LPC et que l'accusé, de son côté, peut tout de même réclamer réparation pour toute ordonnance de divulgation partielle ou de non-divulgation émise en vertu de l'art. 38.14 de la LPC, dès l'instant que l'affaire est renvoyée devant le juge du procès. Comme nous allons le voir, d'autres démocraties n'appliquent pas le dédoublement très lourd de la procédure que nous employons au Canada pour trancher les revendications de confidentialité liées à la sécurité nationale.

VI. Divulgation et secret dans certains autres pays

Nous allons examiner dans la présente partie les approches qu'ont adoptées les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie pour le traitement des demandes de confidentialité fondées sur la sécurité internationale. Dans toutes ces démocraties, le juge du procès criminel est chargé d'entendre ces demandes de confidentialité alors qu'au Canada, elles relèvent uniquement de la Cour fédérale. Nous allons voir aussi les dispositions adoptées dans ces pays qui obligent les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires à titre de condition préalable à l'examen des documents sensibles, ainsi que le rôle des avocats spéciaux ou des *amicus curiæ* ayant une habilitation sécuritaire qui sont chargés de s'opposer au gouvernement, lorsque celui-ci soutient qu'il n'est pas nécessaire de divulguer à l'accusé des renseignements secrets.

Les États-Unis

En 1980, les États-Unis ont adopté la Classified Information Procedures Act⁴⁴⁵ (CIPA) (Loi sur les procédures relatives aux renseignements classifiés) dans le but de mettre sur pied des mécanismes permettant d'obtenir une décision préalable au procès au sujet de la confidentialité fondée sur des raisons de sécurité nationale. Si la CIPA a déjà influencé les modifications

⁴⁴⁵ PL 96-456.