

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.

apportées en 2001 à l'art. 38 de la LPC, elle constitue encore aujourd'hui un exemple utile pour une éventuelle réforme du droit, si l'on souhaitait confier aux tribunaux de première instance le pouvoir de résoudre les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale.

Tout comme l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada, la CIPA définit de façon extensive les renseignements auxquels elle s'applique de façon à inclure les renseignements classifiés dont le gouvernement cherche à préserver la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale. Celle-ci est définie de façon très large et comprend les considérations relatives à la défense nationale et aux relations internationales. L'article 5 de la CIPA, tout comme l'art. 38.01 de la LPC, impose aux accusés des conditions strictes qui les obligent à notifier à la fois le procureur des États-Unis et le tribunal lorsqu'ils ont l'intention de divulguer, directement ou non, des renseignements classifiés. Le paragraphe 5(2) prévoit toutefois que le tribunal peut empêcher la divulgation et interdire l'interrogatoire des témoins à titre sanction en cas de défaut de divulguer des renseignements. Ces sanctions sont effectivement prévues par cette loi, mais leur imposition pourrait porter atteinte au droit constitutionnel de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de subir un procès équitable.

Par rapport à la LPC, il est intéressant de noter que la notification en question est non seulement destinée au procureur des États-Unis, mais également au tribunal de première instance. La CIPA confie en fait au tribunal de première instance l'examen des demandes de confidentialité liées à la sécurité nationale, en intégrant cette tâche à la gestion des instances et au processus de communication de la preuve. L'article 2 de la CIPA autorise à cette fin toute partie, après le dépôt de l'acte d'accusation ou de la dénonciation, ainsi que le tribunal, de sa propre initiative, à demander la tenue d'une conférence préalable au procès en vue d'établir un calendrier pour les demandes de divulgation, les avis et les audiences relatives à la confidentialité liées à la sécurité nationale et toutes les autres [traduction] « questions qui touchent les renseignements classifiés ou susceptibles de favoriser un déroulement rapide et équitable du procès »⁴⁴⁶. Au Canada, les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale seraient renvoyées à la Cour fédérale et exclues de la gestion générale des mesures préalables au procès, qui est confiée aux tribunaux pénaux.

⁴⁴⁶ Art. 2 de la CIPA (non souligné dans l'original).

Les habilitations sécuritaires pour les avocats de la défense

Un des problèmes essentiels que posent les demandes de confidentialité liée à la sécurité nationale vient du fait que le mécanisme utilisé pour déterminer leur légitimité risque de compromettre cette confidentialité. L'article 3 de la CIPA protège ce droit à la confidentialité par anticipation en prévoyant que, sur requête du procureur des États-Unis, [traduction] « le tribunal est tenu de rendre devant une cour de district des États-Unis une ordonnance interdisant la divulgation de tout renseignement classifié communiqué par le procureur des États-Unis à un accusé dans une affaire pénale ». La CIPA ne prévoit pas expressément que les tribunaux peuvent obliger les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires, à titre de condition préalable à l'accès à des renseignements classifiés, mais les tribunaux ont jugé que ce pouvoir accessoire découlait des mécanismes prévus par la CIPA. Dans *United States c. Ben Laden*⁴⁴⁷, le juge Sands a fondé le pouvoir d'ordonner aux avocats de la défense d'obtenir des habilitations sécuritaires sur les directives de sécurité promulguées par le juge en chef des États-Unis aux termes de l'art. 9 de la CIPA, lesquelles directives autorisent le gouvernement à utiliser « des moyens légaux » pour obtenir des renseignements [traduction] « concernant la fiabilité des personnes associées à la défense » et pour communiquer ces renseignements au tribunal dans le but de faciliter la formulation, aux termes de l'art. 3 de la CIPA, d'une ordonnance de protection appropriée⁴⁴⁸. Le juge Sands a rejeté les attaques constitutionnelles visant les habilitations sécuritaires en déclarant que ce mécanisme n'accordait pas nécessairement au ministère de la Justice un veto sur le choix d'un avocat par l'accusé⁴⁴⁹ et était susceptible d'appel. Il a également fait observer que cette loi imposait des exigences comparables au personnel judiciaire qui avait accès à des renseignements classifiés⁴⁵⁰, et que le gouvernement souhaitait vivement empêcher la fuite de renseignements classifiés

447 58 F.Supp.2d 113. Voir au même effet *United States c. Al-Arian* 267 F.Supp 2d 1258.

448 *Ibid.*, à la p. 116 citant 18, U.S.C.A, app 3 s. 9 (West, 1999) et établissant une distinction avec des affaires antérieures dans lesquelles il a été décidé que les exigences en matière d'avis de l'art. 5 de la CIPA n'autorisaient pas le tribunal à obliger les avocats de la défense à obtenir une habilitation sécuritaire. *United States c. Jolliff* 548 F.Supp. 232 (D.Md.1981); *United States c. Smith* 706 F.Supp. 593 (M.D. Tenn. 1989).

449 Les premiers commentateurs se demandaient si [traduction] « le ministère de la Justice ne risquait pas, dans le but d'éliminer un adversaire particulièrement gênant, de refuser une habilitation sécuritaire à un procureur, à un enquêteur ou à un témoin expert retenu par l'accusé, qui a besoin d'avoir accès à des renseignements classifiés pour faire son travail ». Brian Tamanaha, « A Critical Review of The Classified Information Procedures Act » (1986) 13 Am. J. Crim. L. 277, à la p. 289.

450 Ces conditions ont été validées dans *United States c. Smith* 899 F. 2d 564 (6th Cir, 1990).

[traduction] dans cette affaire, parce qu'il y a une enquête en cours et que le risque que des divulgations non autorisées mettent en danger d'autres vies est grand. En outre, le gouvernement a allégué que les accusés étaient membres d'un complot dont les membres avaient déjà obtenu accès à des documents judiciaires non déposés au greffe du tribunal et avaient transmis ces documents à d'autres coconspirateurs [...] Le fait que nous insistons pour que toutes les personnes qui prennent connaissance de renseignements classifiés dans la présente instance fassent l'objet d'une évaluation objective n'a, bien entendu, aucun rapport avec la réputation des avocats de la défense qui agissent dans la présente affaire. Il est en effet pratiquement impossible de réparer après coup le préjudice causé par une divulgation non autorisée et nous refusons d'attendre d'être obligés de réparer ce qui pourrait être, dans la présente affaire, une violation de la sécurité particulièrement désastreuse, alors que des mesures raisonnables auraient pu empêcher dès le départ cette divulgation. Il nous paraît approprié d'exiger une certaine forme d'habilitation, compte tenu des faits de la présente affaire⁴⁵¹.

Comme nous le verrons, la loi australienne envisage expressément la possibilité d'obliger les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires pour avoir accès à des renseignements classifiés.

L'obligation imposée aux avocats de la défense d'obtenir une habilitation sécuritaire à titre de condition préalable à l'examen de documents classifiés peut compliquer le choix d'un avocat, mais elle offre certains avantages. Dans le procès Malik et Bagri, les avocats de la défense ont pu inspecter des documents du SCRS après avoir pris dès le départ l'engagement de ne pas les divulguer à leurs clients, mais ils n'avaient pas obtenu d'habilitation sécuritaire. L'avocat de la défense qui a obtenu cette habilitation est en mesure de participer plus efficacement aux instances relatives aux renseignements classifiés qu'un avocat spécial ou un amicus curiæ qui, même s'il possède une habilitation sécuritaire, ne connaîtrait pas aussi bien l'affaire que le propre avocat de l'accusé.

451 58 F.Supp.2d 113, à la p. 121.

Parallèlement, si l'on interdit aux avocats de la défense ayant obtenu une habilitation sécuritaire de consulter leurs clients, cela risque de nuire à la défense. Dans une décision de 2001 prise dans l'affaire Ben Laden, le juge Sands a été amené à répondre à l'argument selon lequel l'impossibilité pour un avocat ayant l'habilitation sécuritaire requise de communiquer les renseignements classifiés à son client l'empêche de le bien conseiller. Les accusés soutenaient que le fait de ne pouvoir consulter leurs avocats les handicapait gravement, compte tenu de [traduction] « la durée des complots allégués, leur ampleur géographique, les obstacles linguistiques, la multitude de noms (dont certains étaient très semblables) et d'alias, ainsi que la diversité des aspects culturels et ethniques de l'affaire »⁴⁵². Le juge Sands a écarté cet argument et fait observer qu'une partie des renseignements contestés étaient en train d'être déclassifiés de façon à pouvoir être communiqués aux accusés. De plus, « le bénéfice hypothétique » susceptible de découler de la communication de tous les renseignements classifiés avec les accusés devait céder le pas [traduction] « au droit fondamental du gouvernement de limiter la diffusion des renseignements classifiés »⁴⁵³. Le juge Sands a également cité, à l'appui de sa décision, des affaires dans lesquelles des tribunaux avaient ordonné à l'avocat de la défense de ne pas communiquer certains renseignements à son client, par exemple, l'identité d'un informateur, l'adresse des témoins, ou le fait que l'accusé faisait l'objet d'une enquête pour subornation de jurés. Le juge Sands a également rejeté l'argument de l'accusé, selon lequel il avait droit d'assister aux audiences relatives à la CIPA, en faisant observer que ces audiences portaient sur des questions de droit et que la présence de l'accusé n'était donc pas essentielle⁴⁵⁴. Cela dit, l'obligation pour les avocats d'obtenir des habilitations sécuritaires et les ordonnances leur interdisant de communiquer des renseignements classifiés à leurs clients ne visent qu'une étape du procès, la communication de la preuve. Aux États-Unis, comme au Canada, les accusés sont présents lorsque les preuves à charge sont présentées au tribunal pénal qui instruit les poursuites⁴⁵⁵.

Les dispositions en matière d'avis

La validité de l'obligation de donner avis de l'intention de présenter des renseignements classifiés, imposée par l'art. 5 de la CIPA, ainsi que

452 *United States c. Ben Laden* 2001 U.S. Dist. Lexis 719.

453 *Ibid.*, par.15.

454 *Ibid.*, par.22.

455 Robert Chesney, « The American Experience with Terrorism Prosecutions ».

celle de l'obligation de tenir des audiences à huis clos pour décider si les renseignements en question doivent être divulgués ou s'il est possible de prendre des mesures de substitution ont été confirmées aux États-Unis malgré de nombreuses contestations de leur constitutionnalité. En général, les tribunaux ont statué que les dispositions en matière d'avis ne violaient pas le droit de l'accusé à ne pas s'incriminer lui-même, parce qu'elles ne l'obligeaient pas à révéler ses moyens de défense, sa façon d'aborder les contre-interrogatoires ou sa décision de témoigner, mais uniquement son intention d'utiliser des renseignements classifiés⁴⁵⁶. Par rapport aux mécanismes de la CIPA américaine, la double structure judiciaire de l'art. 38 de la LPC, combinée à la possibilité pour l'accusé de présenter des observations ex parte à un juge de la Cour fédérale et celle de séparer les poursuivants chargés du procès de ceux qui invoquent l'art. 38, protège peut-être mieux l'accusé qui ne souhaite pas dévoiler prématurément la nature de sa défense.

Les façons de concilier le secret et la divulgation

La CIPA vise à donner aux gouvernements et aux juges le plus de latitude possible pour concilier l'intérêt qu'a l'État de préserver le caractère secret des renseignements de sécurité avec les droits de l'accusé et du public d'avoir accès aux preuves. Elle autorise le gouvernement à proposer à deux moments différents du procès des mesures de substitution, des aveux ou des résumés concernant des renseignements classifiés. L'article 4 de la CIPA autorise le procureur des États-Unis à proposer sur une base ex parte un résumé, un aveu ou une mesure de substitution. Cet article a été vivement critiqué parce qu'il oblige le tribunal à se prononcer sur la justesse de la substitution ou du résumé au début de l'instance, sans que le tribunal ait pris connaissance des arguments de l'accusé ou des moyens de défense qu'il entend invoquer. Cette disposition a pour effet d'écartier expressément par voie législative une forte présomption visant à interdire les audiences ex parte, même dans le contexte de la sécurité

⁴⁵⁶ Voir, par exemple, *United States c. Wen Ho Lee* 90 F. Supp. 1324. Les avocats de la défense qui agissaient dans cette affaire ont écrit par la suite : [traduction] « Au cours de l'audience prévue par l'article 6 de la CIPA, l'accusé doit établir la pertinence de chacun des renseignements classifiés figurant sur la liste. Cela permet à la poursuite de prendre connaissance de la stratégie de la défense, étant donné que l'avocat de la défense expose la thèse de la défense et établit des liens entre certains éléments de preuve et sa thèse. C'est le seul secteur du système de justice pénale où l'accusé est tenu d'expliquer de façon aussi détaillée sa défense avant le procès, sans que la poursuite assume une obligation réciproque. Comme pour d'autres aspects de la CIPA, les tribunaux ont toutefois jugé que les mécanismes prévus par l'article 6 étaient constitutionnels. » John D. Cline et K.C. Maxwell, « Criminal Prosecutions and Classified Information », *Los Angeles Lawyer*, septembre 2006, 35, à la p. 39.

nationale. Par exemple, la Cour suprême des États-Unis a clairement fait savoir, dans le contexte des demandes relatives à la sécurité nationale, que [traduction] « dans notre système accusatoire, le rôle des juges consiste uniquement à juger. Il appartient uniquement à l'avocat de décider ce qui peut être utile pour la défense⁴⁵⁷. » L'article 4 ne formule pas non plus de critères pour apprécier le caractère approprié de la substitution, mais il prévoit que les observations du gouvernement présentées ex parte doivent être conservées dans des documents scellés et sont susceptibles d'être examinés par une cour d'appel. Même les partisans du mécanisme ex parte de l'article 4 estiment que [traduction] « le tribunal devrait conserver le pouvoir d'annuler ses conclusions au sujet du caractère suffisant des substitutions, s'il constate par la suite que la nécessité pour l'accusé d'avoir accès à des documents non communiqués l'emporte sur le droit du gouvernement à protéger la confidentialité des documents en question »⁴⁵⁸. Comme nous le verrons, le pouvoir des juges de première instance de réviser leurs ordonnances initiales de non-divulgence ou de divulgation partielle constitue un élément essentiel des systèmes australien et britannique.

L'article 6 de la CIPA propose un deuxième mécanisme moins problématique pour les mesures de substitution et les résumés. Il réserve les audiences ex parte aux cas où le procureur général soutient que la divulgation des renseignements en question causerait un préjudice identifiable à la sécurité nationale⁴⁵⁹. Il prévoit que lorsque le tribunal a décidé d'ordonner la divulgation de ces renseignements, le procureur des États-Unis peut proposer de remplacer les renseignements classifiés par [traduction] « un exposé admettant les faits pertinents » que contiennent ces renseignements ou par [traduction] « un résumé de certains renseignements classifiés ». Selon cet article, le tribunal doit autoriser la mesure de substitution proposée [traduction] « s'il estime qu'avec l'exposé des faits ou le résumé, l'accusé serait tout autant en mesure de présenter une défense que si les renseignements classifiés en cause lui avaient été divulgués ». Un tribunal a déclaré que cette disposition [traduction]

457 *United States c. Dennis* 384 U.S., à la p. 875. Dans une autre affaire, la Cour a également fait la remarque suivante : [traduction] « Une phrase apparemment innocente, une remarque fortuite, une référence à ce qui semble être une personne ou un événement neutre, l'identité d'un interlocuteur ou de la personne avec laquelle on communique par téléphone, ou même la façon de parler ou d'utiliser certains mots peut avoir une signification particulière pour quelqu'un qui connaît les aspects les plus intimes de la vie de l'accusé. Et pourtant, ce genre d'information peut être tout à fait neutre et dépourvu de sens pour quelqu'un qui connaîtrait mal toutes les circonstances de l'affaire. » *Alderman c. United States* 394 U.S., aux p. 183 à 185.

458 Richard Salgado, « Government Secrets, Fair Trials and the Classified Information Procedures Act » (1988) 98 Yale L.J. 427, à la p. 445.

459 Sous-al. 6c)(2) de la CIPA.

« n'empêch[ait] pas de présenter au jury la version des faits de l'accusé; elle [venait] simplement limiter la façon dont ces faits [pouvaient] être rapportés⁴⁶⁰ ».

L'article 8 de la CIPA accorde au juge de première instance une latitude considérable lorsqu'il s'agit d'expurger les renseignements contenus dans des documents classifiés admis en preuve dans le but de minimiser le préjudice causé à la sécurité nationale. L'alinéa 8b) permet d'expurger des documents et des photographies classifiés pour en retirer les renseignements classifiés, [traduction] « à moins que l'équité exige qu'ils soient divulgués intégralement ». L'alinéa 8c) traite de l'épineuse question des témoignages qui peuvent contenir des preuves classifiées et non classifiées et qui ont amené l'utilisation, dans l'affaire Ribic mentionnée ci-dessus, de transcriptions expurgées des témoignages. L'alinéa énonce que, lorsqu'un avocat s'oppose à un témoignage susceptible d'entraîner la divulgation de renseignements classifiés, [traduction] « le tribunal prend les mesures appropriées pour décider si la réponse est admissible en preuve et ne compromettra pas des renseignements classifiés », en tenant compte des observations présentées par le poursuivant ou par l'accusé au sujet du témoignage et des renseignements qu'il souhaite obtenir. Comme dans l'arrêt Ribic, ce mécanisme semble envisager la transformation d'un témoignage sous forme orale en un témoignage sous forme écrite, dans le but de faciliter l'épuration des renseignements et de protéger ainsi la sécurité nationale.

Les recours en cas de non-divulgation

Le tribunal dispose également d'une grande latitude pour accorder une mesure de réparation appropriée aux termes de la CIPA lorsqu'il a décidé que les renseignements demandés ne pouvaient pas être divulgués. Le paragraphe 6(2) de la CIPA énonce qu'au lieu de rejeter l'acte d'accusation, le tribunal peut choisir une mesure de réparation appropriée pour éviter que soient divulgués à la défense des renseignements classifiés. Ces mesures de réparation peuvent comprendre le rejet de certains chefs de l'acte d'accusation, la radiation ou l'exclusion de tout ou partie d'un témoignage. Cette méthode est comparable à la latitude que l'art. 38.14 de la LPC accorde au juge de première instance en matière de mesures de réparation.

⁴⁶⁰ *United States c. Collins* 603 F. Supp, à la p. 304.

Les appels interlocutoires

Le choix par le juge du procès de mesures de réparation moins strictes ainsi que la décision d'autoriser la divulgation de renseignements classifiés peuvent faire l'objet, aux termes de l'art. 7 de la CIPA, d'un appel interlocutoire de la part du gouvernement. Comme nous l'avons vu dans les affaires Ribic et Khawaja, les décisions que prend la Cour fédérale en vertu de l'art. 38 peuvent être portées devant la Cour d'appel fédérale. Ces recours peuvent retarder le début des procès. L'article 7 de la CIPA énonce que la Cour d'appel [traduction] « entend les arguments relatifs à ce type d'appel dans les quatre jours de l'ajournement du procès » et [traduction] « rend sa décision dans les quatre jours de la présentation des arguments en appel »; elle peut également dispenser les parties de présenter des mémoires et des observations écrites. L'article 38 de la LPC accorde un délai de 10 jours pour interjeter appel, mais il ne prévoit pas l'instruction accélérée des appels. Aux termes de la CIPA, l'accusé n'est pas lié par la décision interlocutoire de la Cour d'appel sur l'appel d'une condamnation. Cela semble indiquer que les appels interlocutoires sont principalement utiles au poursuivant, qui risquerait autrement de devoir choisir entre la divulgation des documents, comme l'ordonne le tribunal de première instance, et l'arrêt des poursuites. Au Canada, le recours au certificat de l'art. 38.13 peut fournir à l'État une solution qui n'entraîne pas le rejet des accusations.

La gestion de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve, et les tensions qu'elle provoque entre les agences du renseignement de sécurité et les poursuivants

La CIPA envisage des structures de suivi qui permettent de surveiller la façon dont le gouvernement lui-même gère la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve. Aux termes de l'art. 12, le procureur général est tenu d'émettre des lignes directrices concernant la décision d'intenter des poursuites mettant en jeu des renseignements classifiés et la préparation d'observations écrites dans les affaires qui ne donnent pas lieu à des poursuites parce qu'elles risqueraient d'entraîner la divulgation de renseignements classifiés. L'article 13 oblige le procureur général à faire rapport aux comités législatifs du renseignement de sécurité au sujet de ce genre de décision. Ces rapports offrent la possibilité de sensibiliser ces comités aux conséquences négatives que peut avoir sur les activités d'application de la loi la protection accordée aux renseignements classifiés. Un des principaux thèmes de la présente étude est que les agences du

renseignement de sécurité doivent être sensibles aux conséquences que leurs pratiques en matière de lutte contre le terrorisme peuvent avoir sur le plan de la preuve, notamment leurs pratiques d'échange d'information avec des agences étrangères. Il serait souhaitable que les agences du renseignement de sécurité et le gouvernement soient incitées à examiner les conséquences des demandes de secret. La loi américaine envisage ce genre de sensibilisation et elle pourrait réduire la portée des demandes de secret qui nuisent aux poursuites pour terrorisme.

La CIPA a été modifiée en 2000 dans le cadre d'un projet de loi de crédit qui réformait également le renseignement de sécurité pour exiger des réunions entre la haute direction du ministère de la Justice et celle du renseignement de sécurité. L'article 9A de la CIPA énonce actuellement :

Réunions exigées — Le procureur général adjoint de la division criminelle et le procureur des États-Unis compétent, ou les personnes désignées par ces représentants de l'État, tiennent des séances d'information destinées aux membres de la haute direction de l'agence, ou à la personne désignée par ces personnes, au sujet de toute affaire mettant en jeu des renseignements classifiés qui proviennent de l'agence dont fait partie le haut fonctionnaire en question.

Convocation de ces réunions d'information — Les réunions d'information prévues à l'alinéa a) au sujet d'une affaire ont lieu :

- (1) dès que le ministère de la Justice et le procureur des États-Unis concerné constatent qu'une poursuite sera intentée ou pourrait l'être;
- (2) à tout moment par la suite pour veiller à ce que le haut fonctionnaire de l'agence soit pleinement informé et tenu au courant de l'état de la poursuite⁴⁶¹.

On peut voir dans cette disposition une réponse législative aux tensions que peuvent susciter, d'une part, le fait que les agences de renseignement de sécurité désirent souvent protéger la confidentialité de leurs renseignements et, de l'autre, le fait que les poursuivants veulent disposer de preuves qu'ils pourront divulguer à l'accusé et utiliser dans des procès publics. Ces réunions d'information obligatoires pourraient donner aux

⁴⁶¹ Ajouté par Pub. L. 106-567, titre VI, § 607, 27 décembre 2000, 114 Stat. 2855.)

agences du renseignement de sécurité une meilleure connaissance des besoins des poursuivants en matière de divulgation et de preuve, tout en donnant à ces derniers la possibilité d'en apprendre davantage sur les raisons pour lesquelles les agences de renseignement de sécurité veulent garder secrets certains renseignements, ainsi que les méthodes et les sources utilisées pour les obtenir. Une loi ne peut, à elle seule, obliger tous ces organismes à collaborer ni résoudre ces tensions dans des cas individuels, mais elle peut fournir un cadre qui favorise la résolution de ces conflits et l'apaisement de ces tensions.

Des commentateurs ont exprimé l'opinion que la CIPA était particulièrement utile dans les affaires où l'accusé était susceptible de demander l'accès à des renseignements classifiés dont la pertinence était faible ou nulle. Dans les cas où ces preuves sont très pertinentes, il est peu probable que les tribunaux décideront qu'elles ne peuvent être divulguées à l'accusé ou qu'ils réussiront à élaborer des mesures de substitution ne contenant aucun renseignement classifié et qui respectent les droits de l'accusé⁴⁶². Dans ces affaires, le poursuivant risque de se trouver devant un grave dilemme : divulguer les documents ou arrêter les poursuites⁴⁶³. Comme un ancien poursuivant l'a déclaré :

[traduction] La CIPA n'a jamais été considérée comme une loi permettant de régler toutes les questions que soulève la sécurité nationale. Étant donné que l'exécutif conserve le contrôle des décisions en matière de poursuites, c'est à lui qu'il appartient également de décider s'il y a lieu de continuer une poursuite lorsqu'une décision défavorable a été rendue [...] La CIPA réussit par contre à supprimer certaines formes de chantage lorsque dont les prétendus secrets qu'on menace de révéler ne sont, en fait, d'aucune utilité pour la défense. Si les preuves ne sont pas accessoires, elles sont réputées essentielles à la défense et il est donc nécessaire de les divulguer pour respecter le droit à un procès équitable. Si les secrets nationaux et la conduite illicite sont en fait inextricablement liés, cela risque, en fin de compte, d'entraîner l'arrêt des poursuites⁴⁶⁴.

462 Brian Tamanaha, « A Critical Review of The Classified Information Procedures Act » (1986) 13 Am. J. Crim. L. 277, p. 305 et 306.

463 Voir, à propos de ce dilemme, Robert Chesney, « The American Experience with Terrorism Prosecutions ».

464 Sandra Jordan, « Classified Information and Conflicts in Independent Counsel Prosecutions » (1991) 91 Columbia L.Rev. 1651, p. 1662 et 1663.

La CIPA prévoit toutefois certains mécanismes de contrôle des décisions qui ont pour effet de sacrifier les poursuites à l'intérêt public dans le but de préserver des secrets, notamment l'obligation de motiver par écrit les décisions d'arrêter les poursuites et les rapports aux comités du renseignement de sécurité du Congrès. En outre, elle prévoit maintenant que les poursuivants doivent tenir, dès le déclenchement des poursuites, des réunions d'information destinées aux agences du renseignement de sécurité pour les informer des répercussions que peuvent avoir sur le plan de la preuve leurs activités de renseignement de sécurité.

Résumé

La CIPA a déjà influencé l'art. 38 de la LPC au chapitre des obligations en matière d'avis et de l'habilitation des juges à choisir, parmi toute une série de mesures, celle qui permettra de concilier le secret d'État et la divulgation, notamment l'épuration des documents, les résumés et les mesures de substitution; cependant, elle diffère encore de l'art. 38 sur de nombreux points. La CIPA autorise le juge de la cour fédérale qui juge des infractions liées au terrorisme à se prononcer sur les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale. Elle tient pour acquis que celles-ci seront prises en compte dans la gestion générale des poursuites, alors que l'art. 38 de la LPC confie à un tribunal distinct le soin de trancher à cet égard. Aux termes de la CIPA, le juge de première instance a le pouvoir de réviser les ordonnances de confidentialité antérieures, tandis qu'au Canada, le juge de première instance est lié par les ordonnances de confidentialité, ou de divulgation partielle, rendues par la Cour fédérale avant le procès, tout en conservant la possibilité d'accorder à l'accusé une réparation pour remédier à la non-divulgation des preuves.

Il existe une autre différence entre la LPC et la CIPA, celle-ci ayant, en effet, été interprétée de façon à autoriser le juge de première instance à obliger les avocats de la défense, lorsque l'affaire l'exige, à obtenir une habilitation sécuritaire pour être autorisés à prendre connaissance de renseignements classifiés. Ce mécanisme a toutefois été contesté parce qu'il limite la capacité de l'avocat de la défense de révéler à son client les renseignements classifiés en question. Il demeure que l'avocat de la défense est en général mieux placé pour apprécier l'utilité pour la défense de l'information en cause que le serait un autre avocat, comme un avocat spécial ou un *amicus curiæ* ayant obtenu une habilitation sécuritaire.

Enfin, la CIPA tente de gérer les tensions inévitables qui existent au sein du gouvernement entre le secret dont ont besoin les agences de renseignement de sécurité et la divulgation que recherchent les poursuivants. Elle met sur pied plusieurs mécanismes de sensibilisation potentiellement utiles qui visent à informer le gouvernement, y compris les comités législatifs, des conséquences que peuvent avoir les demandes de secret trop vastes ou les demandes de divulgation trop vastes.

Le Royaume-Uni

Le Royaume-Uni, à l'instar des États-Unis, autorise les juges de première instance à rendre des ordonnances de confidentialité fondées sur la sécurité nationale et à les réviser. L'expérience britannique est particulièrement intéressante à cause du rôle que jouent les normes légales en matière de divulgation et les avocats spéciaux ayant une habilitation sécuritaire.

Les obligations en matière de divulgation

Le régime de divulgation adopté par un pays particulier peut avoir un effet sur la nécessité d'avoir accès à un mécanisme qui permet d'obtenir des ordonnances de confidentialité liées à la sécurité nationale. Le système britannique est très complexe. Un régime prévu par la *common law* régit la divulgation à l'égard des infractions qui ont fait l'objet d'une enquête avant le mois d'avril 1997. L'arrêt qui fait autorité dans ce domaine concernait une condamnation injustifiée dans une affaire de terrorisme.

Le tribunal avait alors reconnu à l'accusé le droit d'obtenir la divulgation de toutes les preuves pertinentes, un droit de portée très large, assez comparable à celui qui a été reconnu dans l'arrêt *Stinchcombe* que nous avons examiné plus haut⁴⁶⁵. La *Criminal Procedure and Investigations Act 1996* (la Loi de 1996 sur la procédure et les enquêtes pénales) a resserré ce critère de common law en énonçant qu'aux termes de l'al. 3(1)a), la divulgation primaire devait porter sur tous les documents de la poursuite susceptibles d'affaiblir la cause du poursuivant⁴⁶⁶. La divulgation secondaire prévue à l'al. 7(2)a) vise les documents non encore divulgués qui sont susceptibles de faciliter la défense de l'accusé. L'article 32 de la *Criminal Justice Act 2003* (Loi de 2003 sur la justice pénale) modifiait l'al. 3(1)a) de la loi de 1996 pour exiger la divulgation primaire de tout document non divulgué antérieurement « qui pouvait être raisonnablement considéré comme étant susceptible d'affaiblir la cause du poursuivant ou d'aider la défense ». Comme la Chambre des lords l'a reconnu récemment :

[traduction] Que ce soit sous sa forme modifiée ou sa forme originale, l'article 3 n'exige pas que soient divulgués des documents qui ont un effet neutre ou négatif pour

465 Dans *R c. Ward* [1993] 1 WLR 619, 674, la Cour a déclaré : [traduction] « Le droit de l'accusé à subir un procès équitable comporte un droit accessoire, celui d'obtenir la communication rapide par la poursuite de tous les aspects matériels qui concernent la base scientifique sur laquelle repose la poursuite, à savoir tout ce qui concerne la question de savoir si ces aspects renforcent ou affaiblissent les preuves à charge ou les preuves à décharge. Cette obligation existe, que la défense ait présenté ou non une demande spéciale de divulgation de la nature des preuves scientifiques. Cette obligation est en outre continue : elle doit être respectée non seulement au cours de la phase préalable au procès, mais également pendant tout le procès. » Voir également *R c. Keane* [1994] 1 WLR 746, 752 dans lequel la Cour a jugé que la poursuite ne devait présenter au juge que les documents qu'elle considérait comme pertinents et qu'elle ne souhaitait pas communiquer pour motif d'immunité d'intérêt public. Selon la définition, étaient pertinentes « les preuves qui pouvaient être considérées comme, [traduction] « selon une appréciation raisonnable de la poursuite : (1) se rapportant ou pouvant se rapporter à une question en litige; (2) soulevant ou pouvant soulever une nouvelle question dont l'existence n'apparaissait pas à l'examen des preuves que la poursuite se proposait d'utiliser; (3) offrant une possibilité réelle (et non imaginaire) de découvrir des preuves se rapportant à (1) ou (2) ».

466 Le Protocole de 2006 relatif au contrôle et à la gestion des documents inexploités devant la Cour de la Couronne élaboré par la Cour fournit des instructions détaillées en matière de divulgation qui viennent compléter les directives législatives. Ce protocole énonce : [traduction] « Dans les affaires complexes, il est essentiel que la poursuite respecte scrupuleusement le principe fondamental énoncé au paragraphe 154 et veille à ce que des ressources suffisantes soient affectées à la poursuite. Se contenter de remettre 'les clés du magasin' à la défense a déjà entraîné de graves abus et a permis à la défense d'occasionner des frais considérables, sans que la justice n'en retire un avantage en rapport avec ces dépenses. Il faut mettre fin à ces abus. Le public est en droit de s'attendre à ce que les retards et les échecs qui ont marqué certaines affaires dans lesquelles les principes fondamentaux en matière de divulgation n'ont guère été appliqués ne se reproduisent plus si ce protocole est respecté. Le nouveau régime mis en place par la Loi sur la justice pénale et les règles de procédures pénales accorde aux juges le pouvoir de modifier la culture dans laquelle ces affaires sont instruites. Il appartient désormais à chaque juge de gérer activement les questions de divulgation dans toutes les poursuites. Le juge doit prendre l'initiative et gérer l'instance en vue de lui apporter une solution efficace et expéditive [...] Cela permettra de mieux servir les fins de la justice et renforcera la confiance qu'a le public dans le système de justice pénale. » <http://www.hmcservice.gov.uk/publications/guidance/disclosure.htm>.

l'accusé, que ce soit parce qu'ils renforcent la poursuite ou affaiblissent la défense⁴⁶⁷.

En général, l'obligation de divulgation qui existe aux États-Unis⁴⁶⁸ et au Royaume-Uni a une portée moins large que l'obligation canadienne. Les États-Unis et le Royaume-Uni ont essayé de renforcer l'obligation de divulgation en adoptant des lois et d'autres règles⁴⁶⁹, alors que le Canada, comme nous l'avons vu précédemment, s'en remet à un pointillisme judiciaire axé sur la Charte. Le fait qu'aux États-Unis et au Royaume-Uni la portée de l'obligation de divulgation ait été précisée et réduite explique que les poursuivants aient moins besoin de faire déclarer confidentiels pour des raisons de sécurité nationale des documents qui sont pertinents à une affaire donnée mais qui n'affaiblissent pas de façon significative la position de la poursuite et ne renforcent pas celle de l'accusé.

L'immunité d'intérêt public

Dans une affaire de 1993, où la Cour d'appel a annulé une déclaration de culpabilité pour terrorisme en partie parce que la Couronne n'avait pas divulgué intégralement la preuve, la Cour d'appel a critiqué la poursuite pour avoir agi [traduction] « comme un juge dans sa propre cause sur la question de l'immunité d'intérêt public » et a déclaré que, si la Couronne n'était pas [traduction] « disposée à accepter que le tribunal se prononce lui-même sur la question de l'immunité d'intérêt public, il devait inévitablement en découler un arrêt des poursuites »⁴⁷⁰. D'une certaine façon, cet avertissement ressemble beaucoup à celui qui a été donné dans l'arrêt *Khela* au sujet des poursuivants qui veulent régler eux-mêmes les questions de divulgation. Parallèlement, les précisions apportées récemment aux règles de la divulgation au Royaume-Uni insistent sur l'importance pour le poursuivant de ne pas se contenter de transmettre à l'accusé tous les renseignements susceptibles d'être pertinents, mais de ne divulguer que les renseignements qui doivent l'être aux termes des dispositions légales applicables.

La Cour d'appel a décidé que les documents susceptibles d'être visés par l'immunité d'intérêt public devaient toujours être divulgués au tribunal et que l'intention de les utiliser devait, d'une façon générale, être

467 *R. c. H et C* [2004] UKHL 3, au par. 17.

468 *Brady c. Maryland* 373 U.S. 83.

469 Voir la règle 16 des Règles fédérales de procédure pénale.

470 *R. c. Ward* [1993] 1 W.L.R. 619, à la p. ?.

signalée à la défense, mais qu'il pouvait arriver que certains éléments de preuve visés par la demande d'immunité ne puissent être divulgués parce qu'ils révéleraient des secrets. La Cour d'appel a fait observer qu'il pouvait y avoir des cas exceptionnels où il n'y avait pas lieu de donner d'avis à l'accusé à ce sujet lorsqu'un tel avis aurait pour effet de révéler la nature des éléments en question⁴⁷¹. Au Canada, le par. 38.04(5) de la LPC attribue à la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire de donner un avis d'audience et d'entendre des observations, mais l'art. 38.08 prévoit l'examen automatique par la Cour d'appel fédérale des affaires dans lesquelles le juge estime qu'il y a atteinte aux droits d'une partie et que celle-ci n'a pas eu la possibilité de présenter des observations au juge.

En 1994, la Cour d'appel a insisté sur le fait que la Couronne ne devait demander l'immunité d'intérêt public que pour les documents visés par l'obligation de divulgation. Elle a invité les poursuivants à ne pas larguer [traduction] « tous les documents inexploités la cour en lui demandant de les trier, quelle que soit leur pertinence pour les questions en litige actuelles ou futures ». La Cour d'appel a également signalé que [traduction] « si les avocats de l'accusé acceptent de décrire en détail la nature de la défense choisie et les questions qu'ils entendent soulever, la poursuite et le juge pourront alors mieux évaluer l'intérêt que représentent pour la défense les documents en question »⁴⁷². Comme nous l'avons vu plus haut, le juge qui a tenu l'audience prévue par l'art. 38 dans l'affaire *Khawaja* s'est interrogé sur le fait que l'accusé n'avait pas pris la peine d'informer le juge, même sur une base ex parte, des moyens de défense qu'il entendait invoquer.

La Chambre des lords a examiné les méthodes et les mécanismes appropriés en matière d'immunité d'intérêt public dans l'affaire *R. v. H. et C.*⁴⁷³. Elle a reconnu les liens étroits qui unissaient la divulgation et l'immunité d'intérêt public lorsqu'elle a insisté sur le fait qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer l'immunité pour intérêt public à l'égard de documents non visés par l'obligation de divulgation [traduction] « si les documents en question n'ont pas pour effet d'affaiblir la position de la poursuite ou de renforcer celle de l'accusé, il n'est pas nécessaire de les divulguer ». Elle a également insisté sur le risque qu'il y avait à laisser l'accusé [traduction] « faire des allégations vagues et générales et demander ensuite la divulgation de nombreux documents dans l'espoir

471 *R. c. Davis, Johnson et Rowe* [1993] 1 W.L.R. 613.

472 *R. c. Keane* [1994] 1 W.L.R. 746, à la p. 752.

473 [2004] UKHL 3.

que les documents obtenus lui permettront de justifier ces allégations. Il n'est pas nécessaire de divulguer des documents dont l'effet est neutre ou préjudiciable à l'accusé, et il n'est pas non plus nécessaire de les porter à la connaissance du tribunal »⁴⁷⁴. C'est là une conception de la divulgation plus restrictive – et certains diraient même plus disciplinée – que celle qu'a adoptée le Canada, en particulier à l'égard des documents contenus dans les dossiers de l'État qui sont préjudiciables à l'accusé, mais qui ne seront pas utilisés en preuve, une conception qui limite aussi les situations dans lesquelles la Couronne est obligée de présenter des demandes de non-divulgation dans le but de protéger des secrets.

La Chambre des lords a présenté la méthode suivante qui cherche à éviter que les demandes d'immunité d'intérêt public portent sur des documents que la Couronne n'est pas tenue de divulguer, et sur des documents dont la divulgation ne causerait pas un préjudice grave à un intérêt public important :

[traduction]

- (1) Quel est le document que la poursuite ne souhaite pas divulguer? C'est un aspect que le tribunal doit examiner en détail.
- (2) Le document est-il susceptible d'affaiblir la position de la poursuite et de renforcer celle de l'accusé? Si la réponse est non, il n'y a pas lieu d'ordonner sa divulgation. Si la réponse est oui, sa divulgation intégrale doit être ordonnée (sous réserve des points (3), (4) et (5) ci-dessous).
- (3) Existe-t-il un risque réel de porter un préjudice grave à un intérêt public important (et si tel est le cas, lequel) si le tribunal ordonne la divulgation intégrale du document en question? Si la réponse est non, il y a lieu d'ordonner la divulgation intégrale du document.
- (4) Si la réponse aux points (2) et (3) est oui, est-il possible de protéger les droits de l'accusé sans procéder à la divulgation ou en rendant une ordonnance de divulgation qui protège adéquatement l'intérêt public en cause et protège également suffisamment les droits de l'accusé? ...

⁴⁷⁴ *Ibid.*, par.35.

- (5) Les mesures proposées en réponse à la question (4) constituent-elles la dérogation minimale nécessaire pour protéger l'intérêt public en question? Si ce n'est pas le cas, le tribunal devrait élargir la portée de son ordonnance de divulgation pour que celle-ci représente une dérogation minimale à la règle d'or de la divulgation intégrale.
- (6) Le fait que le tribunal ait ordonné une divulgation limitée aux termes des points (4) ou (5) a-t-il pour effet de rendre le procès, considéré dans son ensemble, inéquitable pour l'accusé? Si c'est le cas, le tribunal doit alors élargir la portée de l'ordonnance de divulgation, même si cela amène ou peut amener la poursuite à arrêter les poursuites pour éviter d'être obligée de divulguer les documents en question.
- (7) Si la réponse au point (6) est au départ non, cette réponse reste-t-elle appropriée au fur et à mesure que le procès se déroule, que les preuves sont présentées, et que les moyens de défense sont invoqués⁴⁷⁵?

Dans le cas des documents dont la divulgation aurait affaibli la poursuite ou renforcé la défense, ou risquait de causer un préjudice grave à un intérêt public important, la Chambre des lords a insisté sur l'existence de moyens qui permettent de concilier la nécessité du secret et celle de la divulgation, comme l'épuration ou le résumé des preuves tel qu'approuvé par le tribunal, ou l'admission de certains faits par la poursuite. Cette approche souple est conforme aux orientations retenues tant par la CIPA américaine que par l'art. 38.14 de la LPC.

La méthode adoptée par le Royaume-Uni en matière d'immunité d'intérêt public comporte des aspects assez uniques qui méritent d'être examinés⁴⁷⁶. Le premier est que la Chambre des lords a reconnu que [traduction] « dans les affaires qui s'y prêtent, il est parfois nécessaire de nommer un avocat spécial pour veiller à ce que soient contrôlées les affirmations de la poursuite et protégés les intérêts de l'accusé [...] Dans

⁴⁷⁵ *Ibid.*, par.36.

⁴⁷⁶ Le rapport du comité Auld, déposé en 2001, recommandait l'introduction d'un dispositif prévoyant la désignation par le tribunal d'un avocat spécial indépendant chargé, tant en première instance qu'en appel, de représenter les intérêts de l'accusé dans les cas où le tribunal examine aujourd'hui en l'absence de la défense les requêtes de l'accusation tendant à l'obtention de l'autorisation de ne pas divulguer certains éléments sensibles ». *The review of the Criminal Courts in England and Wales* (Le fonctionnement des juridictions pénales en Angleterre et au pays de Galles) (2001), au par. 197.

les cas soulevant des difficultés exceptionnelles, le tribunal peut exiger que soit nommé un avocat spécial pour être sûr d'obtenir une réponse exacte aux questions (2) et (3) ainsi qu'à la question (4). » La Chambre des lords a reconnu que la nomination d'un avocat spécial soulevait certaines difficultés. Parmi celles-ci figuraient l'absence de disposition légale autorisant explicitement cette nomination, le retard causé par la nécessité de donner à l'avocat spécial le temps de se familiariser avec une affaire longue et complexe et [traduction] « des problèmes éthiques, puisqu'un avocat qui ne peut obtenir des instructions de son client, ni lui faire rapport, qui n'est pas responsable envers son client et dont la relation avec le client n'est pas marquée du sceau de la confidentialité, inhérente à la relation traditionnelle entre l'avocat et son client, agit alors dans ce cas d'une façon qui était jusque-là inconnue dans cette profession juridique »⁴⁷⁷. La décision récente de la Cour fédérale dans l'affaire *Khawaja*⁴⁷⁸ ne traite pas des problèmes pratiques ou éthiques que soulève la nomination discrétionnaire d'un avocat spécial dans une instance de l'art. 38.

Le deuxième aspect important de l'approche britannique est l'importance qu'elle accorde à la continuité de l'examen des ordonnances de confidentialité rendues par le juge de première instance. Autrement dit, ce genre d'ordonnance [traduction] « doit être considéré comme apportant une réponse non pas définitive, mais provisoire que le tribunal est constamment appelé à réviser »⁴⁷⁹. Cet aspect est souligné par le fait que la Chambre des lords a reconnu qu'un avocat spécial devrait probablement, une fois nommé, [traduction] « aider le tribunal à s'acquitter de son obligation permanente de passer en revue les documents à divulguer »⁴⁸⁰. Par contre, la procédure canadienne exige que le juge de la Cour fédérale prenne aux termes de l'art. 38 une décision définitive mais susceptible d'appel, et qui, en fin de compte, lie le juge de première instance.

Il convient également de considérer la procédure ci-dessus à la lumière de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*⁴⁸¹, dans laquelle la Cour a déclaré que le droit à un procès équitable avait été violé par les demandes d'immunité d'intérêt public. La Grande Chambre a souscrit aux déclarations qu'avait faites la Quatrième Chambre au sujet des règles en matière de divulgation :

477 *R. c. H. et C.* [2004] UKHL 3, au par. 22.

478 2007 CF 463.

479 *R. c. H. et C.*, *supra*, au par. 36.

480 *Ibid.*, par. 22.

481 Jugement du 27 octobre 2004.

[traduction] Un procès criminel, y compris ses aspects procéduraux, doit revêtir un caractère contradictoire et garantir l'égalité des armes entre l'accusation et la défense : c'est là un des aspects fondamentaux du droit à un procès équitable. En matière pénale, le droit à un procès contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie (Ibid., § 51). De surcroît, l'article 6 exige, comme du reste le droit anglais, que les autorités de poursuite communiquent à la défense toutes les preuves pertinentes en leur possession, à charge comme à décharge (Ibid.).

Cela dit, le droit à une divulgation des preuves pertinentes n'est pas absolu. Dans une procédure criminelle donnée, il peut y avoir des intérêts concurrents – tels que la sécurité nationale ou la nécessité de protéger des témoins risquant des représailles ou de garder secrètes des méthodes policières de recherche des infractions – qui doivent être mis en balance avec les droits de l'accusé. Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu ou à sauvegarder un intérêt public important. Toutefois, seules sont légitimes au regard de l'article 6 § 1 les mesures restreignant les droits de la défense qui sont absolument nécessaires. De surcroît, si l'on veut garantir un procès équitable à l'accusé, les difficultés causées à la défense par une limitation de ses droits doivent être suffisamment compensées par la procédure suivie devant les autorités judiciaires (Ibid., § 52) [...] ⁴⁸².

Ces observations semblent indiquer que la Cour serait disposée à accepter qu'on limite, pour des raisons de sécurité nationale, le droit d'obtenir la divulgation pourvu que ces limites soient « suffisamment compensées » par d'autres mesures procédurales visant à garantir un procès équitable. Certains commentateurs affirment que le fait que la Grande Chambre ait insisté dans *Edwards et Lewis* sur l'importance du contradictoire laisse

482 Ibid., par.46.

entendre qu'il conviendrait d'avoir recours à des avocats spéciaux pour les demandes d'immunité d'intérêt public⁴⁸³.

En se fondant sur les faits des affaires Edwards et Lewis qui concernaient des demandes d'immunité d'intérêt public visant à protéger les techniques d'enquête utilisées par la police dans les cas où l'accusé invoque le moyen de défense de la provocation, la Grande Chambre a jugé que le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 avait été violé et a souscrit à la conclusion suivante :

[traduction] En l'espèce, toutefois, il apparaît que les éléments de preuve non divulgués se rapportaient ou pouvaient se rapporter à une question de fait tranchée par le juge du procès. Chacun des requérants a affirmé avoir commis l'infraction qui lui était reprochée à la suite d'un guet-apens organisé par un ou plusieurs agents de police infiltrés ou informateurs, et demandé au juge d'examiner la question de savoir si les preuves produites par l'accusation ne devaient pas être exclues pour ce motif. Pour déterminer si l'accusé avait effectivement été victime d'une provocation illicite de la part de la police, le juge devait nécessairement examiner un certain nombre d'éléments, en particulier la raison pour laquelle l'opération de police avait été montée, la nature et l'étendue de la participation de la police à l'infraction, et la nature de l'incitation ou des pressions mises en œuvre par la police [...] Si la défense avait été en mesure de persuader le juge que la police avait agi de manière abusive, les poursuites auraient en réalité été abandonnées. Les requêtes en question revêtaient donc une importance décisive pour les procès des requérants, et les preuves réputées couvertes par une immunité d'intérêt public se rapportaient peut-être à des faits liés à ces requêtes.

Or, malgré cela, les requérants se sont vu refuser l'accès aux preuves litigieuses. Il n'a donc pas été possible aux représentants de la défense de développer pleinement devant le juge leur thèse du guet-apens. De

⁴⁸³ Mike Redmayne, « Criminal Justice Act 2003: Disclosure and its Discontents » [2004] Crim L.Rev. 441, aux p. 456 et 457 (en référence à la décision de la chambre de première instance dans l'affaire *Edwards et Lewis c. Royaume-Uni*).

surcroît, dans chacune des deux affaires, le juge qui rejeta ultérieurement cette thèse du guet-apens développée par la défense avait déjà vu des éléments de preuve produits par l'accusation qui étaient peut-être pertinents pour la question soulevée. [...]

Dans ces conditions, la Cour estime que la procédure suivie dans les deux affaires pour trancher les questions de divulgation des preuves et de guet-apens n'a pas satisfait aux exigences nécessaires pour garantir le caractère contradictoire de la procédure et l'égalité des armes et qu'elle n'offrait pas les garanties permettant de protéger adéquatement les intérêts des accusés. Il en résulte qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en l'espèce⁴⁸⁴.

Dans cette décision, la Cour affirme que le caractère équitable de la non-divulgation dépend du rapport qui existe entre les renseignements non divulgués et les questions soulevées au procès. La Grande Chambre craignait alors que les renseignements non divulgués aient un rapport avec le moyen de défense de provocation invoqué par l'accusé.

Dans une autre affaire d'immunité d'intérêt public, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y avait eu violation du droit à un procès équitable parce que la poursuite avait procédé tardivement à la divulgation de documents et que ceux-ci avaient, par conséquent, été uniquement examinés par la Cour d'appel au cours d'une instance ex parte et non pas par le juge de première instance. La Cour a déclaré ce qui suit :

[traduction] Toutefois, la Cour considère que cette procédure devant la Cour d'appel n'a pu remédier au manque d'équité du procès résultant de l'absence de tout contrôle par le juge de première instance des preuves non communiquées à la défense. À la différence dudit magistrat, qui vit les témoins déposer et connaissait parfaitement l'ensemble des preuves produites et des questions soulevées, les juges de la Cour d'appel étaient tributaires, pour apprécier la possible pertinence des éléments non divulgués, des comptes rendus du procès devant la Crown Court et des explications fournies par le représentant de l'accusation. De surcroît, le juge de première instance aurait été en mesure de contrôler la nécessité d'une divulgation

484 Jugement du 27 octobre 2004, au par. 46.

tout au long du procès, évaluant ainsi l'importance des preuves dissimulées à un stade où de nouvelles questions surgissaient, où il eût été possible, en contre-interrogeant les témoins clés, d'entamer sérieusement la crédibilité de ceux-ci, et où il était toujours loisible à la défense de structurer son argumentation de diverses manières et de faire porter l'accent sur tel aspect plutôt que sur tel autre⁴⁸⁵.

Cette affaire intéresse l'expérience canadienne parce qu'elle laisse entendre que la Cour européenne des droits de l'homme s'est interrogé sur le caractère équitable des mécanismes qui ne permettent pas au juge de première instance de revenir sur les questions liées à la non-divulgation, en tenant compte des arguments de la défense et du contre-interrogatoire des témoins.

L'expérience britannique est riche d'enseignements pour le Canada, et ce, pour plusieurs raisons. Elle montre qu'il n'est pas possible de séparer les questions que soulève l'immunité d'intérêt public de la portée de l'obligation de divulgation et propose une voie différente de l'approche canadienne qui consiste à demander aux tribunaux, par le truchement des contestations constitutionnelles, de préciser la portée de l'obligation de divulgation. Elle offre également certains éléments d'appréciation au sujet de la participation d'avocats spéciaux aux audiences relatives à l'immunité d'intérêt public. Elle signale, à juste titre, le risque que cette participation retarde le déroulement des procès et l'impossibilité, pour l'avocat spécial, de demander à l'accusé qu'il lui fournisse des directives utiles, une fois que l'avocat spécial a pris connaissance de renseignements secrets et non divulgués.

Enfin, et c'est peut-être l'aspect le plus important, la Chambre des lords aussi bien que la Cour européenne des droits de l'homme accordent une importance considérable à la possibilité pour le juge de première instance de réviser les décisions initiales selon lesquelles la divulgation de renseignements sensibles n'est pas obligatoire, en fonction du déroulement du procès, notamment des arguments de la défense et du contre-interrogatoire des témoins par la défense. Les tribunaux ont abordé la question de la possibilité pour le juge de première instance

⁴⁸⁵ *Rowe et Davis c. Royaume-Uni* (2000) 30 E.H.R.R. 1, au par. 65.

de réviser les décisions relatives à l'immunité d'intérêt public du seul point de vue de l'équité du procès pour l'accusé, mais cette question comporte également un aspect d'efficacité parce qu'elle autorise le juge de première instance à intégrer les questions d'immunité d'intérêt public aux questions générales que pose la gestion des instances. Le juge de première instance peut examiner les documents non divulgués et ordonner leur non-divulgence mais il peut aussi réviser cette ordonnance, de sa propre initiative, à mesure que se déroule le procès de façon à en garantir le caractère équitable. Cette approche n'est pas possible avec la structure à deux tribunaux que prévoit l'art. 38 de la LPC.

L'Australie

L'Australie possède une vaste expérience, quoique encore récente, des demandes de confidentialité pour des raisons de sécurité nationale. La Haute Cour a tranché deux affaires qui intéressent particulièrement les rapports entre le renseignement de sécurité et les preuves, la Commission de réforme du droit a préparé un rapport approfondi sur le sujet et le Parlement a adopté, en 1984, une nouvelle loi qui régit la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale et cette nouvelle loi a déjà été mise en œuvre à l'occasion de poursuites pour terrorisme, poursuites qui sont achevées.

Les affaires d'immunité d'intérêt public

En 1984, une demande d'immunité d'intérêt public et de non-divulgence a été déposée concernant certains dossiers de l'Australian Security Intelligence Organization (ASIO) (Agence australienne du renseignement de sécurité) qui mentionnaient l'existence d'un informateur et dans laquelle un certain nombre d'accusés trouvés en possession d'explosifs avaient été inculpés de complot en vue de commettre un meurtre et une tentative de meurtre. Il était également possible que cette affaire soit reliée à l'attentat à la bombe de 1978 qui avait visé une délégation indienne qui logeait à l'hôtel Hilton de Sydney. Le juge de première instance a fait droit à la demande d'immunité d'intérêt public présentée par le procureur général pour le motif que son affidavit [traduction] « contenait des allégations que le tribunal ne pouvait qu'accepter ». Dans une décision rendue par trois juges contre deux, la Haute Cour a infirmé cette décision. Le juge en chef Gibbs, parlant au nom de la majorité, a établi une distinction entre l'approche déférentielle que les juges avaient adoptée à l'époque à l'égard des demandes d'immunité d'intérêt public

dans les affaires civiles avec celle qu'il convenait d'adopter pour les affaires pénales. Il a déclaré que les juges de première instance doivent accorder :

[traduction]une importance particulière au fait que les documents sont susceptibles d'étayer la défense présentée par un accusé dans une poursuite pénale. Le tribunal ne peut jamais autoriser les demandes faites au hasard, mais il suffit parfois qu'il semble logique que les documents en question puissent être utiles à la défense. Par exemple, si l'on savait qu'un témoin important pour la Couronne avait remis un rapport sur l'affaire en question à l'ASIO, il ne serait pas justifié d'en refuser la divulgation pour la simple raison qu'il n'existe aucune raison de croire que le rapport en question pourrait aider l'accusé. Refuser la divulgation pour cette seule raison donnerait à l'accusé le sentiment légitime d'être lésé, étant donné qu'il ne pourrait comparer le témoignage du témoin avec le rapport et qu'un tel refus risquerait de faire dire à certains que justice ne semble pas avoir été rendue⁴⁸⁶.

Le juge Murphy, exprimant des opinions comparables au sujet de l'importance de divulguer intégralement tous les documents pertinents dans les affaires pénales, a déclaré ce qui suit :

[traduction][L]e juge de première instance aurait dû examiner les documents visés par le subpœna pour vérifier s'ils contenaient des éléments susceptibles d'établir que les accusations portées contre les accusés étaient fabriquées (ou susceptibles de les aider à établir leur défense, soit directement, par exemple, en fournissant des éléments utiles pour les contre-interrogatoires, soit indirectement, en révélant l'existence d'autres documents pouvant leur être utiles). Il est dans l'intérêt public que certains renseignements officiels demeurent secrets; mais il est également dans l'intérêt public que la justice pénale soit administrée de façon appropriée. Il ne faudrait pas que le processus pénal soit déformé et empêche l'accusé de se défendre de façon appropriée. Si l'intérêt public exige qu'un

⁴⁸⁶ *Alister c. La Reine* (1984) 154 C.L. R. 404, à la p. 415.

document susceptible d'aider l'accusé ne soit pas divulgué, alors il convient peut-être que le poursuivant abandonne les poursuites ou que le tribunal les suspende⁴⁸⁷.

Le juge Brennan a rédigé un troisième jugement concordant dans lequel il faisait ressortir le danger de communiquer à l'accusé un trop grand nombre de renseignements de sécurité. À son avis, les documents de l'ASIO ne devraient être admis en preuve que dans des circonstances relativement rares concernant l'innocence de l'accusé⁴⁸⁸.

Les juges Wilson et Dawson étaient dissidents parce qu'ils [traduction] « ne pensaient pas que le juge de première instance ou la Cour était en mesure de faire autrement que d'accepter le fait que la divulgation de l'information compromettrait la sécurité nationale ». Ces juges auraient demandé aux accusés de démontrer que les renseignements de sécurité de l'ASIO [traduction] « auraient pu démontrer qu'ils étaient innocents des accusations portées contre eux » avant de tenter de concilier les intérêts favorables et défavorables à la divulgation des documents »⁴⁸⁹.

À la lumière de ces jugements, le procureur général a transmis les dossiers de l'ASIO à la Haute Cour. Le juge en chef Gibbs a déclaré, au nom de quatre juges, que ces documents n'auraient pas dû être divulgués et n'auraient pas influencé l'issue du procès. La Haute Cour a pris cette décision sans entendre les accusés en notant que [traduction] « c'est une conséquence inévitable lorsque la demande de confidentialité pour motif de sécurité nationale est justifiée »⁴⁹⁰. Le juge en chef Gibbs conclut ainsi :

[traduction]Nous avons formé une opinion très claire à ce sujet, à savoir qu'aucun des documents visés ne concerne les questions en litige au procès ou aurait pu être utilisé pour contre-interroger les témoins de la Couronne. Nous affirmons cela en sachant fort bien que les parties peuvent fort bien soutenir qu'elles sont mieux à même que les membres du tribunal de déceler la pertinence potentielle des documents en question dans un procès de ce genre; nous demeurons toutefois convaincus que les documents en question ne seraient d'aucun secours pour les

487 *Ibid.*, p. 431.

488 *Ibid.*, p. 455.

489 *Ibid.*, p. 439.

490 *Ibid.*, p. 469.

appelants [...] Nous sommes également convaincus que la non-divulgaration de ces documents n'a pas fait perdre aux appelants la possibilité d'obtenir un acquittement⁴⁹¹.

Le jugement majoritaire souligne l'importance de confier aux tribunaux le soin d'examiner les dossiers de sécurité dans les affaires pénales et reconnaît que, bien souvent, les renseignements de sécurité ne sont d'aucune utilité pour la défense.

Le juge Murphy a fondé sa dissidence sur le fait qu'après avoir examiné les documents de l'ASIO, il entretenait un doute sur leur pertinence pour ce qui est de l'issue de l'affaire. À son avis, la Haute Cour aurait dû entendre les arguments des accusés au sujet de la pertinence des renseignements de sécurité non divulgués. Il a déclaré qu'il n'aurait eu [traduction] « aucune objection à ce que les documents soient communiqués aux avocats des parties, après que ces derniers aient pris des engagements appropriés »⁴⁹². Le juge Murphy conclut en des termes très forts :

[traduction]Si la défense, ou les parties, peuvent amener le tribunal à conclure que les documents étaient utiles pour la défense, c'est commettre une grave injustice que de les empêcher de le faire. Par contre, si les documents ne sont pas utiles à la défense, il serait alors plus satisfaisant et plus équitable qu'une telle conclusion ne soit tirée qu'après avoir entendu les parties sur ce point. À mon avis, c'est commettre une injustice à la fois envers la Couronne et envers les accusés, et laisser planer un autre doute sur cette affaire, à savoir que le tribunal peut avoir pris cette décision sans entendre les observations qu'étaient prêtes à lui présenter tant la poursuite que la défense. Je trouve cette affaire étrange et troublante. Je réaffirme l'opinion que j'ai exprimée dans la première décision relative à l'autorisation spéciale d'appel, à savoir qu'une erreur judiciaire grave avait été commise et que la Cour aurait dû faire droit à l'appel et annuler les condamnations⁴⁹³.

Il ressort de ce jugement dissident que les décisions en matière de divulgation seraient améliorées si l'accusé pouvait y participer en prenant

491 *Ibid.*, p. 469.

492 *Ibid.*, p. 470.

493 *Ibid.*, p. 470.

des « engagements appropriés ». Les accusés ont finalement été déclarés coupables, mais ils ont toutefois été réhabilités par la suite pour le motif que le fondement des déclarations de culpabilité était peu sûr.

L'Australie a été amenée, dans une deuxième affaire, à réexaminer la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve; il s'agissait d'une poursuite intentée en 2001 contre un employé du gouvernement dénommé Lappas, qui était inculqué pour divulgation de renseignements classifiés à une puissance étrangère. Le gouvernement avait invoqué l'immunité d'intérêt public à l'égard de deux documents pendant le procès pénal. Le juge de première instance a fait observer qu'il était regrettable que cette demande soit présentée [traduction] « à une étape aussi tardive », car la poursuite aurait pu inculper l'accusé d'une autre infraction qui n'exigeait pas que soit établi le risque que les renseignements classifiés aient pu être utilisés par une puissance étrangère, un élément de l'infraction qui [traduction] « exige que soit déterminée la teneur du document »⁴⁹⁴. Le gouvernement avait proposé de présenter un résumé épuré du document qui aurait été complété par un témoignage général au sujet du contenu du document. Le juge de première instance s'est opposé à cette façon de procéder pour le motif [traduction] « qu'elle ne permettait pas de mener un contre-interrogatoire dans le but de savoir si l'interprétation [fournie oralement] reflétait avec exactitude la teneur du document parce que cela en révélerait la teneur. En outre, la personne qui souhaiterait contester l'interprétation ne pourrait pas témoigner elle-même au sujet de ce contenu, parce qu'elle révélerait ainsi ce contenu. Tout ce processus paraît tout à fait inéquitable [...] J'estime que faire droit à cette demande d'immunité, avec les exceptions proposées, ne permettrait pas que justice soit faite, tant pour la poursuite que pour la défense. Plus précisément, je ne pense pas que l'accusé puisse subir un procès équitable si on ne lui communique pas des extraits beaucoup plus larges des documents en question de façon à lui permettre, s'il le souhaite, de témoigner à ce sujet⁴⁹⁵. » En fin de compte, le juge de première instance a suspendu les chefs d'accusation concernant ces documents, même si l'accusé a été déclaré coupable sur d'autres chefs qui ne concernaient pas les documents en question. Cette affaire confirme que les réticences à communiquer des renseignements classifiés risquent de compromettre les poursuites, mais aussi que la nature exacte de l'inculpation peut définir la partie des documents secrets qui se rapporte à l'accusation et qui doit être, par conséquent, divulguée à l'accusé. Cette affaire pose également

⁴⁹⁴ *R. c. Lappas et Dowling* [2001] ACTSC 115, par. 20.

⁴⁹⁵ *R. c. Lappas et Dowling* [2001] ACTSC 115, par. 14.

la question de savoir si le droit australien comporte des dispositions adéquates pour ce qui est de préciser le moment auquel il faut aviser l'autre partie qu'une question de confidentialité pour motif de sécurité nationale sera soulevée, et de résoudre ce genre de question et pour ce qui est de mettre en place un régime souple qui offre des solutions de rechange efficaces et équitables aux mesures extrêmes que constituent la divulgation et la non-divulgation des documents en question.

Le rapport de l'Australian Law Reform Commission

En 2004, l'Australian Law Reform Commission (la Commission australienne de réforme du droit) a produit un rapport final détaillé qui portait sur le secret dans divers types d'instances. Elle recommandait que toutes les parties soient tenues d'informer le tribunal et les autres parties le plus rapidement possible du fait qu'elles entendaient utiliser des renseignements sensibles ou classifiés. Le procureur général d'Australie en serait avisé et pourrait intervenir dans les affaires pénales dont la poursuite est conduite par d'autres représentants de l'État. Le tribunal disposerait de pouvoirs étendus qui lui permettraient de tenir des audiences préalables au procès et de donner des directives au sujet de la pertinence et de l'admissibilité de renseignements sensibles ou classifiés. La Commission recommandait plus précisément ce qui suit :

[traduction] Dans les affaires criminelles, le tribunal peut ordonner que la poursuite soit exonérée, en tout ou en partie, de l'obligation qui lui incomberait autrement de divulguer à un accusé des renseignements classifiés touchant la sécurité nationale ou d'autres renseignements touchant la sécurité nationale, ou que cette obligation soit modifiée, sous réserve des garanties suivantes :

- (a) l'information en question n'est pas centrale à l'affaire dont est saisi le tribunal;
- (b) l'information ne doit pas être de nature disculpatoire, ni susceptible d'aider l'accusé;
- (c) il est interdit à la poursuite de se fonder sur ces renseignements au procès et de les présenter en preuve;
- (d) l'accusé doit être informé de la présentation d'une telle demande et des motifs sur lesquels repose l'ordonnance du tribunal [...].

Cette recommandation était assortie d'une autre recommandation qui proposait d'autoriser le tribunal, en cas de demande présentée par une partie ou de sa propre initiative, [traduction] « à ordonner la divulgation d'un document dont il avait ordonné auparavant la non-divulgation ou sa production sous une autre forme, compte tenu de l'apparition de faits nouveaux en cours d'instance ou autrement, ayant pour effet de modifier les exigences de la justice dans cette affaire ou d'atténuer le caractère sensible du document en question »⁴⁹⁶. Ce dernier pouvoir ressemble à celui des tribunaux britanniques qui sont autorisés à réviser leurs décisions en matière d'immunité d'intérêt public. Il tient compte du fait que les exigences en matière de secret et d'équité peuvent évoluer au cours d'un procès.

Le rapport aborde également la question de savoir si les avocats devraient être tenus d'obtenir une habilitation sécuritaire pour pouvoir avoir accès à des documents sensibles ou classifiés. Les auteurs font remarquer que, dans l'affaire Lappas examinée plus haut, l'avocat de la défense avait refusé de demander une habilitation sécuritaire et le juge de première instance avait décidé qu'il n'avait pas le pouvoir de l'obliger à en demander une. L'avocat de l'accusé avait toutefois été autorisé à prendre connaissance de documents qui étaient visés par un engagement de confidentialité qui en limitait la divulgation aux autres avocats et à l'accusé et qui exigeait que des mesures appropriées soient prises pour les conserver de façon sécuritaire et, éventuellement, pour les détruire⁴⁹⁷. La Commission a fait le commentaire suivant :

[traduction] Une habilitation de sécurité ne peut à elle seule garantir que les renseignements communiqués ne seront pas divulgués de façon inappropriée. En fait, c'est le plus sérieusement du monde que l'on peut dire que, lorsque des renseignements touchant la sécurité nationale ont été divulgués illégalement, c'était habituellement par une personne qui avait obtenu une très haute cote de sécurité – puisque, par définition, seules ces personnes ont accès à ce type de renseignements. Par contre, le fait d'exiger une habilitation sécuritaire est un élément essentiel d'une bonne gestion du risque, puisqu'elle permet d'éviter que

⁴⁹⁶ Recommandation 11-29.

⁴⁹⁷ Rapport à 6.26. La Commission du droit note toutefois que [traduction] « ces engagements n'ont toutefois pas été acceptés par la puissance étrangère qui était la source de deux documents très sensibles, puisqu'elle a persisté à refuser d'autoriser leur production dans cette instance ». Annexe 3, par. 30.

des personnes qui représentent un risque en matière de sécurité aient accès à ces renseignements, et de fournir une formation et un rappel sur la bonne façon de manipuler les renseignements sensibles⁴⁹⁸.

La Commission recommandait que, sur requête d'une des parties ou de sa propre initiative, le tribunal puisse demander que certains documents précis ne soient divulgués qu'à des avocats possédant une habilitation de sécurité. Elle soulignait que cela rassurerait les alliés, donnerait aux avocats la possibilité d'avoir accès à cette information et ne limiterait pas indûment le choix d'un avocat. Pour la Commission, [traduction] « cette question ne touchait pas principalement le droit des avocats mais plutôt celui des clients qui souhaitent s'assurer que leurs avocats ont accès à tous les renseignements qui se rapportent à leur affaire »⁴⁹⁹. Elle recommandait également que le tribunal conserve le pouvoir d'exiger des engagements précis en matière de confidentialité. Elle concluait que les habilitations de sécurité et les engagements de confidentialité jouaient des rôles distincts mais complémentaires, les habilitations concernant des questions de moralité et de fiabilité, les engagements imposant des obligations précises dans des circonstances précises⁵⁰⁰. La Commission recommande d'encourager l'accusé et le procureur général à conclure des ententes au sujet de la divulgation de renseignements sensibles, et de prévoir la possibilité d'imposer des peines moins sévères lorsque l'accusé a accepté de collaborer dans ces domaines⁵⁰¹.

Le rapport de la Commission traitait également de la question de l'admissibilité en preuve des renseignements classifiés et proposait que les tribunaux puissent avoir recours à divers mécanismes souples et innovateurs afin de concilier les besoins de la sécurité nationale et la nécessité de divulguer et d'admettre les preuves pertinentes. Les mécanismes que les juges de première instance devraient pouvoir utiliser comprendraient ce qui suit :

- (i) la rédaction, la révision et l'épuration d'une partie d'un document contenant ou mentionnant des renseignements classifiés ou sensibles touchant la sécurité nationale;
- (ii) le remplacement des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale par des résumés,

498 *Ibid.*, p. 6.95.

499 *Ibid.*, p. 6.98.

500 *Ibid.*, p. 6.97.

501 *Ibid.*, recommandation 11-16.

des extraits ou la transcription des témoignages que la partie souhaite utiliser ou par des exposés des faits, qu'ils soient admis ou non par les parties;

- (iii) le remplacement des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale par des preuves de nature comparable obtenues par des moyens ou des sources non classifiés;
- (iv) [...] la dissimulation de l'identité des témoins ou des personnes mentionnés dans les renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale, ou dont on pourrait deviner l'identité grâce à ces renseignements, ou l'utilisation de ces renseignements dans une instance judiciaire (y compris les témoignages) et la dissimulation de l'identité de toute personne (y compris les jurés) qui a accès à des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale;
- (v) le recours à des questions et réponses écrites au cours d'un interrogatoire;
- (vi) l'utilisation d'un système de télévision en circuit fermé, d'écrans d'ordinateur, d'écouteurs et autres moyens techniques en cours d'instance dans le but d'éviter que le public ou des personnes particulières aient accès au contenu de renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale;
- (vii) l'imposition de restrictions aux personnes à qui peuvent être communiqués des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale ou à qui l'accès à ces renseignements peut être accordé (ce qui peut se traduire, dans certains cas, par un accès limité à certains documents aux personnes qui détiennent des cotes de sécurité d'un certain niveau);

(viii) l'imposition de limites à la façon dont la personne qui a accès à des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale peut les utiliser;

(ix) l'imposition de limites à la mesure dans laquelle la personne qui a accès à des renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale (y compris un juré) peut reproduire ou communiquer ces renseignements⁵⁰².

Pour ce qui est du recours à des témoins anonymes, la cour a signalé que l'accusé et ses avocats devaient généralement pouvoir observer les témoins et que la cour devrait hésiter à déclarer l'accusé coupable [traduction] « en se basant uniquement ou principalement sur un témoignage anonyme »⁵⁰³.

La Commission était disposée à proposer toute une série de mécanismes novateurs visant à concilier la nécessité du secret et l'obligation de divulgation, deux objectifs divergents, mais elle a carrément exclu, dans les affaires criminelles, le recours à des « preuves secrètes » qui ne sont pas divulguées à l'accusé. Elle a tenu le raisonnement suivant :

[traduction] Sur le plan des principes, la présentation de preuves secrètes contre un accusé, dans le but de protéger des renseignements de sécurité classifiés ou sensibles, ne devrait pas être autorisée dans une poursuite pénale. Accepter de procéder ainsi serait une violation des garanties prévues à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui accorde à l'accusé le droit d'être présent au procès et d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge. Lorsque ce genre de preuves constitue un élément central de l'accusation, accepter de procéder ainsi constituerait une violation du droit fondamental à un procès équitable et un abus de procédure⁵⁰⁴.

502 *Ibid.*, recommandation 11-10.

503 *Ibid.*, recommandation 11-11.

504 *Ibid.*, p. 11.203.

La Commission recommandait également que dans toutes les affaires où le juge [traduction] « avait exclu des preuves qui soulevaient manifestement, à son avis, un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé, le tribunal prononce un verdict d'acquittement ou ordonne qu'aucune autre poursuite ne soit intentée pour les crimes reprochés »⁵⁰⁵. Parallèlement, la Commission recommandait le recours à des procédures ex parte pour demander au tribunal de déclarer que les documents visés n'ont pas à être divulgués à l'accusé et que l'immunité d'intérêt public s'applique aux documents⁵⁰⁶.

La Commission proposait également que le procureur général conserve le droit de délivrer un certificat interdisant au tribunal d'ordonner la divulgation d'un document, mais que le tribunal conserve le droit de suspendre une partie de l'instance en raison de ce certificat⁵⁰⁷. D'une certaine façon, ces recommandations reprennent les mécanismes de contrôle qui encadrent au Canada l'utilisation des certificats du procureur général prévus à l'art. 38.13 de la LPC et le pouvoir des juges de première instance d'ordonner l'arrêt des procédures aux termes de l'art. 38.14, lorsqu'une ordonnance ou un certificat de confidentialité est délivré.

Enfin, la Commission a reconnu que les tribunaux devraient prendre des précautions pour préserver le caractère secret des documents sensibles et classifiés. Elle recommandait que le ministère du Procureur général forme des agents qui relèveraient du tribunal auquel ils sont affectés et qui expliqueraient au personnel des tribunaux fédéraux et étatiques [traduction] « les aspects techniques de la conservation et de la manipulation de renseignements classifiés ou sensibles liés à la sécurité nationale »⁵⁰⁸.

La National Security Information Act (la Loi sur l'information liée à la sécurité nationale)

Avant même que l'Australian Law Reform Commission ait déposé son rapport final, la National Security Information Act⁵⁰⁹, un texte très complet, a été présentée au Parlement du Commonwealth. Ce projet

505 *Ibid.*, recommandation 11-26.

506 *Ibid.*, p. 11.205.

507 *Ibid.*, recommandation 11-33.

508 *Ibid.*, recommandation 11-38.

509 Art. 24 de la *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth). Pour une analyse critique de la loi, voir Patrick Emerton, « Paving the Way for Conviction without Evidence » (2005) 4 *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 1.

de loi reprenait de nombreux éléments proposés par la Commission de réforme du droit, mais s'en éloignait sur d'autres points. Cette loi a déjà été modifiée pour qu'elle s'applique aux instances civiles. Mon analyse va porter sur les aspects de la version actuelle de la loi qui traitent de la divulgation et de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve dans les procès pénaux.

C'est en partie parce que c'est au juge du procès qu'il incombe de prendre la décision finale en matière de confidentialité liée à la sécurité nationale que la loi australienne accorde une importance accrue à la gestion des instances que ne le fait l'art. 38 de la LPC. Aux termes de l'art. 21 de la Loi, le poursuivant et la défense peuvent, dans les instances criminelles fédérales, demander au tribunal de conseil avant le procès concernant la divulgation de renseignements liés à la sécurité nationale. Le tribunal peut, aux termes de l'art. 22, rendre des ordonnances pour donner effet aux ententes intervenues entre l'accusé et le poursuivant. Ces dispositions tiennent compte de la complexité de la plupart des procès qui mettent en jeu des renseignements de sécurité et tentent de favoriser une gestion efficace des affaires préalablement au procès.

Comme c'est le cas aux termes de l'art. 38 de la LPC, le poursuivant et l'accusé sont tenus d'aviser le procureur général de l'Australie dès qu'ils savent qu'ils vont divulguer des renseignements liés à la sécurité nationale ou vont convoquer un témoin qui le fera. Le juge est alors tenu de suspendre l'instance en attendant que le procureur général examine l'opportunité de délivrer un certificat interdisant la divulgation ou en fixant les modalités. Lorsque l'opposition à la divulgation est exprimée au cours de l'interrogatoire du témoin, le juge de première instance est également tenu de suspendre l'audience après avoir obtenu à huis clos la réponse écrite du témoin à la question posée⁵¹⁰. L'ajournement de l'instance est nécessaire pour protéger la sécurité nationale, mais elle a également pour effet de ralentir le déroulement du procès.

Lorsqu'il a reçu l'avis, le procureur général a la possibilité d'autoriser la divulgation des renseignements en en supprimant une partie et en joignant un résumé ou un exposé des faits que les renseignements en question seraient susceptibles d'établir⁵¹¹. Il peut également délivrer un certificat interdisant la convocation d'un témoin particulier pour des motifs de sécurité nationale⁵¹². De cette façon, il a la priorité pour

510 *Ibid.*, par. 24(4), 25(7).

511 *Ibid.*, art. 26.

512 *Ibid.*, art. 28.

décider s'il convient de préférer le secret à la divulgation et sa décision est considérée comme étant exécutoire et liant les parties tant qu'elle n'a pas été révisée par un tribunal⁵¹³. Aux termes de cette loi, le fait de divulguer des documents de façon non conforme au certificat du procureur général constitue une infraction punissable par une peine de deux ans d'emprisonnement⁵¹⁴.

Le certificat du procureur général est examiné par le juge de première instance au cours d'une audience à huis clos, dont le tribunal peut exclure l'accusé et les avocats représentant l'accusé qui n'ont pas obtenu l'habilitation sécuritaire appropriée⁵¹⁵. L'article 39 de la loi autorise le procureur général à signifier un avis à l'avocat de la défense lui indiquant qu'il doit obtenir l'habilitation sécuritaire appropriée pour avoir accès aux renseignements liés à la sécurité nationale. Le juge est tenu d'ajourner l'instance pour lui permettre de le faire, et il peut informer l'accusé des conséquences de se faire représenter par un avocat qui n'a pas obtenu une habilitation sécuritaire. Les propositions de la Commission attribuaient au tribunal le pouvoir de demander des habilitations sécuritaires et cette partie de la loi a été critiquée parce qu'elle donnait trop de pouvoir au procureur général dans le processus d'attribution des habilitations sécuritaires⁵¹⁶.

À l'audience à huis clos consacrée à l'examen du certificat de confidentialité du procureur général, le juge a le pouvoir de modifier les modalités de la divulgation fixées par le procureur général. Aux termes du paragraphe 31(7) de la loi, le juge est toutefois invité, pour modifier ces modalités, à tenir compte à la fois du préjudice susceptible d'être causé à la sécurité et au droit de l'accusé à un procès équitable, y compris sur sa capacité de présenter une défense. Le paragraphe 31(8) prévoit que la Cour doit, en cas de doute, privilégier la sécurité nationale. La loi donne une définition extensive de la sécurité nationale, qui comprend

513 *Ibid.*, art. 27.

514 Ces infractions figurent aux art. 40 à 46 de la Loi.

515 *Ibid.*, art. 29. C'est le secrétaire du ministère du Procureur général qui approuve les habilitations sécuritaires et non le juge.

516 Patrick Emerton, « Paving the Way for Conviction without Evidence: A Disturbing Trend in Australia's 'Anti-Terrorism' Laws » (2004) 4 Queensland U. Tech L. and Justice J. 1, aux p. 20 et 21. Emerton soutient que la disposition qui prévoit que l'avocat qui possède une habilitation sécuritaire appropriée ne peut être exclu de l'audience à huis clos au cours de laquelle est examiné le certificat du procureur général [traduction] « ne protège guère le droit de l'accusé à un procès équitable. Premièrement, le secrétaire du ministère du Procureur général n'est nullement tenu d'accorder l'habilitation sécuritaire du niveau exigé. Deuxièmement, les droits de l'accusé dépendent entièrement de la façon dont l'exécutif évalue ce qu'est le 'niveau approprié' d'habilitation sécuritaire. » *Ibid.*, à la p. 28.

non seulement la défense nationale et les relations internationales, mais également les besoins en matière d'exécution de la loi, largement définis pour comprendre diverses formes de recherche de renseignements⁵¹⁷. On a critiqué la disposition de la loi qui obligeait le juge à privilégier la sécurité nationale parce qu'elle constitue un recul important par rapport au critère de l'immunité d'intérêt public exposé en 1984 par la Haute Cour dans l'affaire Alister examinée ci-dessus⁵¹⁸. Un juge de la Haute Cour qui a récemment pris sa retraite a déclaré que la loi [traduction] « ne va pas jusqu'à obliger le tribunal à rendre l'ordonnance souhaitée par le procureur général, mais elle va aussi loin qu'il est possible d'aller dans ce sens »⁵¹⁹.

Les motifs pour lesquels le tribunal a confirmé ou modifié le certificat du procureur général doivent être communiqués au poursuivant et au procureur général. Ces derniers peuvent présenter des observations au tribunal s'ils estiment que les motifs risquent eux-mêmes de divulguer des renseignements liés à la sécurité nationale. Le tribunal doit suspendre l'instance à la demande d'une partie si appel a été interjeté et l'ordonnance du tribunal ne prend effet qu'à l'expiration du délai d'appel⁵²⁰.

La décision que prend le juge de première instance de confirmer ou de modifier le certificat du procureur général n'est pas nécessairement définitive. Le paragraphe 19(2) énonce que [traduction] « l'ordonnance prise aux termes de l'article 31 n'empêche pas le tribunal d'ordonner par la suite que l'instance criminelle fédérale soit suspendue pour un motif relié au même sujet, notamment si l'ordonnance prise aux termes de l'article 31 aurait un effet préjudiciable important sur le droit de l'accusé à subir un procès équitable ». Comme en Grande-Bretagne, la possibilité qu'a le juge de première instance de réviser sa décision au cours du procès peut être considérée comme une garantie pour l'accusé, mais c'est aussi

517 Art. 8 de la *National Security Information Act*. L'article 11 définit les intérêts en matière d'exécution de la loi comme comprenant ce qui suit a) éviter de nuire aux efforts nationaux et internationaux en matière d'exécution de la loi, de renseignement criminel, d'enquêtes criminelles, de renseignement étranger et de sécurité; b) protéger les technologies et les méthodes utilisées pour réunir, analyser, préserver ou autrement utiliser le renseignement criminel, le renseignement étranger ou de sécurité; c) assurer la sécurité des informateurs et des personnes associées aux informateurs; d) veiller à ce que les agences de sécurité et d'exécution de la loi n'hésitent pas à fournir des renseignements au gouvernement et aux agences gouvernementales d'un pays étranger.

518 Patrick Emerton, « Paving the Way for Conviction without Evidence: A Disturbing Trend in Australia's 'Anti-Terrorism' Laws » (2004) 4 *Queensland U. Tech L. and Justice J.* 1, à la p. 30.

519 Michael McHugh, « Terrorism Legislation and the Constitution » (2006) 28 *Australian Bar Review* 117, à la p. 131.

520 Art. 24, 32, 33, 34 et 36 de la *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth).

un moyen pour le juge d'ordonner la non-divulgation de preuves, ou leur divulgation partielle, parce qu'il conserve la possibilité de réviser par la suite cette décision, à mesure que les preuves lui sont présentées.

Résumé

La National Security Information Act a suscité une controverse et comme nous le verrons, elle a fait l'objet d'une contestation constitutionnelle dans la première poursuite pour terrorisme dans laquelle elle a été invoquée. La plupart des critiques faites à cette loi ont porté sur le pouvoir donné au procureur général d'expurger au départ les preuves, sur la primauté accordée par la loi aux questions liées à la sécurité nationale par rapport à celles qui touchent l'équité du procès, et sur le pouvoir du procureur général d'obliger les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires. Sur toutes ces questions, l'Australian Law Reform Commission aurait donné davantage de pouvoirs aux tribunaux et leur aurait confié le soin de décider des moyens à prendre pour concilier secret et divulgation. La loi australienne, comme chez nous l'art. 38, encourage la souplesse pour concilier divulgation et secret en ayant recours à certaines méthodes, comme les résumés. La Commission aurait même proposé des solutions plus variées, comme la capacité pour le témoin de témoigner de façon anonyme, par vidéo ou par télévision en circuit fermé ou en répondant par écrit à des questions écrites, selon des modalités assez semblables à celles qui ont été utilisées dans l'affaire Ribic.

La loi australienne comporte un certain nombre d'aspects qui diffèrent de l'approche canadienne. Elle accorde aux juges de première instance le pouvoir de se prononcer sur les questions relatives à la confidentialité liées à la sécurité nationale. Elle prévoit des conférences préalables au procès pour résoudre les nombreux problèmes découlant de la divulgation de renseignements touchant la sécurité nationale. Elle donne aussi aux avocats de la défense la possibilité d'obtenir des habilitations sécuritaires. Enfin, elle permet au juge de première instance de revoir les questions de divulgation pendant que se déroule le procès. Comme nous le verrons, la loi australienne a déjà été contestée dans le cadre d'une poursuite pour terrorisme, poursuite qui a été menée à terme.

L'affaire Lodhi

La National Security Information Act a été invoquée dans une poursuite pénale fédérale contre Faheem Lodhi, qui était accusé d'avoir commis une série d'infractions reliées à la préparation d'actes de terrorisme. En décembre 2005, le juge de première instance, le juge Whealy, a rejeté l'argument selon lequel la National Security Information Act était inconstitutionnelle du fait qu'elle était incompatible avec l'exercice du pouvoir judiciaire et avec la liberté de parole qui existe implicitement à l'égard des sujets politiques. Le juge Whealy a souligné que la loi ne portait pas fondamentalement atteinte [traduction] « au processus habituel d'établissement de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé par le juge et le jury. Elle ne modifie pas le fardeau de la preuve. Elle ne modifie pas les règles de la preuve. Le pouvoir discrétionnaire d'exclure des preuves au procès n'est pas modifié. Les garanties traditionnelles dont bénéficie l'accusé ne sont pas non plus écartées par la loi en question⁵²¹. » Le juge conserve le pouvoir de décider du caractère public des preuves et des audiences⁵²².

Le juge Whealy note que la loi prévoit l'ajournement obligatoire de l'instance pour permettre la transmission au procureur général d'un avis concernant l'admissibilité de renseignements sensibles et à celui-ci de délivrer un certificat à ce sujet et que ces procédures peuvent évidemment occasionner des retards⁵²³. Il a néanmoins jugé que la loi ne portait pas atteinte à la capacité du tribunal de contrôler sa procédure, notamment en ordonnant la suspension des poursuites. Il a également fait observer que le fait d'incriminer l'omission d'aviser le procureur général de l'intention d'introduire en preuve des renseignements sensibles est « nouveau » et même « surprenant »⁵²⁴, mais que cela ne porte pas directement atteinte aux attributions du tribunal. Il en va de même de l'obligation faite aux membres et au personnel du tribunal d'obtenir des habilitations sécuritaires. Le juge a également conclu que le fait que la loi exclut des audiences prévues à l'art. 31 l'accusé et les avocats n'ayant pas obtenu une habilitation de sécurité n'était pas [traduction] « essentiellement différent de la situation qui se produit traditionnellement lorsqu'une partie invoque une immunité d'intérêt public »⁵²⁵.

521 *R. c. Lodhi* [2006] NSWSC 571, p. 85.

522 *Ibid.*, par. 124.

523 *Ibid.*, par. 86.

524 *Ibid.*, par. 94.

525 *Ibid.*, par. 96.

Le juge Whealy a également déclaré que les dispositions législatives concernant la révision du certificat du procureur général, y compris le par. 31(8) qui oblige le tribunal à privilégier la sécurité nationale plutôt que les considérations liées à un procès équitable, n'étaient pas incompatibles avec la fonction judiciaire. La loi autorise toujours le juge à concilier les intérêts divergents en jeu et à suspendre les poursuites s'il est impossible de tenir un procès équitable. Cette loi n'a pas pour effet d'attribuer la force de chose jugée aux certificats du procureur général.

Le juge Whealy a estimé qu'il était possible de demander à un avocat spécial ayant obtenu une habilitation sécuritaire de représenter l'accusé au cours d'une audience de l'art. 31, même si la loi ne prévoyait pas expressément cette possibilité. Cet avocat spécial ne serait pas en mesure de communiquer des renseignements classifiés à l'accusé, mais il demeurerait « le représentant légal de l'accusé » et aurait, à ce titre, le droit d'assister à l'examen du certificat du procureur général au cours d'une audience à huis clos⁵²⁶. Il s'est également fondé sur le fait que la loi ne modifiait pas la capacité du tribunal de contrôler le déroulement d'une poursuite pénale fédérale⁵²⁷. Sur de nombreux points, cette décision est comparable à celle qu'a rendue récemment la Cour fédérale dans l'affaire Khawaja, qui confirmait le pouvoir de la Cour fédérale de nommer, de sa propre initiative, un *amicus curiæ* possédant une habilitation de sécurité⁵²⁸.

Dans cette affaire, le tribunal a pris un certain nombre de décisions préalables au procès qui intéressent les rapports entre le renseignement de sécurité et la preuve. Une de ces décisions consistait à faire évacuer la salle chaque fois qu'étaient présentées des preuves qui mentionnaient les rapports entre l'ASIO et ses sources ou avec une agence étrangère. Le juge Whealy a pris sa décision en tenant compte d'un affidavit confidentiel et d'un affidavit public émanant du directeur de l'ASIO concernant les dangers qu'il y aurait à révéler les cibles, les membres et les méthodes de l'ASIO. Une copie de l'affidavit confidentiel avait été remise à l'accusé. Le juge a également ordonné qu'une transcription, expurgée des renseignements touchant la sécurité nationale, de l'audience à huis clos soit remise aux médias⁵²⁹.

526 *R. c. Lodhi* [2006] NSWSC 586, par. 28.

527 Par. 19(1) de la *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004*.

528 2007 CF 463.

529 *R. c. Lodhi* [2006] NSWSC 596, par. 29.

Le juge Whealy a également abordé les considérations contradictoires que constituent l'équité du processus pour l'accusé, le principe de la publicité des débats et les atteintes à la sécurité nationale susceptibles d'être causées par le témoignage d'agents de l'ASIO. Au cours des étapes préalables au procès, il a ordonné que les agents de l'ASIO témoignent dissimulés par un écran pour que l'accusé ne puisse les identifier, de façon à éviter [traduction] « tout risque de compromettre les opérations de renseignement menées à Sydney »⁵³⁰. Ces ordonnances ont été confirmées par la Cour d'appel, qui a statué que le juge de première instance avait concilié le principe de la publicité des débats et celui du droit à un procès équitable avec la nécessité de protéger la sécurité nationale⁵³¹.

Le juge Whealy a toutefois déclaré, dans un discours extrajudiciaire, que le fait d'interposer un écran entre l'accusé et les agents de l'ASIO [traduction] « risquait fort de compromettre l'impartialité des jurés ». Avec le consentement des parties, les agents de l'ASIO ont été autorisés à témoigner au moyen d'un système de télévision en circuit fermé plutôt qu'en utilisant des écrans. Tous les participants au procès, y compris l'accusé, disposaient d'un moniteur. Toutefois, le moniteur de l'accusé ne fonctionnait pas, mais il semble que le jury ait ignoré ce fait à cause de l'endroit où était placé le moniteur. Les parties avaient accepté cette procédure parce qu'elle nuisait moins à l'accusé que les écrans utilisés au cours des audiences préalables au procès. Le juge Whealy a déclaré que [traduction] « le seul fait qu'on ait demandé des ordonnances de ce genre fait ressortir les tensions qui existent entre la nécessité de protéger la sécurité nationale et le droit de l'accusé à subir un procès équitable. La nécessité de résoudre les conflits entre ces notions opposées impose une tâche extrêmement délicate au juge de première instance⁵³². »

Dans une autre requête préalable au procès, le juge Whealy a fait droit à la demande de subpoena présentée par Lodhi en vue d'obtenir de la police fédérale australienne et l'ASIO tous les mandats délivrés dans le cadre de l'enquête menée au sujet de l'accusé et d'un prétendu coconspirateur. Le juge a mentionné qu'il « était logique » que les documents demandés « puissent être utiles à la défense »⁵³³ et a fait observer que, même si ces mandats n'avaient pas donné lieu à la découverte de preuves incriminantes, ils pourraient servir à la défense. Il a écarté les arguments du poursuivant,

530 *Ibid.*, par. 59.

531 *R. c. Lodhi* [2006] NSWCCA 101, par. 31.

532 Le juge Whealy, « Terrorism », préparé en vue d'une conférence devant les juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême, Perth, 2007.

533 *R. c. Lodhi* 2006 NSWSC 585, p. 16.

selon lesquels l'accusé ne pouvait que faire des hypothèses au sujet de l'existence de ces mandats⁵³⁴.

Dans une autre requête préalable au procès, le juge Whealy a statué qu'une personne qui se trouvait sous la garde des autorités américaines et deux agents américains du FBI pouvaient témoigner par liaison télévisuelle⁵³⁵. Il a déclaré qu'avec cette technique, les jurés pouvaient apprécier la crédibilité des témoins et qu'elle ne causerait aucun préjudice à l'accusé. Il a également mentionné que, grâce à la présence d'un observateur indépendant, le prisonnier se trouvant sous la garde des autorités américaines pourrait témoigner librement⁵³⁶.

Dans une intéressante allocution, le juge Whealy a commenté les répercussions que pourrait avoir l'affaire Lodhi sur les autres procès pour terrorisme. Il a déclaré que [traduction] « les retards et la perturbation du déroulement du procès ont peut-être été le principal problème qu'aient soulevé cette loi ». En fin de compte, le juge Whealy a conclu que le procès avait pu déboucher sur un verdict parce qu'il [traduction] « y avait eu une excellente collaboration entre le procureur de la poursuite, un avocat d'expérience, et la défense. Il était évident que toutes les parties souhaitaient que le procès se déroule aussi normalement que possible. » Des commentaires semblables ont, bien sûr, été formulés à l'égard du procès Bagri et Malik. Parallèlement, il n'est pas possible de tenir pour acquis que dans toutes les poursuites pour terrorisme, les avocats souhaiteront vraiment que le procès débouche sur un verdict. Il sera peut-être nécessaire de modifier ces règles, en particulier en ce qui concerne l'abolition des appels préalables au procès, pour veiller à ce que les mécanismes utilisés pour trancher les questions de confidentialité liées à la sécurité nationale n'aient pas pour effet d'empêcher le déroulement des procès pour terrorisme.

Le juge Whealy a conclu son allocution extrajudiciaire en formulant des commentaires qui touchent directement l'évolution de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve. Il a déclaré ceci :

[traduction] À mon avis, les principales difficultés auxquelles est confronté le juge de première instance dans ces situations sont le risque de partialité, les retards et le secret.

534 *Ibid.*, par.21.

535 *R. c. Lodhi* 2006 NSWSC 587 .

536 *Ibid.*, par.70.

Je me suis efforcé de soutenir ici que l'on pourrait atténuer les problèmes de partialité et de préjugé en fournissant des directives appropriées aux jurés. Deuxièmement, on pourrait réduire sensiblement les retards en invitant les avocats à collaborer dans toute la mesure du possible et en utilisant des mécanismes préalables au procès appropriés. Dans le troisième domaine, celui du secret, je n'ai pas de solution magique à offrir. Il est probable que les agents de l'ASIO joueront un rôle accru dans la collecte des preuves qui seront utilisées dans les procès pénaux relatifs au terrorisme. Malgré toutes les qualités que possède cette agence lorsqu'il s'agit d'obtenir des renseignements de sécurité, elle est peut-être mal équipée pour réunir des preuves en vue d'un procès criminel; en outre, ses agents n'ont pas reçu une formation destinée à les familiariser avec les subtilités de la procédure et de la preuve pénales. Le rôle accru que notre agence de renseignement sera appelée à jouer dans les enquêtes et les procès ne peut également que renforcer l'atmosphère de secret qui, si elle n'est pas suffisamment contrôlée, risque de porter atteinte au principe de la publicité des débats et de compromettre gravement l'équité, tant apparente que réelle, des procès⁵³⁷.

En d'autres termes, il a confirmé que l'établissement d'une relation efficace entre le renseignement et la preuve sera une priorité essentielle pour les futurs procès pour terrorisme. Il a déclaré craindre que la nécessité de préserver le secret du renseignement de sécurité introduise des tensions dans le déroulement du procès criminel. Ce dernier aspect est particulièrement grave, parce que les agences de renseignement sont destinées à jouer un rôle de plus en plus actif dans les poursuites pour terrorisme.

Résumé

L'expérience australienne, tout comme celle des États-Unis et du Royaume-Uni, fournit des éléments utiles pour la réforme de l'art. 38 de la LPC dans le but de mieux aménager les rapports entre le renseignement de sécurité, la preuve et l'information qu'il convient de divulguer pour

⁵³⁷ Le juge Whealy, « Terrorism », préparé en vue d'une conférence devant les juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême, Perth, 2007.

garantir l'équité des procès. Ces trois pays autorisent tous le juge de première instance à trancher les questions de non-divulgence. De cette façon, la non-divulgence est intégrée à un aspect plus général, la gestion de l'instance avant le procès. Cette solution permet surtout au juge de première instance qui a pris connaissance des documents secrets de réviser l'ordonnance de confidentialité qu'il a rendue initialement, en tenant compte des questions soulevées au cours du procès pénal, un fait qui a été souligné tant par la Chambre des lords que par la Cour européenne des droits de l'homme.

L'expérience de ces pays fait également ressortir certaines innovations procédurales intéressantes. Les tribunaux britanniques ont mis de l'avant la possibilité d'avoir recours à des avocats spéciaux pour les demandes d'immunité d'intérêt public, tout en reconnaissant que cette pratique risque d'entraîner des retards, puisque l'avocat spécial doit prendre le temps de se familiariser avec l'affaire et que l'interdiction faite à l'avocat spécial de communiquer avec l'accusé risque de soulever des problèmes d'éthique. Les États-Unis comme l'Australie ont adopté la solution consistant à autoriser les avocats de la défense à examiner eux-mêmes les documents sensibles après avoir obtenu une habilitation sécuritaire. L'obtention d'une habilitation de sécurité peut entraîner des retards et compliquer le choix d'un avocat, mais cette solution offre l'avantage de donner à la personne qui connaît le mieux la cause de l'accusé un accès aux documents secrets pour qu'elle puisse présenter des arguments sur la nécessité de les divulguer pour garantir un procès équitable. L'obligation d'obtenir une habilitation sécuritaire pourrait également encourager le recours à des avocats de la défense expérimentés dans les procès pour terrorisme. L'expérience australienne semble également indiquer que les témoignages fournis grâce à un système de télévision en circuit fermé peuvent aider à concilier les intérêts divergents en matière de divulgation et d'équité lorsque les membres d'agences de renseignement nationales ou étrangères témoignent dans les poursuites pour terrorisme.

Conclusions

Les relations qui existent entre le renseignement et la preuve sont complexes, variées et évolutives. Dans la première partie de cette étude, nous avons examiné les distinctions traditionnelles entre le renseignement de sécurité, secret, qui vise à informer le gouvernement au sujet des diverses menaces qui pèsent sur la sécurité nationale, et les éléments de preuve recueillis pour prouver la culpabilité lors d'un procès