

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

public, au cours duquel l'accusé a droit à une défense pleine et entière ainsi qu'à la possibilité de contester la légalité et la constitutionnalité des méthodes utilisées pour rassembler la preuve. Cette distinction est profondément ancrée dans la législation et la politique canadiennes. Elle date de la décision de créer un service civil du renseignement de sécurité dépourvu de pouvoirs d'exécution de la loi et d'attribuer à un établissement militaire secret le rôle de recueillir le renseignement électromagnétique. Abstraitement, et d'ailleurs la réflexion au Canada s'est trop concentrée dans l'abstrait sur ce thème, le fossé qui sépare le renseignement de la preuve est profond, voire insondable.

Il faut réexaminer les distinctions traditionnelles entre le renseignement et la preuve compte tenu de la nature particulière du terrorisme et des menaces précises qu'il fait peser. Le terrorisme constitue à la fois une menace pour la sécurité nationale et un crime. L'espionnage et la trahison sont également des crimes. Pourtant, face à l'assassinat et la mutilation de civils survenus lors d'actes terroristes, comme l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India, il convient d'appliquer le principe de dénonciation et les peines associés aux formes les plus graves de crime. Cette règle s'applique aussi aux actes délibérés de planification et de préparation d'actes terroristes violents. Même si les tentatives et complots en vue de commettre de tels actes ont toujours constitué des infractions graves, la Loi antiterroriste de 2001 a modifié l'équilibre entre les questions portant sur le renseignement et l'exécution de la loi en créant nombre d'infractions liées au terrorisme qui peuvent être commises au moyen d'actes de préparation et d'appui au terrorisme, lesquels seront perpétrés bien avant les actes terroristes proprement dits. La prévention du terrorisme doit demeurer la priorité absolue. Il faut toutefois, autant que possible, poursuivre et punir ceux qui planifient, préparent ou commettent des actes terroristes. La législation nationale aussi bien que les obligations internationales du Canada l'exigent. On s'inquiète quelque peu de ce que le SCRS, en particulier, s'abstient encore de reconnaître le besoin de recueillir des renseignements dans le cadre de certaines enquêtes de contre-terrorisme en respectant les normes de preuve. Par contre, le MI5 a déclaré qu'il recueillera certains éléments de preuve conformément à de telles normes, et des agents de l'ASIO ont témoigné dans le cadre du procès Lodhi pour terrorisme. Dans l'affaire Air India, les renseignements obtenus par le SCRS au moyen d'une table d'écoute et d'entrevues de témoins auraient pu constituer certains des principaux éléments de preuve, mais, malheureusement, ils n'ont pas été détruits, en partie parce que le SCRS considère que son rôle est celui

d'un service du renseignement de sécurité qui ne recueille ni ne conserve aucun élément de preuve. Bien que le SCRS n'ait pas pour mandat d'être un organisme d'exécution de la loi, l'alinéa 19(2)a) de la Loi sur le SCRS prévoit la possibilité qu'il recueille des informations pouvant servir à la police et aux procureurs. Le paragraphe 18(2) de la Loi sur le SCRS prévoit également la possibilité de divulguer, au besoin, l'identité des sources humaines confidentielles et des agents secrets dans le cadre d'enquêtes et de poursuites pénales.

Pourtant, à la lumière des études de cas présentées dans le présent document, on peut réellement se demander si les pratiques et les lois canadiennes satisfont aux exigences des poursuites pour terrorisme, particulièrement en ce qui a trait à la relation entre le renseignement et les éléments de preuve, et à la question connexe de la protection des informateurs. Les procès Parmar à Hamilton, Khela à Montréal, et Atwal en Colombie-Britannique ont tous échoué en raison des difficultés que posait l'exigence selon laquelle l'État doit divulguer entièrement les informations pertinentes, y compris l'identité des informateurs confidentiels. Dans les affaires Parmar et Atwal, on a suivi la procédure, alors novatrice, donnant à l'accusé accès aux affidavits utilisés pour obtenir l'écoute électronique, et l'on espère que la pratique de l'écoute électronique s'est améliorée et s'est adaptée aux exigences en matière de divulgation. De même, les programmes de protection des témoins sont devenus plus structurés et se sont peut-être améliorés depuis l'échec des procès Parmar et Khela. Ceux-ci ont échoué en partie parce que les informateurs, craignant pour leur sécurité, répugnaient à ce que leur identité soit divulguée à l'accusé. Ces affaires mettent toutefois l'accent sur la probabilité de divulgation et la nécessité de protéger les informateurs lorsque les renseignements servent d'éléments de preuve dans le cadre de poursuites pour terrorisme.

Les procès intentés contre Kevork et Khawaja pour terrorisme ainsi que l'affaire Ribic relative à une prise d'otages illustrent tous un problème d'un type différent. Tous ont été retardés et perturbés par des requêtes distinctes présentées devant la Cour fédérale et visant à protéger la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale. L'article 38 ralentit le processus d'instruction, car il exige que la Cour fédérale rende des décisions relatives à la non-divulgation sans avoir entendu la preuve présentée dans le cadre du procès criminel. Cette exigence impose, à son tour, des contraintes au juge du procès criminel, lequel se trouve dans la position difficile, voire impossible, de savoir si la non-divulgation ou la

divulgateur partielle de renseignements que l'accusé et même le juge du procès n'ont pas vus portera néanmoins préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Dans les affaires Malik et Bagri, on a évité la procédure incommode prévue par l'article 38 uniquement parce que les avocats chevronnés des deux parties ont pu s'entendre pour adopter une approche novatrice selon laquelle la défense pouvait prendre connaissance des renseignements du SCRS à la condition de ne pas les divulguer à son client.

On dispose de deux grandes stratégies pour relever les défis que pose la nécessité de divulguer des renseignements secrets dans les poursuites pénales. L'une est une stratégie de première ligne qui consiste à modifier la nature de certaines formes de renseignement pour pouvoir les produire dans les poursuites criminelles. Par exemple, dans un grand nombre de cas, le renseignement que la police reçoit des services secrets étrangers et canadiens comporte des conditions qui limitent leur utilisation dans des poursuites ultérieures. Dernièrement, la Commission Arar a confirmé que ces conditions sont importantes et qu'il faut s'assurer que le renseignement est exact et fiable. S'il y a lieu, les conditions peuvent toutefois être modifiées pour faciliter les poursuites pour terrorisme. Dans certains cas, des services de renseignement, comme le MI5, recueillent délibérément des éléments de preuve en respectant les normes établies à cet égard en prévision de la possibilité que leurs agents soient tenus d'en présenter à la poursuite, voire de témoigner. Les affaires Malik et Bagri révèlent toutefois que les agents du SCRS, du moins à l'époque, n'ont pas recueilli ni gardé les résultats de leurs enquêtes sur le terrorisme selon les normes de preuve établies ou en vue du procès. Même si, du fait de l'acquittement, il n'a pas été nécessaire d'accorder réparation, le juge du procès a établi que l'omission par le SCRS de conserver des informations pertinentes a porté atteinte aux droits de Malik et Bagri au sens de garantis par l'article 7 de la Charte. Dans le cadre d'enquêtes sur le terrorisme, le SCRS et d'autres services de renseignement devraient constamment envisager l'éventualité d'un procès ultérieur et l'effet que celui-ci pourrait avoir sur le renseignement. Dans la mesure du possible, ils devraient recueillir et conserver les informations en respectant les normes de preuve et envisager la possibilité que des sources humaines et des informateurs soient tenus de témoigner. Il sera toutefois impossible de respecter les normes établies dans tous les cas, et les services de renseignement de sécurité doivent respecter le mandat que leur confère la loi qui est non pas de rassembler des éléments de preuve, mais bien de fournir au gouvernement des informations secrètes sur d'éventuelles menaces.

De plus, ils doivent respecter les restrictions relatives à l'utilisation des renseignements fournis par les services étrangers.

Une autre stratégie de première ligne consisterait à se servir davantage des autorisations judiciaires de surveillance électronique, prévues par le Code criminel, dans le cadre d'enquêtes sur le terrorisme, lorsqu'on s'attend à des poursuites. De telles autorisations permettraient d'éviter l'épineuse question visant à déterminer si la surveillance électronique effectuée par le SCRS, le CSE ou d'autres services étrangers du renseignement serait recevable en preuve dans un procès criminel instruit au Canada. Ces autorisations comportent leur lot de complications, car il faut divulguer la plupart des informations pour obtenir un tel mandat, mais, au moins, les règles relatives à la divulgation et à la recevabilité sont plus claires que celles qui s'appliquent au renseignement de sécurité. Cela dit, dans les affaires qui s'y prêtent, l'État devrait continuer à plaider, comme il l'a fait dans l'affaire Atwal, en faveur de la recevabilité, dans les procès criminels, du renseignement de sécurité intercepté. Ces arguments auront de meilleures chances d'être convaincants si le renseignement a été recueilli conformément au mandat conféré par la loi en cette matière, et si l'on n'a pas franchi le pas qui sépare la collecte de renseignement de la fonction d'exécution de la loi. Même si les autorisations judiciaires prévues par le Code criminel peuvent se révéler utiles dans certains cas, les services du renseignement demeurent investis d'un mandat légal important, qui consiste à recueillir des informations à l'aide de leurs propres procédures spéciales. Dans les affaires qui s'y prêtent, les interceptions du renseignement de sécurité pourraient être recevables comme moyens de preuve dans le cadre de procès criminels, peut-être au titre du par. 24(2) de la Charte.

Une autre exemple de première ligne vise à permettre davantage la production du renseignement dans des poursuites pénales. Elle consiste à améliorer les programmes de protection des témoins destinés à permettre aux informateurs confidentiels de divulguer leur identité et à témoigner dans le cadre de poursuites criminelles, et, en fait, à les inciter davantage à le faire au besoin. Le procès Parmar n'a pas abouti parce qu'un informateur clé, mis à contribution pour obtenir des renseignements au moyen d'une table d'écoute, a refusé que son identité soit dévoilée. Dans l'affaire Khela, de nombreux problèmes se sont posés après que la police eut apparemment accepté que l'informateur clé ne serait pas tenu de témoigner. Les informateurs ont une foule de bonnes raisons de ne pas témoigner. Pourtant, dans les cas où l'intérêt public le justifie, il faudrait

déployer tous les efforts possibles pour leur permettre de témoigner et les inciter à le faire. On peut difficilement exagérer l'importance du rôle que jouent des programmes judiciaires et efficaces de protection des témoins dans la gestion de la relation qui existe entre les éléments de preuve et le renseignement⁵³⁸.

Il faudrait consacrer plus d'efforts et de créativité aux stratégies de première ligne destinées à gérer la relation entre les renseignements et les éléments de preuve. Il ne suffit pas que les services du renseignement de sécurité, qui se concentrent de plus en plus, et d'ailleurs pertinemment, sur le contre-terrorisme, rabâchent les vieux mantras selon lesquels leur rôle ne consiste pas à recueillir des éléments de preuve. Les discours passe-partout sur le secret ou l'effet mosaïque, le respect aveugle de la règle des tiers et la situation du Canada en tant qu'importateur net de renseignements, sont inutiles à une époque où la plupart des services du renseignement de sécurité se consacrent au contre-terrorisme. Durant la guerre froide, quand les espions étrangers faisaient peser la plus lourde menace sur la sécurité nationale, il était peut-être opportun d'envisager le secret dans une optique réflexive et mécanique. Cela ne suffit pas dès lors que la perpétration d'actes terroristes violents constitue la pire menace pour la sécurité nationale.

En même temps, les services du renseignement de sécurité doivent déployer plus d'efforts pour faire part des besoins légitimes de protéger le secret. Se contenter d'expressions vagues, comme préjudice à la sécurité nationale ou aux relations internationales, risque d'être inutile. Il y a peut-être lieu d'articuler plus rigoureusement et plus précisément les préjudices particuliers de la divulgation, notamment les menaces pour la sécurité des informateurs, des agents secrets et des enquêtes en cours, ainsi que les promesses faites aux alliés en matière de non-divulgation.

Même s'il faut élaborer des stratégies de première ligne en vue d'accroître la production du renseignement dans les poursuites pénales, il est également nécessaire de concevoir des stratégies de deuxième ligne pouvant empêcher la divulgation d'informations qui, si elles étaient divulguées, causeraient un préjudice grave, tout en respectant également

⁵³⁸ Le dernier rapport annuel sur le programme fédéral de protection des témoins, géré par la GRC, indique que 1,9 million de dollars ont été versés au programme et que, même si 53 personnes y participaient, 15 témoins ont refusé d'y adhérer, 21 l'ont quitté de leur plein gré, et 7 en ont été involontairement radiés. *Loi sur le programme de protection des témoins* – Rapport annuel 2005-2006, à : <http://securitepublique.gc.ca/abt/dpr/le/wppa2005-6-en.asp>

le droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Pour réaliser ces réformes de deuxième ligne, on dispose de deux grandes stratégies.

La première vise à délimiter précisément la portée des obligations légitimes de divulgation qui incombent au ministère public. Plusieurs poursuites pour terrorisme qui sont examinées dans la présente étude, notamment les affaires Kevork, Parmar et Khela, ont été intentées avant que la Cour suprême ait rendu l'arrêt décisif *Stinchcombe*. Conformément à cette décision, il faut divulguer les informations pertinentes pour respecter la Charte. Même s'il existait, avant l'affaire *Stinchcombe*, des normes de divulgation en common law, il faut préciser le plus possible la portée des exigences en matière de divulgation. Certains éclaircissements ont été apportés par les modifications régissant l'ouverture du paquet scellé, aux termes de la Partie VI du Code criminel, mais il reste beaucoup de travail à faire. Dans l'étude sur la collaboration entre la GRC et le SCRS qu'il a publiée à la fin des années 1990, le CSARS fait part de l'impression selon laquelle toute information que le SCRS a communiquée à la GRC serait assujettie aux exigences de divulgation énoncées dans l'affaire *Stinchcombe*. Il va sans dire que l'affaire *Stinchcombe* a énoncé d'importantes obligations, il faut toutefois noter que ces obligations ne sont pas illimitées. Le ministère public ne doit divulguer que les renseignements relatifs aux questions soulevées dans la poursuite. Les informations confidentielles, notamment celles protégées par le privilège relatif aux indicateurs de police, ne sont généralement pas assujetties aux exigences de divulgation. La divulgation peut être retardée pour des motifs légitimes en rapport avec la sécurité des témoins et des sources. Enfin, les tribunaux ont établi une distinction entre les atteintes au droit à la divulgation et celles, plus graves, du droit à une défense pleine et entière.

Il faut mieux comprendre et codifier les principes de divulgation, du moins en ce qui a trait à leur incidence sur les enquêtes relatives à la sécurité nationale. Compte tenu de la série d'infractions liées au terrorisme et de l'importance de disposer de règles universelles visant toutes les infractions, il est peut-être judicieux de codifier des principes de divulgation applicables à toutes les poursuites. Même si l'arrêt *Stinchcombe* remonte à plus de quinze ans, la Cour s'attendait déjà à l'époque que l'on codifie quelque peu les détails de la divulgation. Renforcer la certitude concernant la portée des exigences de divulgation et les raisons légitimes justifiant la non-divulgation des renseignements faciliterait le déroulement des poursuites pour terrorisme. La comparaison

avec l'expérience du Royaume-Uni, en particulier, donne à entendre qu'il peut être très profitable de codifier les obligations en matière de divulgation. Les tribunaux britanniques ont établi en common law des normes générales de divulgation, en partie parce qu'ils ont reconnu que l'omission de divulguer entièrement l'information pertinente s'était soldée par des erreurs judiciaires dans plusieurs poursuites pour terrorisme. Le législateur a néanmoins précisé ultérieurement les exigences de divulgation, et la Couronne doit maintenant divulguer les informations secrètes dans les poursuites pour terrorisme à moins que ces informations n'ébranlent ses arguments ou ne renforcent ceux de l'accusé. Il n'est pas nécessaire de divulguer des informations inutilisées, mais compromettantes.

La seconde stratégie de deuxième ligne, qui sert à gérer la relation entre les renseignements et les éléments de preuve, vise à améliorer la qualité, l'efficacité et l'impartialité du processus par lequel l'État plaide qu'il n'est pas nécessaire de divulguer des éléments de preuve, ou que ceux-ci peuvent être divulgués sous une forme différente qui concilie l'intérêt que l'État porte à la protection du secret avec les droits de l'accusé. Les tentatives en vue de codifier des normes de divulgation dans la foulée de l'affaire Stinchcombe risquent de susciter des contestations fondées sur la Charte et de multiplier les contestations émanant de l'accusé qui portent sur la divulgation. Cette situation risque de ralentir les poursuites pour terrorisme. Elle comporte également le danger que le ministère public ne sous-estime la restriction à l'obligation de divulgation et ne dévoile pas des informations qui devraient être divulguées pour garantir que l'accusé a droit à une défense pleine et entière.

On pourrait réduire l'ampleur des différends relatifs à la divulgation en améliorant l'efficacité du processus d'interdiction totale ou partielle de la divulgation pour des raisons de sécurité nationale. On peut adopter plusieurs démarches pour atteindre cet objectif, notamment restreindre la portée de l'art. 38 qui oblige les participants au système de justice pénale à faire appel aux processus prévus par cet article. Ceux-ci couvrent un large éventail de renseignements, pour lesquels le gouvernement prend des mesures de protection même s'ils ne sont pas susceptibles de porter réellement préjudice à l'intérêt public. Une autre démarche tenterait de préciser les préjudices particuliers que la divulgation porterait à l'intérêt public. À l'heure actuelle, l'article 38.06 exige uniquement que les renseignements soient potentiellement

préjudiciables aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Des définitions plus précises des préjudices que causerait la divulgation pourraient clarifier le processus et répondre aux préoccupations dont la Commission Arar et certains juges ont fait part, selon lesquelles le gouvernement a invoqué l'art. 38 dans des situations où le préjudice potentiel de la divulgation n'a pas été établi. De plus, il faudrait se pencher sur le besoin de reconnaître que les mises en garde relatives à la divulgation n'entravent pas complètement le processus et que le gouvernement devrait prendre des mesures de bonne foi pour obtenir l'autorisation de divulgation du bureau d'où vient l'information. Il faudrait admettre que les préoccupations au sujet de l'effet mosaïque remontent à l'époque de la guerre froide et risquent d'être sans objet dans le cadre de poursuites intentées contre des acteurs non étatiques à l'organisation souple, comme les terroristes. Enfin, on pourrait aussi préciser quels préjudices résulteraient de la non-divulgation, surtout en ce qui a trait au droit à une défense pleine et entière. Il faut aussi réfléchir aux effets cumulatifs qu'aurait la non-divulgation sur l'aptitude de l'accusé à saper l'argumentation du ministère public et à présenter des moyens de défense, ainsi que sur l'impartialité du processus.

Même si l'on peut s'opposer à la divulgation pour des raisons d'intérêt public, en vertu de l'art. 37 de la LPC, devant les juges d'un procès dont est saisie une cour supérieure, les arguments liés aux relations internationales ou de la défense ou de la sécurité nationales ne peuvent être présentés qu'à la Cour fédérale, aux termes de l'art. 38 de la LPC. Les juges qui président un procès criminel doivent respecter les ordonnances de divulgation rendues par la Cour fédérale, tout en conservant également le droit de prescrire tout redressement nécessaire, notamment la suspension des poursuites judiciaires, afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Les affaires Kevork et Ribic, examinées plus haut, soulignent les problèmes que pose dans ces cas la procédure canadienne qui saisit deux tribunaux. Bien que le juge du procès dans l'affaire Kevork, où le prévenu était accusé de terrorisme, ait en fin de compte estimé qu'un procès équitable était possible après que la Cour fédérale a refusé d'ordonner la divulgation de renseignements du SCRS, il a exprimé une grande inquiétude au sujet de la procédure en deux temps. Dans les affaires Malik et Bagri, des documents du SCRS ont été divulgués à l'accusé, mais uniquement à la condition novatrice selon laquelle le représentant s'engageait à ne pas divulguer les renseignements à son client et qu'ils ne seraient pas produits jusqu'à ce que les parties parviennent à s'entendre ou que le tribunal ordonne la divulgation. À défaut de cet engagement,

les procès Malik et Bagri auraient probablement été fragmentés et retardés par la procédure, engagée devant la Cour fédérale, en vue de protéger la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale. L'affaire Ribic montre qu'un procès criminel peut se dérouler de cette façon, mais uniquement après que l'on a déclaré que le procès était nul du fait que les délibérations devant la Cour fédérale s'étaient déroulées après la constitution d'un jury et au terme d'une instruction ayant pris six ans, ce qui ne peut pas servir de modèle d'appareil judiciaire efficace.

L'article 38 a été modifié en 2001 pour disposer qu'il faut signifier avant le procès un avis d'intention de produire des renseignements classifiés. En dépit de tous les efforts déployés, des problèmes de divulgation peuvent toujours surgir plus tard, lors d'un procès criminel. Le juge du procès peut hésiter à refuser à l'accusé d'avoir accès aux éléments de preuve ou de pouvoir produire ceux qui sont nécessaires pour lui garantir une défense pleine et entière. Le scénario de l'affaire Ribic pourrait se répéter. Si cela se produisait, on invoquerait l'art. 38 au beau milieu d'un procès pour terrorisme, probablement à la suite des efforts de l'accusé en vue de faire produire des renseignements classifiés ou des retards causés par le processus de divulgation. Les personnes accusées de terrorisme peuvent faire valoir leur droit à un procès avec jury et ont également droit à un procès dans un délai raisonnable. Le débat au sujet des demandes de confidentialité pour cause de sécurité nationale, présentées devant la Cour fédérale, avant ou pendant un procès criminel risque de compromettre la viabilité des poursuites pour terrorisme. Dans l'affaire Khawaja, les retards suscitent des préoccupations, surtout comparativement à la durée du procès des coconspirateurs présumés qui s'est déroulé en Grande-Bretagne.

Même si le traitement expéditif prévu à l'art. 38 permet d'éviter quelque peu les problèmes causés par les retards, le processus en deux temps place les juges, tant ceux de la Cour fédérale que ceux qui président un procès pour terrorisme, dans une position difficile, et pratiquement impossible. Le juge de la Cour fédérale doit tenter de déterminer l'importance des renseignements non divulgués à l'accusé lorsque le défenseur de celui-ci ne les a pas vus, et avant le procès, à un moment où l'on ne distingue pas très clairement les questions qui seront soulevées lors du procès et du contre-interrogatoire. La possibilité pour la défense de présenter des arguments au juge de la Cour fédérale ex parte ne peut pas compenser le fait que la défense n'a pas vu les éléments de preuve non divulgués et que la preuve n'a pas encore été produite au procès. Même la possibilité de désigner un *amicus curiæ* possédant l'habilitation sécuritaire requise pour contester

les arguments du gouvernement en faveur de la non-divulgation ne peut pas garantir que tous les renseignements qui devraient être divulgués le seront. Le défenseur risque de ne jamais connaître aussi bien le dossier et les moyens de défense possibles de l'accusé que le propre défenseur de ce dernier, surtout s'il n'est pas autorisé à consulter l'accusé après avoir vu les renseignements secrets pour lesquels l'État cherche à obtenir une ordonnance de confidentialité. Une meilleure démarche permettant de concilier l'équité avec le secret consisterait à donner au propre défenseur de l'accusé la possibilité d'obtenir une habilitation sécuritaire et de voir les renseignements, peut-être après s'être engagé à ne pas divulguer cette information à l'accusé. L'un ou l'autre processus ralentirait l'instance. Même si le juge de la Cour fédérale pouvait bénéficier des débats contradictoires à propos de la requête de non-divulgation, il serait encore tenu de rendre les décisions définitives relatives à la non-divulgation et à la divulgation partielle, tout en ignorant comment le procès criminel se déroulera. Les juges qui rendent des décisions semblables en matière de non-divulgation en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis peuvent tous se consoler en sachant qu'ils peuvent réexaminer leurs propres décisions à cet égard, à la lumière des nouveaux éléments de preuve produits et des questions soulevées au cours du procès.

Le juge du procès criminel se trouve dans une position tout aussi épineuse dans le cadre de la structure particulière en deux temps, qui est prévue à l'art. 38 de la LPC. Il doit déterminer si un procès équitable est possible sans la divulgation de renseignements que l'accusé et son défenseur et, probablement aussi, les participants à l'instance, n'ont pas vus, ou bien déterminer un redressement, notamment la suspension des poursuites, pour non-divulgation des renseignements. Le dédoublement de la procédure, propre au Canada, comporte le risque, tant pour la Cour fédérale que pour le juge de première instance, de rendre des décisions qui déterminent prématurément que la divulgation n'est pas nécessaire, ou bien qui sanctionnent prématurément la poursuite pour avoir négligé de divulguer des renseignements dont la divulgation n'était pas nécessaire pour l'équité de la procédure. En bref, cette dualité a pour effet de ralentir les instances et de faire échouer les poursuites pour terrorisme.

La dernière partie de la présente étude révèle qu'aucun des principaux pays comparés au Canada n'utilise une structure en deux temps pour régler les demandes de confidentialité pour cause de sécurité nationale. L'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis permettent tous au juge du procès de déterminer si des renseignements sensibles peuvent ne pas être divulgués sans porter préjudice aux droits de l'accusé. Cette

démarche est intéressante parce qu'elle permet aux juges du procès de rendre des ordonnances de confidentialité en sachant qu'ils peuvent les réviser si le droit de l'accusé à un procès équitable l'exige, à mesure que le procès évolue. L'Australie et les États-Unis offrent également aux défenseurs l'option d'obtenir des habilitations sécuritaires et d'examiner les renseignements sensibles qui peuvent être pertinents et n'ont pas été divulgués. Cette option est séduisante parce qu'elle donne à des défenseurs et procureurs chevronnés et responsables l'occasion de convenir, comme lors des procès Malik et Bagri, que les renseignements non divulgués ne sont pas pertinents dans le cadre d'un procès criminel. Elle évite aussi certains des problèmes pouvant découler de l'intervention de défenseurs spéciaux, ou *amicus curiæ*, qui risquent de ne pas connaître le dossier aussi bien que les défenseurs de l'accusé et de s'apercevoir que leur capacité de consulter ce dernier est limitée, car ils ont vu les renseignements sensibles.

À mon avis, il faut réformer de toute urgence le processus de demande de non-divulgaration pour cause de sécurité nationale. La plupart des poursuites pour terrorisme qui ont eu lieu au Canada comportaient des informations fournies par des services canadiens et étrangers du renseignement de sécurité, et cette tendance devrait s'accroître compte tenu de la nature du terrorisme international. Même si certaines réformes de première ligne peuvent inciter davantage les services du renseignement à ne pas invoquer le secret, certaines demandes de non-divulgaration seront nécessaires pour protéger les méthodes et les sources nationales et internationales et faire respecter les restrictions ou conditions relatives à la divulgation ultérieure de renseignements qui, selon le service source, doivent être observées même après que le Canada lui a demandé l'autorisation de divulgation.

Bien que la codification des exigences de divulgation puisse présenter certains avantages, en particulier dans le cas de renseignements qui ne doivent manifestement pas être divulgués, la formulation de normes restrictives risque de poser des défis au titre de la Charte et d'attiser le débat sur l'opportunité de la divulgation. Au risque de se tromper, il vaudrait mieux opter pour la divulgation dans tous les cas, tout en améliorant ensuite l'efficacité du processus par lequel le gouvernement peut tenter d'obtenir des ordonnances en vue d'interdire la divulgation dans des cas particuliers. Le protocole d'entente conclu en 2006 entre la GRC et le SCRS prévoit précisément le recours à la procédure incommode

prévue à l'art. 38 de la LPC afin de protéger les renseignements du SCRS. Malheureusement, le processus utilisé actuellement pour obtenir les ordonnances de confidentialité prévu à l'art. 38 de la LPC est lourd et trop vague. Il peut compromettre la viabilité des poursuites pour terrorisme en donnant lieu à des retards, à des appels avant le procès et à des ordonnances de confidentialité rendues par la Cour fédérale qui peuvent obliger un tribunal à suspendre les poursuites. Les parties aux procès Malik et Bagri ont pris des mesures extraordinaires et novatrices pour éviter les problèmes liés à l'application de l'art. 38 qui auraient retardé et scindé le procès criminel. Si ces mesures n'avaient pas été prises, la procédure prévue à l'art. 38 aurait retardé les poursuites dans l'affaire Air India, laquelle se serait peut-être soldée par la suspension des poursuites plutôt que par une décision sur le fond.

L'art. 38 de la LPC est trop vague car il s'applique, du moins initialement, à des renseignements que le gouvernement essaie de protéger même si leur divulgation n'est pas susceptible de porter préjudice. Il est prouvé que le gouvernement a invoqué l'art. 38 dans des cas où il était impossible de déterminer si la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Il faudrait préciser dans l'art. 38 de la LPC quels préjudices particuliers résulteraient de la divulgation et de la non-divulgation. Ces réformes pourraient reconnaître l'importance de la protection des sources et des informateurs, et celle du processus par lequel le Canada peut chercher à obtenir auprès de ses alliés l'autorisation de divulguer des renseignements. Il faudrait également reconnaître que la non-divulgation des renseignements requis pour garantir une défense pleine et entière compromettra la viabilité des poursuites pour terrorisme.

L'article 38 de la LPC est lourd parce que le Canada utilise une structure particulière qui saisit deux tribunaux pour régler les demandes de confidentialité pour cause de sécurité nationale. Cette structure permet de débattre de l'opportunité de la divulgation d'abord devant la Cour fédérale, avec la possibilité d'appels avant le procès, puis elle autorise le réexamen partiel de ces questions devant le juge du procès. Comme on l'a vu plus haut, la Cour fédérale et le juge du procès se trouvent dans une situation embarrassante, car la première n'a pas suivi l'évolution du procès et le second n'a pas vu les renseignements secrets qui font l'objet du litige.

On pourrait emprunter deux démarches pour réformer l'approche canadienne en deux temps. Il serait possible d'investir la Cour fédérale

de la compétence à l'égard de toutes les poursuites pour terrorisme. Cette approche exigerait toutefois que l'on attribue à la Cour fédérale la compétence de siéger avec un jury, sinon elle pourrait susciter des contestations en vertu de l'al. 11f) de la Charte. Elle risque également d'être contestée aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867 pour empiètement sur le domaine de compétence appartenant aux cours supérieures provinciales, prévu à l'art. 96. La portée des pouvoirs de la Cour fédérale prévus à l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 pourrait également poser un problème. Cette approche obligerait aussi la Cour fédérale à acquérir une expertise dans le domaine du droit pénal. Même si tous ces changements étaient apportés, cette approche susciterait également des préoccupations au sujet des tribunaux spéciaux pour les terroristes, comme cela s'est d'ailleurs produit dans le cas des tribunaux de Diplock, en Irlande du Nord, et des tribunaux spéciaux en Irlande. L'un des avantages que présentent les poursuites pour terrorisme est qu'elles permettent de dénoncer les actes terroristes violents comme crimes et de condamner les terroristes en tant que criminels. À ce niveau, au moins, le terrorisme ne devrait pas être élevé à l'échelle d'un problème politique pour l'État, qui exigerait des solutions particulières, comme la création de tribunaux spéciaux.

A mon avis, une meilleure démarche consisterait à accorder à des juges désignés de la cour supérieure provinciale le pouvoir de se prononcer sur les demandes de confidentialité pour cause de sécurité nationale, conformément à l'art. 38 de la LPC. Ces juges peuvent déjà, en vertu de l'art. 37, rendre des décisions sur les demandes de non-divulgence pour des raisons d'intérêt public. Cette démarche serait conforme aux approches adoptées en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis, qui permettent toutes au juge du procès de se prononcer sur les demandes de confidentialité pour des raisons de sécurité nationale ou d'intérêt public. Il faudrait prendre des mesures pour garantir que les juges de la cour supérieure, assimilés aux fins de l'art. 38 de la LPC à des juges de la Cour fédérale, disposeront des installations et de la formation adéquates pour la conservation des renseignements classifiés et acquerront une expertise en matière de confidentialité pour cause d'intérêt national. L'approche du tribunal unique permettrait aux juges du procès de gérer tous les aspects liés à la divulgation que comportent les poursuites complexes pour terrorisme. Elle éviterait de séparer artificiellement les questions visées par l'art. 38, qui doivent être tranchées par la Cour fédérale, des autres questions portant sur la divulgation, notamment celles visées par l'art. 37 de la LPC, que le juge du procès doit régler. Elle mettrait également un

terme au chevauchement des instances qui peut résulter de l'obligation de faire trancher les différends et les appels préliminaires conformément à l'art. 38, pour voir peut-être resurgir les mêmes problèmes lorsque le ministère public invoque l'art. 37 ainsi que les privilèges conférés par la common law afin d'empêcher la divulgation des renseignements, et quand l'accusé exige que le juge du procès rende l'ordonnance prévue à l'art. 38.14. Cette approche du tribunal unique pourrait contribuer à bâtir une assise institutionnelle viable pour gérer les relations complexes et dynamiques existant entre le renseignement, les informations secrètes et les éléments de preuve qui doivent être divulgués à l'accusé.

Une autre réforme consisterait à abroger l'art. 38.09 de la LPC qui permet d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel fédérale des décisions portant sur la protection de la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale, avec possibilité, 4n vertu de l'art. 38.1, d'aller jusque devant la Cour suprême du Canada. En général, la procédure au criminel évite les appels interlocutoires de crainte de fragmenter et de retarder les procès criminels. L'accusé resterait évidemment en mesure d'en appeler d'une ordonnance de non-divulgation ou de divulgation partielle dans le cadre de l'appel de sa condamnation. Le ministère public perdrait son droit d'interjeter appel d'une ordonnance autorisant la divulgation, qu'il exerce d'ailleurs à présent dans le cadre du procès Khawaja, mais il garderait son droit de délivrer un certificat interdisant la divulgation aux termes de l'art. 38.13 de la LPC ou d'ordonner la suspension des poursuites s'il était d'avis que la divulgation porterait un préjudice grave à l'intérêt public. Si l'on maintenait la possibilité d'interjeter appel, avant le procès, d'une décision rendue en vertu de l'art. 38, il faudrait toutefois penser à fixer un délai de prescription, comme c'est prévu dans les lois américaines comparables, pour l'audition des arguments et, peut-être, la prise de décisions, et ce non seulement pour le pourvoi en appel, comme il est prévu à l'art. 38.09.

Il faudrait également envisager de suivre l'exemple de l'Australie et des États-Unis, lesquels autorisent les avocats de la défense à obtenir des habilitations sécuritaires qui leur permettent d'examiner et d'évaluer les renseignements confidentiels, tout en les empêchant de divulguer ces informations à moins que le tribunal ne les y autorise. Il vaut peut-être mieux adopter cette approche que le modèle britannique qui permet à des défenseurs spéciaux possédant une habilitation sécuritaire de jouer un rôle d'opposition en contestant les demandes de non-divulgation présentées par l'État. Les instances risquent d'être retardées en attendant

que les défenseurs spéciaux ou *amicus curiæ* prennent connaissance du dossier. En outre, ils ne connaîtront jamais aussi bien ce dossier que le propre défenseur de l'accusé. Cette approche est également conforme à la démarche adoptée dans le cadre du procès de Bagri et Malik, lorsque les défendeurs avaient évité que la procédure prévue par l'art. 38 ne fragmente et ne retarde le procès. En l'espèce, on n'avait pas pris la précaution supplémentaire d'obliger les défenseurs à obtenir une habilitation sécuritaire. Cette exigence risque de compliquer quelque peu le choix d'un avocat, et le processus peut prendre du temps, mais ces problèmes ne devraient pas être insurmontables s'il l'on dispose d'un cadre professionnel de défenseurs possédant une habilitation sécuritaire et, idéalement, des installations et des fonds nécessaires pour assurer la défense. On peut aussi plaider en faveur du maximum de souplesse, ce qui offrirait à l'avocat de la défense l'option d'obtenir une habilitation sécuritaire et (ou) de prendre l'engagement, avec le consentement de son client, de voir les renseignements qui ne peuvent pas être divulgués à celui-ci sans avoir obtenu ultérieurement l'autorisation du procureur ou du juge. Les juges garderaient la faculté de nommer des défenseurs spéciaux possédant l'habilitation sécuritaire requise au cas où la défense n'approuverait pas ces mesures.

L'essentiel est d'habiliter le juge du procès à déterminer s'il faut ou non divulguer des renseignements sensibles à l'accusé. Cette approche devrait inciter le procureur à divulguer entièrement les renseignements au juge et à éviter le non-respect de l'obligation de divulgation qui a entraîné la suspension des poursuites dans l'affaire Khela. Il faudrait également habiliter le juge du procès à rendre des décisions relativement à la divulgation et à la protection de la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale sans risquer que les problèmes d'inefficacité et de partialité éventuelle ressortis des procès Kevork et Ribic. Le juge pourrait décider que la divulgation de renseignements secrets n'est pas nécessaire, tout en restant en mesure de réviser cette décision au cours du procès s'il estime, compte tenu de l'évolution du procès, que la non-divulgation porte préjudice au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Ces réformes, combinées aux stratégies de première ligne qui préparent le terrain, dans la mesure du possible, en vue de la divulgation des renseignements et de leur utilisation en tant qu'éléments de preuve, pourraient constituer une assise plus solide pour assurer une gestion pratique des relations complexes et dynamiques qui existent entre le renseignement secret concernant les menaces terroristes, les éléments de preuve et les renseignements qui doivent être divulgués au tribunal et à l'accusé dans le cadre de poursuites pour terrorisme.

M. Kent Roach, professeur de droit ainsi que de criminologie et de science politique, est titulaire de la Chaire Prichard-Wilson en droit et en politique publique de l'Université de Toronto. En 2002, il a été nommé à la Société royale du Canada par ses confrères et consœurs admis au sein de cette organisation. Par le passé, il a été auxiliaire juridique de feu la juge Bertha Wilson, à la Cour suprême du Canada. Rédacteur en chef du *Criminal Law Quarterly* depuis 1998, il a été souvent appelé à comparaître devant la Cour suprême et devant des cours d'appel à titre d'avocat représentant divers intervenants. Mentionnons parmi les neuf œuvres dont il est l'auteur *Constitutional Remedies in Canada*, écrit qui lui a valu le Prix Owen en 1997, décerné pour le meilleur traité de droit canadien, et *Brian Dickson: A Judge's Journey* (en collaboration avec R. J. Sharpe), lauréat du Prix Dafoe en 2004, accordé à l'ouvrage qui contribue le mieux à faire comprendre la réalité canadienne. En outre, deux autres de ses ouvrages ont été présélectionnés pour le Prix Donner, attribué au meilleur traité en matière de politique publique.

Au cours des dernières années, M. Roach s'est intéressé en particulier aux lois et aux politiques visant la lutte contre le terrorisme. Il a été codirecteur de la rédaction de *Global Anti-Terrorism Law and Policy* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005) et du recueil *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto, University of Toronto Press, 2001). Il a par ailleurs signé *September 11: Consequences for Canada* (Montréal, McGill-Queens University Press, 2003) ainsi que de nombreux articles sur les lois antiterroristes, entre autres les exposés présentés lors de l'édition 2002 de la conférence de la Revue de droit de McGill et de l'édition 2005 de la conférence Vicomte-Bennett. Le texte de ces conférences a été publié par la suite dans la Revue de droit de McGill et dans la *Cardozo Law Review*, respectivement. M. Roach a comparu devant des comités du Parlement du Canada, de l'Indonésie et du Congrès des États-Unis chargés de se pencher sur les lois et politiques antiterroristes. Il a aussi fait partie d'un groupe d'experts juristes qui a examiné, pour le compte de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, les dispositions pénales visant à mettre en œuvre la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire.

Les articles de M. Roach sur les lois antiterroristes ont été publiés en Afrique du Sud, en Australie, au Canada, aux États-Unis, en Égypte, à Hong Kong, en Italie, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et à Singapour. Ils ont également été traduits en arabe, en chinois et en russe. M. Roach a donné des conférences sur les lois et politiques antiterroristes à l'Université de

Cape Town, à l'Université de la Nouvelle-Galles du Sud, à l'Université nationale de Singapour, à l'Université d'Oxford et à l'Université Yale. Il était du groupe consultatif de la recherche rattaché à la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, aux côtés de quatre autres personnes, et était directeur de la recherche de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario. Enfin, il était directeur de la recherche (études juridiques) de la Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India.