

**ENQUÊTE INTERNE SUR LES ACTIONS DES
RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À
ABDULLAH ALMALKI, AHMAD ABOU-ELMAATI
ET MUAYYED NUREDDIN**

**OBSERVATIONS DU PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
SUR LA *CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS***

DATE : 25 janvier 2008

John H. Sims
Sous-procureur général du Canada
Ministère de la justice
Direction du contentieux
Édifice Banque du Canada
234, rue Wellington, bureau 1012
10^e étage, Tour Est
Ottawa (Ont.) K1A 0H8

Par Michael Peirce

Tél. : 613-948-9800
Télec. : 613-948-9802
Courriel : mpeirce@justice.gc.ca

**Avocat principal du
procureur général du Canada**

À : Michele Smith
Police provinciale de l'Ontario
Ministère du Procureur général de l'Ontario
Bureau des avocats de la Couronne
8^e étage – 270, rue Bay
Toronto (Ontario) M5G 2K1
Tél. : 416-326-4177
Fax : 416-326-4181
Courriel : Michele.smith@ontario.ca

ET À : Vincent Westwick
Service de police d'Ottawa
C.P. 9634, succursale T
Ottawa (Ontario) K1G 6H5
Tél. : 613-236-1222, poste 5990
Fax : 613-760-8127
Courriel : vwestwick@ottawapolice.ca

ET À : Paul Copeland
Copeland, Duncan
Avocats et conseillers juridiques
31, avenue Prince Arthur
Toronto (Ontario) M5R 1B2
Tél. : 416-964-8126
Fax : 416-960-5456
Courriel : paulcope9@yahoo.com

Jasminka Kalajdzic
Sutts, Strosberg LLP
Avocats
600 – 251, rue Goyeau
Windsor (Ontario) N9A 6V4
Tél. : 519-258-9333
Fax : 519-561-6203
Courriel : jk@strosbergo.com

Avocats d'Abdullah Almalki

ET À : Barbara Jackman
Jackman & Associates
Avocats et conseillers juridiques
569, avenue St. Clair Ouest
Toronto (Ontario) M6C 1A6
Tél. : 416-653-9964
Fax : 416-653-1036
Courriel : barb@bjackman.com

Avocats d'Ahmad Abou-Elmaati

ET À : John Norris
Ruby, Edwardh
Avocats
11 Prince Arthur
Toronto (Ontario) M5R 1B2
Tél. : 416-964-9664
Fax : 416-965-8305
Courriel : john@ruby-edwardh.com

Avocats de Muayyed Nureddin

ET À : Alex Neve
Amnistie Internationale Canada (section anglophone)
312, avenue Laurier Est
Ottawa (Ontario) K1N 1H9
Tél. : 613-744-7667, poste 234
Fax : 613-746-2411
Courriel : aneve@amnesty.ca

ET À : Warren Allmand
Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles
4351, avenue Oxford
Montréal (Québec) J4A 2Y7
Tél. : 514-486-1811
Fax : 514-486-3268
Courriel : wallmand@canada.com

ET À : James Kafieh
Fédération canado-arabe
Conseil canadien en relations islamo-américaines
Canadian Muslim Civil Liberties Association
136, rue Wilson
R.R. n° 3
Almonte (Ontario) K0A 1A0
Tél. : 416-529-6041
Fax : 416-529-5042
Courriel : jameskafieh@hotmail.com

ET À : Robert A. Centa
Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP
Avocats
501 – 250, avenue University
Toronto (Ontario) M5H 3E5
Tél. : 416-646-4314
Fax : 416-646-4334

Courriel : robert.centa@paliarerland.com

ET À : David B. Harris
Canadian Coalition for Democracies
100, rue Frank
Ottawa (Ontario) K2P 0X2
Tél. : 613-233-1220
Fax : 613-233-4464
Courriel : insignissr@sympatico.ca

INTRODUCTION

1. Le terrorisme n'a pas de frontières. La lutte contre le terrorisme, la prévention des activités terroristes ainsi que les enquêtes et poursuites connexes nécessitent une coopération interétatique fondée sur le respect des principes de la souveraineté territoriale des nations, de la courtoisie internationale et de la réciprocité. Conformément à ces principes fondamentaux du droit international, la Cour suprême du Canada a décidé que le Canada ne peut imposer la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*) aux États étrangers, même en ce qui a trait aux actions des responsables canadiens. En respectant ces principes fondamentaux du droit international et en reconnaissant que la *Charte* ne s'applique pas dans ces circonstances, le Canada se conforme pleinement à ses obligations internationales, y compris celles en matière de droits de la personne.

2. Lorsque des citoyens canadiens voyagent à l'étranger, ils n'apportent pas la *Charte* avec eux. Comme la Cour suprême du Canada l'a fait remarquer :

« [une] personne doit s'attendre à être régie par les lois du pays où elle se trouve et dans lequel elle effectue des opérations financières — c'est la décision d'aller à l'étranger ou d'y exercer ses activités qui déclenche l'application du droit étranger : *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 2007, par. 24 et 26; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 23. »

R. c. Hape, 2007 CSC 26, paragraphe 99

3. Dans la même veine, lorsque des responsables canadiens se livrent aux pratiques d'enquête à l'étranger qui sont mentionnées à la question 2 de l'avis d'audience modifié (p. ex. en menant une entrevue auprès d'un Canadien détenu à l'étranger ou en y participant), ils sont régis par les règles de droit de l'État hôte, et non par la *Charte*.

4. De plus, l'échange de renseignements avec un État étranger ne déclenche habituellement pas l'application de la *Charte*; celle-ci ne s'applique pas aux actions des responsables étrangers à cet égard et n'en exige pas un examen.

Schreiber c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 841

5. Bref, compte tenu des commentaires formulés par la Cour suprême du Canada, la *Charte* ne régit pas le déroulement des enquêtes mentionnées dans l’avis d’audience modifié et l’échange de renseignements à l’échelle internationale n’entraîne habituellement pas son application.

6. De plus, la présente enquête interne n’est pas menée par une cour de justice. Le commissaire ne peut tirer de conclusions qui confirmeraient ou sous-entendraient que les actions des responsables canadiens allaient ou n’allaient pas à l’encontre de la *Charte*. Le commissaire doit plutôt se fonder sur le mandat de l’enquête interne, qui consiste à décider si les actions des responsables canadiens comportaient des lacunes ou non.

7. En conséquence, la *Charte* n’établit pas une norme au regard de laquelle le commissaire peut déterminer le caractère suffisant ou insuffisant des actions des responsables canadiens, et ne saurait le faire.

PARTIE UN – LES RESTRICTIONS INHÉRENTES À UNE COMMISSION D’ENQUÊTE

8. Selon le mandat de l’enquête interne, le commissaire a pour tâche de décider si les actions des responsables canadiens ont entraîné, directement ou indirectement, la détention de MM. Almalki, Elmaati ou Nureddin, ou l’infliction de sévices à ceux-ci. Dans l’affirmative, le commissaire doit chercher à savoir si ces actions et la prestation de services consulaires comportaient des lacunes ou non, eu égard aux normes connues à l’époque qui découlaient de la législation régissant chacun des ministères et des organismes en cause, des directives et des politiques ministérielles qui étaient en vigueur pendant la période pertinente, et de la pratique antérieure.

Mandat, sous-alinéas a)(i) à (iii)

9. Le commissaire n’est pas tenu d’appliquer des normes juridiques comme celles qui sont établies par la *Charte* ou énoncées dans les règles de droit relatives à la responsabilité délictuelle. De plus, il est expressément interdit au commissaire, en vertu de son mandat, de formuler des conclusions à l’égard de la responsabilité civile ou criminelle. La règle interdisant aux

commissions d'enquête de tirer des conclusions de cette nature est également bien établie dans la jurisprudence.

10. Comme l'a expliqué le juge Cory, qui a rédigé le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Krever* :

« Une commission d'enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l'égard de dommages. Il s'agit plutôt d'une enquête sur un point, un événement ou une série d'événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d'une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l'enquête. Elles n'ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux. »

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada – Commission Krever), [1997] 3 R.C.S. 440, paragraphe 34

11. L'enquête interne est une enquête d'investigation. Ce n'est pas une enquête sur des considérations de principe dans le cadre de laquelle le commissaire a pour tâche d'évaluer le bien-fondé de politiques ou pratiques existantes. Le commissaire O'Connor a déjà fait cette évaluation au cours de l'enquête Arar. Le gouvernement a accepté les recommandations formulées dans la partie 1 du rapport du commissaire O'Connor et a pris des mesures pour les mettre en œuvre.

PARTIE DEUX – LA CHARTE NE S'APPLIQUE PAS

12. Même si le commissaire était autorisé à appliquer la *Charte* dans le contexte de la présente enquête interne, il n'en demeure pas moins que la *Charte* ne régit pas les enquêtes menées à l'étranger qui sont mentionnées dans l'avis d'audience modifié, ni l'échange de renseignements à l'échelle internationale. En l'absence du consentement de l'État hôte, la *Charte* ne s'applique pas à l'extérieur du Canada dans ces circonstances.

Hape, supra

R. c. Terry, [1996] 2 R.C.S. 207

R. c. Harrer, [1995] 3 R.C.S. 562

Schreiber, supra

13. Cette conclusion est fondée sur le paragraphe 32(1), qui régit l'application de la *Charte* :

« Suivant ce libellé, la *Charte* limite le pouvoir tant législatif qu'exécutif du Canada et de chacune des provinces. Déterminer la portée de la *Charte* soulève deux difficultés. Premièrement, le par. 32(1) précise quels acteurs sont liés par la *Charte*. Le Parlement et le gouvernement fédéral ainsi que les législatures et les gouvernements provinciaux doivent se conformer à ses exigences. Deuxièmement, le par. 32(1) précise les pouvoirs, les fonctions ou les activités de ces organes et de leurs mandataires auxquels s'applique la *Charte*. Les limitations imposées par la Constitution visent « tous les domaines relevant » du Parlement ou des législatures provinciales. »

Hape, supra, paragraphe 32

14. En ce qui concerne la première partie de l'analyse fondée sur le paragraphe 32(1), la Cour suprême du Canada a décidé à maintes reprises que la *Charte* ne s'applique pas aux autorités étrangères. Elle s'applique uniquement au Parlement et au gouvernement fédéral (ou aux législatures et gouvernements provinciaux).

15. En ce qui a trait à la seconde partie de l'analyse, la Cour suprême du Canada a récemment conclu que « l'enquête criminelle menée en territoire étranger ne saurait appartenir à un domaine relevant du Parlement ou des législatures provinciales, car ceux-ci n'ont pas le pouvoir d'autoriser l'application de la loi à l'étranger ». La Cour a ensuite conclu qu'en l'absence de ce pouvoir, la *Charte* ne peut s'appliquer.

Hape, supra, paragraphes 94 et 104

16. Comme le souligne le juge Lebel, qui s'exprimait pour la majorité dans *Hape*, « [c]omme il n'est pas possible de faire respecter la *Charte* à l'étranger, et que cela est nécessaire pour qu'elle s'applique, l'application extraterritoriale de la *Charte* est impossible ».

Hape, supra, paragraphe 85

17. La conclusion de la Cour suprême du Canada selon laquelle la *Charte* ne s'applique pas au déroulement d'une enquête criminelle dans le territoire d'un autre État doit nécessairement

couvrir implicitement les pratiques d'enquête mentionnées dans l'avis d'audience modifié, lorsqu'elles sont poursuivies à l'étranger.

Application de la *Charte* concernant la conduite des responsables canadiens relativement à l'échange d'information à l'échelle internationale ou à des activités d'enquête à l'étranger

18. La *Charte* n'interdit pas aux responsables canadiens de prendre part à des enquêtes internationales lorsqu'il pourrait être question des droits conférés par celle-ci. Dans l'affaire *Schreiber*, le juge L'Heureux-Dubé a indiqué, au nom de la majorité, ce qui suit :

« Concrètement, la réalité des enquêtes et poursuites criminelles internationales exige que les États coopèrent entre eux. Le fait que le gouvernement du Canada puisse prendre part à des enquêtes et poursuites internationales, susceptibles d'avoir des répercussions sur des droits et libertés individuels tels ceux énumérés dans la *Charte* , ne signifie pas à lui seul que celle-ci entre en jeu. »

Schreiber, supra, paragraphe 29

19. Bien que la *Charte* s'applique à la conduite des responsables canadiens au Canada, elle ne s'applique qu'aux actions commises au pays, sans qu'un lien ne soit établi avec d'autres actions commises à l'étranger, lesquelles doivent être régies non par la *Charte*, mais par les lois de l'État concerné.

20. Dans *Schreiber*, par exemple, la majorité a établi une distinction claire entre l'envoi d'une lettre de demande, une action commise au Canada, ainsi que la fouille et la saisie exécutées en Suisse. Voici les explications de la majorité :

« En l'espèce, l'envoi de la lettre de demande est la seule mesure pertinente, autorisée et prise par le gouvernement du Canada, et donc la seule mesure qui puisse être examinée pour déterminer si elle a eu quelque incidence sur les droits garantis à l'intimé par la *Charte* .

En elle-même, la lettre de demande ne fait pas entrer en jeu l'art. 8 de la *Charte*. Toutes les mesures de contrainte étatique portant atteinte à la vie privée de l'intimé ont été prises en Suisse, par les autorités de ce pays. Ni les actions des autorités suisses ni les lois autorisant ces actions ne sont susceptibles d'examen en vertu de la *Charte*; voir *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, à la p. 217. »

Schreiber, supra, paragraphes 29 et 31

21. Au nom de la majorité, le juge L'Heureux-Dubé a ajouté :

« Je souligne que le fait d'établir une distinction entre les mesures des autorités canadiennes qui ne faisaient pas intervenir la *Charte*, d'une part, et celles des autorités suisses qui auraient déclenché son application si elles avaient été prises par les autorités canadiennes, d'autre part, est compatible avec la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la participation du Canada à des enquêtes et poursuites criminelles internationales; voir, par ex., *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, aux pp. 518 et 519; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 547; *Kindler c. Canada* (Ministre de la Justice), [1991] 2 R.C.S. 779, motifs du juge La Forest à la p. 831, et motifs du juge McLachlin à la p. 846. »

Schreiber, supra, paragraphe 34

22. Donc, les actions des responsables canadiens prenant part à des activités d'échange d'information à l'échelle internationale, notamment demander des informations à un État étranger, ne font pas intervenir la *Charte*, pas plus que le fait de recevoir de l'information au Canada qui découle d'un interrogatoire carcéral mené à l'étranger.

Schreiber, supra, paragraphe 39

Terry, supra, paragraphe 19

Harrer, supra, paragraphe 11

Limites concernant l'application extraterritoriale de la *Charte* et du Droit international des droits de la personne

23. Selon une remarque incidente faite dans *Hape*, la majorité a indiqué que dans certaines circonstances, le principe de droit international qu'est la courtoisie, qui généralement interdit l'application des normes canadiennes dans un pays étranger, peut donner lieu à des conflits en ce qui concerne les obligations internationales au chapitre des droits humains. Comme l'a indiqué le juge Lebel :

« Qui plus est, on peut soutenir que la courtoisie ne saurait justifier les autorités canadiennes de participer à des activités contraires aux obligations internationales du Canada. En règle générale, un policier canadien peut prendre part à une enquête à l'étranger, mais il doit alors se soumettre aux lois de l'État d'accueil. [...] Or le principe de courtoisie peut cesser de justifier la participation d'un policier canadien à une activité d'enquête permise par le droit étranger lorsque cette participation emporterait le manquement du Canada à ses obligations internationales en matière de droits de la personne. »

On ignore ce que ce raisonnement pourrait signifier dans la pratique. Il n'est pas étonnant que la majorité ait indiqué que cette question pourrait être étudiée dans un cas ultérieur.

Hape, supra, paragraphe 10

24. Deux choses sont très claires. Premièrement, un argument possible exposé dans une remarque incidente en 2007 ne peut constituer la base sur laquelle cette enquête interne pourrait raisonnablement et impartialement se fonder pour déterminer si les actions des responsables canadiens en 2001-2004 étaient suffisantes ou non. Comme l'a indiqué le juge O'Keefe dans l'affaire *Stevens* : « il est injuste d'élaborer une norme après la conduite reprochée ».

Stevens c. Canada (procureur général), [2004] A.C.F. No 2116 (D.T.), paragraphe 42

25. Deuxièmement, bien qu'il puisse s'agir d'un nouveau volet de droit international, aucune obligation internationale en matière de droits humains ne régissait directement la conduite des responsables canadiens en 2001-2004 dont il est question dans la version modifiée de l'avis d'audience. Par exemple, bien que l'esprit général de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dictent clairement la conduite des responsables canadiens, ni l'un ni l'autre ne crée des obligations légales concernant l'échange d'information, l'échange de questions avec des autorités étrangères ou la conduite d'un interrogatoire carcéral, sauf s'il y a allégation d'abus durant cet interrogatoire.

26. Le gouvernement du Canada est d'avis que les obligations canadiennes au chapitre des droits humains s'appliquent aux personnes qui se trouvent sur son territoire ou qui sont assujetties à sa compétence. Conformément au raisonnement de la Cour suprême du Canada concernant les limites quant à l'application extraterritoriale de la *Charte*, les obligations du Canada aux termes de la Convention et du Pacte ne s'étendent pas aux pays étrangers qui ne sont pas de son ressort. Par conséquent, même si la remarque incidente faite dans *Hape* couvrirait en quelque sorte la période 2001-2004, il ne crée pas une norme selon laquelle cette enquête interne pourrait adéquatement juger les actions des responsables canadiens, car aucune norme du genre n'existait au chapitre du droit international durant la période visée.

27. Le fait qu'aucune obligation internationale en matière de droits humains ne régissait directement l'échange d'information et les pratiques d'enquête mentionnées dans la version modifiée de l'avis d'audience en 2001-2004 ne devrait pas être interprété comme si le Canada avait fait abstraction de quelque façon de ses obligations internationales en matière de droits humains ou omis de considérer pleinement l'esprit de ces obligations. Le risque que des citoyens canadiens soient maltraités ou torturés lorsque détenus à l'étranger était, et est encore, un élément important pour ce qui est de déterminer s'il convient de prendre part à certaines activités d'enquête.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Date : le 25 janvier 2008

[Original signé par Michael Pierce]