



Le 31 mai 2007

DÉCISION SUR LE MANDAT ET LA PROCÉDURE

I. INTRODUCTION

[1] Par voie d'avis d'audience supplémentaire daté le 27 mars 2007, j'ai prévu une audience publique le 17 avril 2007 afin de recevoir les observations des personnes autorisées à participer à l'enquête au sujet de la procédure et des méthodes utilisées dans l'enquête.

[2] Plus spécialement, l'avis demandait les observations au sujet des questions suivantes découlant du mandat de l'enquête :

1. Quel est le sens de l'expression « sévices quelconques » figurant au point a)(iii) du mandat?
2. Pour déterminer les questions que le point a) du mandat charge le commissaire d'établir, est-il nécessaire que le commissaire détermine dans quelle mesure M. Almalki, M. Elmaati et M. Nureddin ont été torturés en Syrie et en Égypte?
3. Quel est le sens du volet du point d) du mandat exigeant, sous réserve du point e), que le commissaire prenne toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'enquête se déroule en privé? En particulier, qui devrait être autorisé à assister à une audience se déroulant en privé?
4. Si le commissaire juge que certains participants ne doivent pas être autorisés à assister à une audience se déroulant en privé, quelles mesures devrait-il prendre, le cas échéant, pour s'assurer que ces participants puissent participer convenablement au processus de l'enquête?
5. Quels éléments le commissaire devrait-il prendre en considération pour déterminer, conformément au point e) du mandat, s'il est convaincu qu'il est

essentiel au bon déroulement de l'enquête que certaines parties de l'enquête se déroulent en public?

[3] À titre de sixième point, les participants ont aussi été invités à présenter des observations sur tout aspect du projet de Règles générales de procédure et de fonctionnement de l'enquête qui les préoccupait. Le projet de règles se trouve dans le site Web de l'enquête à www.enqueteiacobucci.ca; par souci de commodité, il est joint en [annexe A](#) à la présente décision.

[4] En abordant ces questions, il importe de tenir compte de certains facteurs contextuels. En premier lieu, l'enquête est assujettie aux dispositions de la *Loi sur les enquêtes* et doit observer les prescriptions de la Loi pertinentes à la conduite de cette enquête, telles qu'elles ont été interprétées par les tribunaux. En outre, l'enquête est encadrée par son mandat, précisé dans le décret C.P. 2006-1526 du 11 décembre 2006. Le mandat figure en [annexe B](#) à cette décision.

[5] La jurisprudence sur la conduite d'enquêtes en général et les décisions d'autres commissions d'enquête qui peuvent aider à répondre aux questions ci-dessus sont aussi pertinentes. À cet égard, les points de vue et opinions exprimés dans les enquêtes Arar, Air India et Walkerton, entre autres, m'ont été très utiles.

[6] Dans la présente décision, je résumerai d'abord les points de vue proposés par les participants et les intervenants au sujet des questions ci-dessus. Je discuterai ensuite de certains principes et facteurs qu'il importe de prendre en considération dans ma décision sur ces questions. Enfin, j'exposerai la façon dont j'ai abordé les questions et je terminerai par quelques observations supplémentaires.

II. OBSERVATIONS DES PARTICIPANTS ET DES INTERVENANTS AU SUJET DES QUESTIONS POSÉES

I. *Le sens de « sévices » (question 1)*

[7] Le point a)(iii) du mandat charge le commissaire d'établir « si la détention de Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin en Syrie ou en Égypte résultait, directement ou indirectement, des actions de responsables canadiens, particulièrement en ce qui a trait à l'échange de renseignements avec des pays étrangers et, le cas échéant, si ces actions comportaient des lacunes dans les circonstances ».

[8] Les participants et les intervenants ont été invités à présenter des observations sur le sens de « sévices quelconques » dans ce contexte. La question était formulée comme suit :

Quel est le sens de l'expression « sévices quelconques » figurant au point a)(iii) du mandat?

[9] Le procureur général du Canada soutient que l'expression « sévices quelconques » est assortie d'un seuil faible, faisant référence à un traitement qui est manifestement moins grave que soit la « torture », soit des « traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Le procureur général reconnaît que les conditions dans lesquelles MM. Almalki, Elmaati et Nureddin ont été détenus atteignent ce seuil.

[10] Dans leurs observations écrites, le Service de police d'Ottawa (SPO) et la Police provinciale de l'Ontario (PPO), ne prennent pas position quant au sens de « sévices ». Dans les observations orales qu'ils m'ont présentées toutefois, le SPO et la PPO étaient d'accord avec les observations du procureur général au sujet du sens de « sévices ».

[11] MM. Almalki, Elmaati et Nureddin soutiennent que le terme « sévices » devrait être interprété au sens large de façon à inclure une détention arbitraire, discriminatoire et indéfinie;

la torture physique et psychologique; la privation d'accès à une aide diplomatique ou aux autorités consulaires; la séparation prolongée de la famille; le tort causé à la réputation; les atteintes à la vie privée; le refus de refuge à l'ambassade canadienne; et les fuites aux médias.

[12] La définition de « sévices » proposée par les intervenants Amnistie internationale, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles (CSILC), l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (ALCCB), la Fédération canado-arabe (FCA) et la Canadian Coalition for Democracies (CCD) est de façon générale conforme à celle mise de l'avant par MM. Almalki, Elmaati et Nureddin. Les organisations appuient une interprétation au sens large du terme « sévices ».

2. **Enquête sur la torture (question 2)**

[13] La question suivante a été posée aux participants et aux intervenants :

Pour déterminer les questions que le point a) du mandat charge le commissaire d'établir, est-il nécessaire que le commissaire détermine dans quelle mesure M. Almalki, M. Elmaati et M. Nureddin ont été torturés en Syrie et en Égypte?

[14] Dans l'enquête Arar, le juge O'Connor a nommé le P^r Stephen Toope comme enquêteur chargé de « faire enquête sur le traitement subi par M. Maher Arar durant sa détention en Jordanie et en Syrie ainsi que sur les effets qui en ont découlé pour lui et pour sa famille, et faire rapport à la Commission »¹. Ce faisant, afin de mieux jauger la crédibilité du récit de M. Arar, le P^r Toope a interviewé MM. Almalki, Elmaati et Nureddin. Le P^r Toope a jugé que les récits des trois hommes sur ce qui leur était arrivé en Syrie étaient dignes de foi².

¹ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar – Les faits, volume II* (2006), p. 867

² *Ibid.*, p. 883

Il a aussi conclu qu'ils avaient « subi de graves traumatismes physiques et psychologiques pendant leur détention en Syrie »³.

[15] MM. Almalki, Elmaati et Nureddin soutiennent que la présente enquête devrait adopter le rapport du P^r Toope comme preuve concluante de leur torture en Syrie, sous réserve de trois précisions. Premièrement, ils soutiennent que si les représentants du gouvernement contestent leurs déclarations sur la torture, la présente enquête devrait nommer le P^r Toope ou un autre enquêteur chargé du même mandat que le P^r Toope l'a été à l'égard de M. Arar. Deuxièmement, M. Elmaati sollicite la nomination d'un enquêteur qui examinera ses déclarations de torture subie en Égypte – un sujet qui n'a pas été examiné par le P^r Toope pour la Commission Arar. Troisièmement, M. Almalki soutient que si le commissaire adopte une définition au sens large de « sévices », un enquêteur devrait être nommé pour faire rapport sur les effets physiques, psychologiques, familiaux et économiques de la torture.

[16] Les avocats de MM. Almalki, Elmaati et Nureddin soutiennent aussi que toute enquête factuelle sur les allégations de torture doit être menée en privé en raison du caractère délicat du sujet. Ils ne s'opposent toutefois pas à ce qu'une telle enquête factuelle, si nécessaire, soit dirigée par le commissaire et l'avocat de l'enquête plutôt que par un enquêteur externe.

[17] Le procureur général soutient que comme le mandat évoque des « sévices quelconques » et non la torture, nul n'est besoin d'établir si MM. Almalki, Elmaati et Nureddin ont été soumis à la torture. Le procureur général reconnaît que les hommes ont subi des « sévices » en Syrie et en Égypte, et maintient par conséquent que toute enquête factuelle, qu'elle soit effectuée par le commissaire ou par un enquêteur distinct, est inutile. Quant au

³ *Ibid.*

rapport Toope, le procureur général estime qu'il « comporte de nombreuses failles » et soutient qu'il ne devrait pas servir à fonder les conclusions de la présente enquête. La PPO et le SPO sont d'accord avec la position adoptée par le procureur général.

[18] Les organisations ayant qualité d'intervenant soutiennent qu'il est essentiel d'examiner la nature et l'ampleur de la torture subie par MM. Almalki, Elmaati et Nureddin; certaines d'entre elles proposent qu'un enquêteur soit nommé à cette fin.

3. En public ou en privé (questions 3, 4 et 5)

[19] Le point *d*) du mandat autorise le commissaire « à adopter les procédures et méthodes qui lui paraîtront indiquées pour la conduite de l'enquête, tout en prenant toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'elle se déroule en privé ». Le point *d*) est assujéti au point *e*) qui autorise le commissaire « à mener en public certaines parties de l'enquête s'il est convaincu que cette manière de procéder est essentielle au bon déroulement de celle-ci ».

[20] Les participants et les intervenants ont été invités à présenter des observations sur la façon dont ces points devraient être interprétés :

Quel est le sens du volet du point *d*) du mandat exigeant, sous réserve du point *e*), que le commissaire prenne toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce que l'enquête se déroule en privé? En particulier, qui devrait être autorisé à assister à une audience se déroulant en privé?

Si le commissaire juge que certains participants ne doivent pas être autorisés à assister à une audience se déroulant en privé, quelles mesures devrait-il prendre, le cas échéant, pour s'assurer que ces participants puissent participer convenablement au processus de l'enquête?

Quels éléments le commissaire devrait-il prendre en considération pour déterminer, conformément au point *e*) du mandat, s'il est convaincu qu'il est essentiel au bon déroulement de l'enquête que certaines parties de l'enquête se déroulent en public?

[21] Le procureur général soutient que pour des raisons de confidentialité liée à la sécurité nationale et par souci de diligence, « en privé » devrait être interprété dans le sens de « à huis clos » et « ex parte ». Selon cette interprétation, les audiences de l'enquête seraient ouvertes aux avocats du procureur général et aux témoins autorisés par le commissaire, et fermées au public ainsi qu'aux participants, aux intervenants et à leurs avocats.

[22] Bien qu'il propose que les participants ne soient pas autorisés à assister aux audiences de l'enquête, le procureur général soutient que le rôle de l'avocat de l'enquête ferait en sorte que ces participants puissent participer adéquatement au processus de l'enquête. Il suggère que les participants aient la possibilité d'indiquer à l'avocat de l'enquête les domaines précis sur lesquels les témoins devraient être interrogés et des documents devraient être demandés.

[23] Le procureur général soutient que le seuil pertinent pour déterminer si les audiences doivent se dérouler en public à la lumière du point e) du mandat est un seuil élevé qu'il ne sera pas facile d'atteindre. Selon le procureur général, le critère imposé par le point e) ne consiste pas à savoir ce qui est possible ou souhaitable; le commissaire doit être convaincu que la tenue d'une audience en public est essentielle et nécessaire. Il estime que le fait de retenir un critère moins élevé risquerait de retarder l'enquête ou de mener à un exercice laborieux, long et coûteux, soit précisément les problèmes que le fait d'instituer une enquête interne visait à éviter.

[24] Les observations de la PPO et du SPO au sujet de l'interprétation des points d) et e) du mandat vont de façon générale dans le même sens que les observations du procureur général. Elles estiment aussi que ces points du mandat autorisent le commissaire à mener une enquête a priori en privé. La PPO et le SPO ajoutent toutefois que les avocats de la PPO et du

SPO bénéficiant d'une autorisation de sécurité devraient être autorisés à assister à toute audience menée en privé.

[25] M. Almalki, M. Elmaati, M. Nureddin et la majorité des intervenants s'attendent en revanche à un processus nettement plus public, qui supposerait un rôle sensiblement plus actif pour les participants, les intervenants et leurs avocats. Ils soutiennent que la commission doit mener la plus grande partie de ses travaux en public. Ils invoquent en ce sens le principe constitutionnel de publicité des procédures, l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Charkaoui*⁴, les termes de la *Loi sur les enquêtes* (qui prévoit selon eux que toutes les enquêtes sont publiques à moins qu'il s'agisse d'enquêtes ministérielles instituées en vertu de l'article 6 de la *Loi sur les enquêtes*) et la nécessité que les résultats de l'enquête inspirent confiance au public, conformément au mandat.

[26] MM. Almalki, Elmaati et Nureddin soutiennent que les audiences de l'enquête devraient être privées uniquement lorsque des demandes sont présentées au titre de la confidentialité liée à la sécurité nationale, et alors uniquement dans la mesure où des témoignages sont susceptibles de mettre en cause la confidentialité liée à la sécurité et après que ces témoignages ont été évalués et qu'il a été déterminé qu'ils mettent effectivement en cause la confidentialité liée à la sécurité nationale. Ils demandent aussi que leurs avocats bénéficient d'une autorisation de sécurité et que, après qu'ils se soient engagés à ne pas dévoiler à leurs clients d'information qui mette en cause la confidentialité liée à la sécurité nationale, ils soient autorisés à assister à toute audience privée et à y procéder à des contre-interrogatoires. Selon la portée des témoignages présentés dans les audiences privées, les trois personnes en

⁴ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9

cause proposent que le commissaire envisage de rendre publics un ou plusieurs résumés des témoignages ainsi que des transcriptions et des documents expurgés.

[27] MM. Almalki, Elmaati et Nureddin soumettent qu'à tout le moins, tout témoignage pertinent aux questions suivantes doit être recueilli au cours d'audiences publiques : (a) la conduite du personnel diplomatique et consulaire; (b) la pratique et la politique du gouvernement du Canada à l'égard de la torture; (c) l'échange d'information avec des régimes étrangers; et (d) les demandes présentées par des responsables canadiens en vue d'obtenir de l'information des trois hommes pendant qu'ils étaient en détention.

[28] Les observations des organisations ayant le statut d'intervenant, à l'exception de la CCD, vont généralement dans le même sens que celles de MM. Almalki, Elmaati et Nureddin. Amnistie internationale, la CSILC, l'ALCCB et la FCA revendiquent un processus a priori public, et la tenue d'audiences privées uniquement lorsque surviennent des questions légitimes mettant en cause la confidentialité liée à la sécurité nationale. Amnistie internationale et la FCA soutiennent la proposition des trois personnes en cause que leurs avocats reçoivent une autorisation de sécurité et puissent participer pleinement à toute séance privée de l'enquête. La CSILC et l'ALCCB proposent aussi diverses mesures que la commission devrait prendre pour s'assurer que les participants qui ne sont pas autorisés à assister aux audiences privées puissent participer adéquatement. Parmi elles figurent la communication aux participants des noms des témoins, de copies de documents, de descriptions des documents assujettis à la confidentialité liée à la sécurité nationale et de mises à jour périodiques sur l'avancement de l'enquête, et l'octroi aux participants du droit de recommander des questions pour les interrogatoires et contre-interrogatoires.

[29] La CCD soutient que les points d) et e) du mandat dictent un processus a priori privé. Elle fait valoir que comme les travaux de l'enquête ne sont pas de la nature des affaires criminelles ou civiles, elles n'exigent pas la même obligation d'ouverture. La CCD propose que l'enquête mette des transcriptions expurgées à la disposition des personnes qui ne sont pas autorisées à assister aux audiences privées.

4. *Projet de Règles générales de procédure et de fonctionnement*

[30] Enfin, les participants ont été invités à présenter des observations sur tout aspect du projet de Règles générales de procédure et de fonctionnement de l'enquête qui les préoccuperait.

[31] Un certain nombre d'observations présentées ont trait aux arguments des participants au sujet du caractère public ou privé de l'enquête. À cet égard, MM. Almalki, Elmaati et Nureddin, la CSILC et l'ALCCB soutiennent que la règle 11 du projet de règles, qui précise que l'enquête se déroule en privé, doit être interprétée d'une façon cohérente en regard de leur point de vue sur la nécessité d'audiences publiques. Le procureur général du Canada soutient quant à lui que la même règle doit être modifiée de façon à clarifier le fait que chaque aspect de l'enquête, y compris les interrogatoires, doit être mené en privé. En outre, le procureur général du Canada demande une modification qui garantirait que tous les participants intéressés seront informés des demandes de confidentialité liée à la sécurité nationale et auront la possibilité de présenter des observations à leur sujet avant que je détermine en vertu de la règle 12(a) qu'une partie de l'enquête doit être menée en public.

[32] D'autres observations ont trait aux possibilités pour les participants de contribuer à la preuve qui sera reçue et aux conclusions qui seront tirées au cours de l'enquête ou de les

mettre en question. MM. Almalki, Elmaati et Nureddin ainsi qu'Amnistie internationale proposent des modifications aux règles 13 et 21 de façon à donner aux participants des possibilités de mettre en question la preuve qui sera reçue et d'examiner et de contester les conclusions proposées de l'enquête. La CSILC et l'ALCCB proposent aussi des modifications aux règles 20, 28 et 33 de façon à permettre à un plus grand nombre de participants de recevoir des copies de l'exposé de la preuve que doit présenter un témoin ainsi que des transcriptions, expurgées s'il y a lieu, de toute partie de l'enquête menée en privé. Pour sa part, le procureur général du Canada propose des modifications à la règle 18 qui donneraient à ses avocats un avis des documents qui seront discutés lors d'une entrevue, ainsi qu'une possibilité de poser des questions à une personne qui participera à une entrevue avec l'avocat à l'enquête. Le procureur général du Canada demande également un certain nombre de modifications aux règles 21, 22 et 23 de façon à ce qu'il reçoive un préavis des conclusions proposées à l'égard desquelles un préavis ne serait pas nécessairement requis en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*. De plus, le procureur général du Canada demande une clarification de ces mêmes règles de façon à garantir que les conclusions défavorables à un témoin seront fondées sur une audience en règle et non seulement une entrevue. La PPO et le SPO demandent la possibilité de vérifier et contester les conclusions qui pourraient être fondées sur des entrevues.

[33] Quelques observations supplémentaires soulèvent des préoccupations plus précises à l'égard du projet de règles. Le procureur général propose quelques modifications à ce titre : une modification à la règle 7 en vue de clarifier la portée du devoir de confidentialité auquel les participants, les témoins et leurs avocats sont assujettis; une modification à la règle 17 limitant les circonstances où des documents à l'égard desquels le privilège du secret professionnel de

l'avocat est invoqué peuvent être divulgués et examinés; et une modification à la règle 18 précisant le degré de formalité des entrevues. La PPO et le SPO proposent une règle supplémentaire prévoyant de donner un avis à un participant si un de ses employés actuels ou passés doit participer à une entrevue, de façon à donner à cette personne la possibilité d'être représentée par l'avocat du participant. La CSILC et l'ALCCB soulignent ce qu'ils perçoivent comme une contradiction entre les règles 31 et 32(c) et demandent une clarification du rôle de l'avocat d'un témoin. MM. Almalki, Elmaati et Nureddin ainsi qu'Amnistie internationale proposent une modification à la règle 13 de façon à préciser que l'enquête ne peut pas accepter de preuve obtenue sous la torture.

[34] Enfin, de nombreux participants proposent des modifications aux règles qui relèvent essentiellement du style et qui ne changent pas le fond des règles, mais qui pourraient être envisagées en vue de rehausser la clarté ou la certitude.

III. PRINCIPES ET FACTEURS CONTEXTUELS PERTINENTS

[35] Avant de rendre ma décision sur les questions précises posées aux participants et aux intervenants, il me semble utile d'évoquer les principes et facteurs contextuels dont il faut tenir compte en répondant à ces questions. En abordant ces principes et facteurs, je tiens évidemment compte des dispositions de la *Loi sur les enquêtes* et du mandat ainsi que de la jurisprudence et de la pratique des commissions qui ont été tenues dans notre pays ces dernières années. En même temps, je dois tenir compte du contexte de cette enquête et du mandat précis qui m'a été confié ainsi que du délai prévu pour la présentation des rapports.

[36] Il importe de souligner d'emblée, comme je l'ai mentionné dans ma décision sur la participation et l'indemnisation (dont copie figure ci-joint en [annexe C](#)) que cette enquête est

une démarche d'investigation et non une instance accusatoire. Personne n'est accusé, personne n'est soumis à un procès et personne n'a de preuve à réfuter. Ce qui est en cause est la conduite de représentants canadiens à l'égard de trois personnes en cause, et je suis chargé de m'assurer que les graves préoccupations soulevées dans le mandat soient examinées de façon efficace, exhaustive et indépendante. En conséquence, de nombreuses dispositions visant la protection et la procédure dans le cas d'une instance criminelle ou autre instance accusatoire ne s'appliquent pas dans le contexte de la présente enquête. À cet égard, j'estime très utile de citer l'arrêt *Charkaoui* rendu par la juge en chef McLachlin :

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties – qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer pleinement à une procédure publique – pour qu'elles produisent les éléments de preuve pertinents.

Sous le régime de la *LIPR*, le juge désigné n'est pas investi de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que lui conférerait le processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent le processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge désigné, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, puisse être obligé – peut-être sans le savoir – de rendre la décision requise sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente.⁵

[37] Dans la présente enquête comme dans le genre d'instance inquisitoire qu'évoque la juge en chef, je suis chargé d'assurer la collecte de la preuve d'une façon indépendante et

⁵ *Ibid.*, paragraphes 50-51

impartiale. En conséquence, les caractéristiques habituelles d'une instance accusatoire n'entrent pas en ligne de compte.

[38] Il peut être utile à cet égard de préciser mon rôle en tant que commissaire et le rôle de l'avocat à l'enquête. D'abord, le commissaire est nommé à titre d'enquêteur indépendant tenu d'exécuter son mandat au mieux de son habileté et de veiller à ce que le processus soit équitable, efficace et prompt. Fait important, en tant qu'enquêteur indépendant, le commissaire représente l'intérêt public.

[39] L'avocat à l'enquête joue aussi un rôle clé. À ce sujet, plusieurs commissaires et observateurs ont formulé des commentaires éclairant le rôle d'avocat d'une commission dans le contexte d'une enquête publique. Les commentaires formulés récemment par l'honorable John Major dans une décision relative à l'enquête Air India sont particulièrement pertinents.

[40] Dans cette enquête, l'Air India Victims Families Association (AIVFA) a présenté une demande de directives afin que son avocat, qui bénéficie d'une autorisation de sécurité, soit autorisé à assister aux audiences à huis clos et ait accès aux documents non expurgés. L'AIVFA soutenait que cet accès permettrait à l'AIVFA de participer pleinement aux travaux de la commission tout en rehaussant la confiance des parents envers l'enquête elle-même.

[41] Le commissaire Major a rejeté la demande de directives de l'AIVFA et donné plusieurs raisons justifiant d'exclure l'avocat de l'AIVFA des audiences à huis clos et de lui refuser l'accès aux documents non expurgés. Parmi ces raisons figure le rôle de l'avocat de la commission pour ce qui est de protéger l'intérêt public. Le commissaire Major a écrit ce qui suit :

21. Il est important d'assurer la protection de l'intérêt du public (qui inclut l'intérêt des familles) envers une pleine exploration de tous les faits. Lors des audiences à huis clos ou dans l'expurgation des documents, la Commission assume la responsabilité et les avocats de la commission assument le rôle de protéger l'intérêt du public. Comme le signale M. le juge Dennis O'Connor, commissaire de l'enquête Arar, dans son article non judiciaire « The Role of Commission Counsel in a Public Inquiry » :

[TRADUCTION]

« ... le rôle des avocats de la commission n'est pas d'avancer un point de vue particulier, mais bien d'examiner et de présenter la preuve de façon exhaustive, mais parfaitement impartiale et équilibrée. Ainsi, le commissaire aura l'avantage d'entendre toutes les preuves pertinentes sans qu'elles soient entachées du biais conféré par quiconque a intérêt à obtenir un résultat particulier. » (2003), *Advocates Soc. J*, vol. 22, no 1, paragr. 12.

22. Comme le signale également le juge O'Connor, lorsqu'une commission d'enquête publique décide de recueillir certaines preuves à huis clos, le rôle de représentants des intérêts du public qu'assument les avocats de la commission leur permet de diverger quelque peu de leur rôle habituel et de se livrer à un contre-interrogatoire pertinent, si nécessaire pour assurer une parfaite vérification de toutes les preuves recueillies à huis clos; c'est cette procédure que la Commission a l'intention de suivre.⁶

[42] Le juge O'Connor a aussi formulé des commentaires utiles sur le rôle des avocats d'une commission dans le rapport de l'enquête Walkerton :

Les avocats d'une commission jouent un rôle unique dans une enquête publique. Leur principale responsabilité est de représenter l'intérêt public durant l'enquête. Ils doivent veiller à ce que toutes les questions d'intérêt public soient portées à l'attention du commissaire. Les avocats de la commission ne représentent aucun

⁶ 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, *Motifs de la décision relative à la demande de directives de l'AIVFA concernant l'accès aux documents non expurgés et aux audiences à huis clos tenues en l'absence des parties* (3 janvier 2007), http://www.majorcomm.ca/fr/reasonsfordecision_aivfa_request/index.asp

intérêt ou point de vue particulier, ils sont impartiaux et ils ne jouent aucun rôle accusatoire.⁷

[43] Enfin, dans son article « The Royal Commission: History, Powers and Functions, and the Role of Counsel », Edward Greenspan, c.r., écrit ceci :

[TRADUCTION]

Si l'enquête est inquisitoire, l'avocat de la commission est un conseiller juridique indépendant auprès de la commission, selon les directives du commissaire. Il aide la commission à adopter des règles de procédure, interroge et contre-interroge les témoins convoqués et aide à la préparation du rapport de l'enquête. Comme l'indique son titre, il est l'avocat du commissaire. Sa conduite doit donc toujours être régie en conséquence. Il doit éviter de devenir le défenseur d'un point de vue donné, mais plutôt s'efforcer de faire en sorte que tous les éléments de preuve nécessaires à une enquête convenable soient présentés à la commission.⁸

[44] Comme je l'ai affirmé dans la décision sur la participation et l'indemnisation, de façon générale, il est préférable qu'une démarche tant accusatoire qu'inquisitoire soit ouverte et publique. Je ne me récus pas, mais je précise qu'il s'agissait d'une préférence générale sous réserve du mandat précis de l'enquête en cause et du contexte entourant l'enquête. Ici, il ne fait aucun doute que le mandat insiste sur le caractère interne ou privé de l'enquête et que la confidentialité liée à la sécurité nationale est un facteur très important. Le point *k*) du mandat me charge expressément :

(de) prendre, au cours de l'enquête, toutes les mesures nécessaires pour prévenir la communication à des personnes ou à des entités autres que le gouvernement du Canada de renseignements qui, s'ils étaient communiqués, porteraient préjudice (...) aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, ou à la conduite de toute enquête ou procédure

⁷ L'honorable Dennis R. O'Connor, *Première partie – Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton : Les événements de mai 2000 et les questions connexes* (2002), p. 499

⁸ Edward L. Greenspan, c.r., « The Royal Commission: History, Powers and Functions, and the Role of Counsel » in *Administrative Tribunals* (F. Moskoff, c.r., dir., 1989) 327, p. 345

lorsque, à mon avis ou de l'avis du ministre responsable, des renseignements relèvent de cette catégorie.

[45] Outre même les exigences du mandat, il faut être extrêmement prudent lorsqu'il s'agit de questions mettant en cause la confidentialité liée à la sécurité nationale. La sécurité du pays dépend des efforts déployés par nos divers organismes en vue de protéger le public canadien dans un monde qui est de plus en plus tendu et préoccupé au sujet du terrorisme et des menaces envers la sécurité nationale. Des vies humaines sont souvent en jeu lorsque des personnes participent aux efforts consacrés par notre pays à la sécurité et au renseignement, et une violation de la confidentialité pourrait avoir pour ces personnes de graves répercussions que nous voudrions tous éviter. En même temps, l'enquête sera sensible à la possibilité de requêtes trop vastes au titre de la confidentialité liée à la sécurité nationale et ne permettrait pas qu'elles servent de bouclier empêchant l'enquête d'effectuer le travail nécessaire à l'exécution de son mandat.

[46] Il importe aussi de noter que les organismes dont la conduite est mise en cause par le mandat – le SCRS, la GRC et le MAECI – se sont engagés à coopérer pleinement à l'enquête et que le procureur général a accepté de remettre à la commission tous les documents sans expurgations, pour le moment, au titre de la confidentialité liée à la sécurité nationale. En dernier recours, l'enquête a le pouvoir d'exiger la comparution de témoins et la production de documents afin d'obtenir de l'information pertinente. En outre, du fait que le mandat exige la production d'un rapport à la conclusion des travaux de l'enquête, le commissaire doit examiner tous les faits pertinents et en arriver à des conclusions fondées sur les faits afin d'exécuter le rôle qui a été confié à l'enquête.

[47] Un autre principe me paraît important dans l'interprétation et l'application du mandat de cette enquête. On peut l'appeler le « principe de l'efficacité ».

[48] Il me semble que ce concept traduit ce que le juge O'Connor évoquait dans le rapport de la Commission Arar en affirmant que : « le fait de tenir une enquête publique dans de telles affaires peut être un exercice laborieux, long et coûteux. (...) (I)l y a des moyens plus efficaces qu'une enquête publique en bonne et due forme pour examiner et faire rapport sur des cas où la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale est nécessairement un facteur très important »⁹. Il semble que le procureur général faisait aussi référence à cet aspect en soutenant ceci :

Il ne doit pas s'agir d'un simple exercice de rédaction, touchant des questions confidentielles liées à la sécurité nationale et d'autres privilèges. Il ne doit y avoir de procédure comportant des audiences à huis clos qui sont reprises en public.

Ce qui est peut-être le point le plus important à signaler à mon avis c'est que la procédure ne devrait pas durer deux ans et demi. Cela ne servirait en rien les intérêts des parties en cause, certainement pas à ce stade-ci.¹⁰

[49] Même lorsque le principe « de la publicité des procédures judiciaires » est de mise, l'« efficacité » a été citée comme un facteur pouvant s'opposer à l'accès public. Par exemple dans *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, le juge La Forest a affirmé ceci :

(N)otre Cour a souligné, à d'autres occasions, que l'accès du public à certaines procédures judiciaires rendrait l'administration de la justice impossible (...). Le fait qu'il soit important de faire en sorte que l'administration de la justice ne soit pas rendue impossible constitue une raison concrète d'interdire l'accès du public (...). De

⁹ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar – Analyse et recommandations* (2006), p. 298

¹⁰ Transcription de l'audience du 17 avril 2007, p. 79

fait, comme nous pouvons le constater dans la présente espèce, le principe de la publicité des débats en justice lui-même doit céder le pas devant des circonstances qui rendraient impossible la bonne administration de la justice.¹¹

[50] Le concept se retrouve aussi dans des arrêts sur l'accès aux audiences dans des cas ressemblant davantage à la présente enquête – les travaux de commissions d'enquête créées en vertu de la *Loi sur la défense nationale*.

[51] Dans *Travers c. Canada (Chef d'état-major)*¹², des représentants des médias ont introduit une requête contestant en vertu de la Charte une décision du chef d'état-major voulant que les travaux d'une commission d'enquête au sujet du Groupement tactique du Régiment aéroporté canadien ne peuvent pas se dérouler en public. La commission avait été créée pour faire enquête sur le commandement, la discipline, les opérations, les actions et les méthodes du groupement tactique du Régiment aéroporté canadien lors de son déploiement en Somalie. La réglementation de la Loi prévoyait qu'une commission d'enquête devait travailler en privé sauf indication contraire de la part de l'autorité convocatrice.

[52] Le juge Joyal a déterminé que la commission d'enquête menait une enquête interne plutôt qu'une enquête judiciaire ou quasi judiciaire qui mette en jeu le principe « de la publicité des procédures judiciaires ». Dans son examen de la nature des travaux de la commission, il a aussi formulé des commentaires sur certaines conséquences pratiques qui découleraient du fait de procéder à ses travaux en public. Bien qu'il n'ait pas utilisé pas le terme « efficacité », il était certainement sensible à l'effet que pourrait produire sur les travaux de la commission le fait d'autoriser l'accès du public. Il s'exprime comme suit :

¹¹ [1996] 3 R.C.S. 480, paragraphe 29

¹² [1993] 3 C.F. 528 (1^{re} inst.)

Il ressort à l'évidence des témoignages que j'ai entendus que la commission doit s'acquitter de son mandat dans un délai très court. Lors de sa constitution le 28 avril 1993, la durée de son enquête a d'abord été fixée à 90 jours. Et pourtant la portée de son enquête est très large et générale; les audiences nécessiteront la communication de documents qui pourraient être classifiés ou qui pourraient être préjudiciables à l'un ou l'autre des accusés nommés, ou dont la divulgation pourrait porter atteinte à l'intérêt public ou nuire à l'accomplissement du rôle international de maintien de la paix du Canada. Aucun observateur sérieux ne conclurait que ce ne sont pas là à tout le moins des motifs plausibles pour mener une enquête discrète. Comme l'a expliqué le major-général deFaye, intimé, au cours de son contre-interrogatoire par les requérants, il aurait fallu, en cas d'audience publique, tenir une série de voir dire au sujet des témoins qu'il y avait lieu de faire entendre, au sujet de ce qui était classifié ou non et au sujet de ce qui était directement ou implicitement préjudiciable à des personnes. Il aurait fallu naturellement tenir ces voir dire à huis clos, sans quoi l'enquête dans l'enquête aurait perdu tout son sens.¹³

Il a aussi fait remarquer que le rapport de la commission d'enquête serait publié, sous réserve de certaines contraintes figurant dans le mandat de la commission et imposées par la loi.

[53] La Cour d'appel fédérale s'est dite généralement d'accord avec ses motifs lorsqu'elle a rejeté un appel de sa décision¹⁴.

[54] Dans *Gordon c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*¹⁵, le juge Harrington de la Cour fédérale a rejeté une requête en révision de la décision d'une autre commission d'enquête refusant aux médias l'accès à ses audiences. La commission d'enquête avait été créée en vertu de la *Loi sur la défense nationale* afin de faire enquête et faire rapport sur le feu survenu à bord du NCSM *Chicoutimi*, qui avait causé la mort d'un membre d'équipage et des

¹³ *Ibid.*, p. 534-535

¹⁴ (1994), 171 N.R. 158

¹⁵ 2005 C.F. 335

blessures à d'autres. Le mandat de la commission d'enquête prévoyait que son président devait :

s'assurer que les procédures et les activités de la Commission sont conduites de façon à maintenir un équilibre entre l'intérêt du public à être informé du déroulement des travaux de la Commission et l'intérêt public en ce qui a trait au maintien de la sécurité, de la protection des renseignements personnels, à la protection des impératifs liés aux opérations et aux affaires internationales. Cette directive vise à assurer que la divulgation et la disponibilité de l'information pour le public puissent se faire de la façon la plus appropriée et raisonnable possible.

[55] En rejetant une demande des médias visant à obtenir l'accès aux audiences de la commission, le président a noté entre autres ceci :

- la commission avait été constituée au titre d'une enquête administrative interne et n'était pas une instance judiciaire ou quasi judiciaire, ni une enquête publique au sens de la *Loi sur les enquêtes*;
- le mandat de la commission devait être exécuté dans une très courte période et l'accès public entraînerait des délais parce qu'il devrait parer à la publication d'information qui pourrait compromettre la sécurité, les opérations et les relations internationales, et l'accès public l'obligerait à « prendre d'autres mesures pour vérifier si les témoins et les informations pourraient être entendus en présence du public »;
- aux termes du mandat, il devait veiller à ce que toute l'information appropriée et raisonnable soit rendue publique – ce qu'il avait fait en affichant de l'information dans un site Web de la Défense nationale, en accordant des entrevues à des journalistes et en distribuant des documents imprimés.

[56] Le juge Harrington a convenu que l'instance n'était pas de nature judiciaire ou quasi judiciaire, et que le principe « de la publicité des procédures judiciaires » ne s'appliquait pas. Il a aussi admis que la décision d'exclure la presse était raisonnable. Tout en reconnaissant que le président aurait pu décider d'accorder l'accès demandé par la presse sous réserve d'exclusion selon le sujet abordé, il a accepté l'argument du président selon lequel « l'accès du public aux audiences ralentiraient (sic) les travaux de la Commission, car je serais obligé de

prendre d'autres mesures pour vérifier si les témoins et les informations pourraient être entendus en présence du public »¹⁶. La décision est donc une autre invocation du concept d'« efficacité ».

[57] Un aspect pratique est relié à l'« efficacité ». Il signifie qu'en exécutant ma tâche, je dois tenir compte du moyen le plus pratique d'accomplir les objectifs de l'enquête. Par exemple, comme je l'ai indiqué plus haut, les avocats de MM. Almalki, Elmaati et Nureddin ont suggéré qu'un avocat représentant leurs intérêts bénéficie d'une autorisation de sécurité et que, après qu'il se sera engagé à ne pas divulguer à ses clients d'information qui mette en cause la confidentialité liée à la sécurité nationale, il soit autorisé à assister et à contre-interroger lors de ces audiences privées. Même si l'autorisation de sécurité pouvait être obtenue dans les délais fixés pour les travaux de l'enquête, je ne suis pas convaincu qu'au plan pratique, cette formule serait utile à MM. Almalki, Elmaati et Nureddin ou aiderait à l'avancement de l'enquête.

[58] Les avocats de MM. Almalki, Elmaati et Nureddin reconnaissent qu'un avocat bénéficiant d'une autorisation de sécurité ne pourrait pas divulguer à ses collègues qui n'en ont pas ou à ses clients d'information touchant la sécurité nationale. De fait, vu le caractère particulièrement délicat des questions mettant en cause la sécurité liée à la sécurité nationale qui seront abordées, l'avocat autorisé serait à toute fin pratique dans l'impossibilité *complète* de communiquer avec ses collègues et clients au sujet des questions en cause dans cette enquête. Même un fait aussi inoffensif qu'une demande de document ou de clarification d'un fait pourrait susciter de la part des collègues et clients des questions susceptibles d'entraîner la divulgation d'information soumise à la confidentialité liée à la sécurité nationale. Cela étant,

¹⁶ *Ibid.*, paragraphe 45

vu le mandat de l'avocat à l'enquête de tester vigoureusement le témoignage de tous les témoins qui seront interrogés ou qui participeront à une entrevue en privé, je ne vois pas comment la présence d'un avocat autorisé représentant MM. Almalki, Elmaati et Nureddin serait utile à l'enquête ou à ces personnes. Comme la Commission Major l'a fait remarquer en rejetant une demande semblable de la part des parents des victimes d'Air India, « il est impossible de comprendre en quoi l'accès aux audiences à huis clos ou aux documents non expurgés accroîtrait les possibilités offertes aux familles d'"explorer pleinement la cause" ou leur donnerait une meilleure "certitude de savoir ... ce qui est vraiment arrivé". Les avocats eux-mêmes estimeraient peut-être disposer de renseignements supplémentaires sur ce qui est arrivé, mais ils ne pourraient communiquer ces renseignements à leurs clients. »¹⁷

[59] À mon avis, un moyen nettement plus pratique et efficace de permettre aux avocats de MM. Almalki, Elmaati et Nureddin de participer véritablement à cette enquête serait qu'ils consultent l'avocat à l'enquête, comme cela s'est fait dans l'enquête Arar, avant qu'il ne procède aux entrevues ou à l'interrogation des témoins. L'avocat à l'enquête peut ainsi obtenir l'apport de l'ensemble des avocats à l'égard des témoins à interroger, des questions à poser et des documents et faits à soumettre aux témoins. Le processus de l'enquête Arar a démontré que cette consultation peut se faire d'une façon qui assure un apport efficace au processus de l'enquête tout en protégeant la confidentialité liée à la sécurité nationale.

[60] Je conclus ainsi que la bonne façon de procéder pour cette enquête doit tenir compte non seulement de son caractère inquisitoire et du contexte délicat dans lequel se situent les

¹⁷ 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, *Motifs de la décision relative à la demande de directives de l'AIVFA concernant l'accès aux documents non expurgés et aux audiences à huis clos tenues en l'absence des parties* (3 janvier 2007), http://www.majorcomm.ca/fr/reasonsfordecision_aivfa_request/index.asp

questions que je dois établir, mais aussi les principes de l'efficacité et de l'aspect pratique qui ont été validés par les tribunaux – et ce, à juste titre à mon avis. Il ne serait dans l'intérêt d'aucune partie que le processus de l'enquête empêche d'établir rapidement les questions que j'ai été chargé d'éclairer.

[61] Cela étant dit, je crois aussi qu'au moment où l'enquête commence à examiner les faits, il faut se rappeler l'importance qu'il y a à demeurer flexible. Une fois que les faits seront mieux compris, il pourrait être nécessaire de modifier la démarche de la commission. Les principes sont importants pour baliser une forêt avant que l'analyse des arbres puisse être faite, mais la commission devrait être prête à s'adapter efficacement aux circonstances à mesure qu'elles seront mieux comprises.

[62] Dans le même ordre d'idées, il ne faut pas être rigide dans la façon d'aborder le mandat de l'enquête, et s'il existe des moyens de concilier les divers intérêts d'une façon plus transparente, tous les efforts devraient être déployés pour le faire sans violer le mandat ou les intérêts qui doivent être reconnus.

IV. LES QUESTIONS POSÉES

1. Le sens de « sévices »

[63] Je suis d'accord avec les points de vue exprimés selon lesquels l'expression « sévices quelconques » doit être interprétée au sens large, de façon à englober tout traitement qui est arbitraire ou discriminatoire ou qui a causé un préjudice physique ou psychologique ainsi que tout refus d'une aide due et autres formes de traitement qui serait normalement compris dans la définition de sévices.

[64] Le procureur général du Canada a admis que l'expression « sévices quelconques » suppose un seuil faible, et son avocat a affirmé que la détention y serait comprise. Cependant, comme la détention est expressément évoquée au point a)(i) du mandat, elle ne serait vraisemblablement pas reprise comme un élément distinct au titre des sévices. De la même façon, le refus d'un accès aux autorités consulaires ne figurerait pas au titre des sévices puisqu'il en est aussi question séparément au point a)(ii) du mandat.

[65] Tout cela étant dit, je suis aussi d'avis que le mandat ne vise pas des questions triviales, de sorte que les sévices devraient être considérés comme n'étant pas triviaux; il reste, au risque de me répéter, que le sens de sévices est très large.

2. Torture

[66] Je suis d'avis qu'il est indiqué et opportun que l'enquête détermine si, parmi les sévices qu'elles auraient subis, les trois personnes en cause ont été torturées. Je le précise parce que le fait qu'il y ait ou non eu des lacunes dans la prestation de services consulaires, voire d'autres lacunes possibles évoquées par le mandat, peut très bien être relié à la nature du traitement ou des mauvais traitements réservés aux personnes en cause. En d'autres termes, les services fournis par les responsables diplomatiques canadiens et la conduite d'autres responsables canadiens devrait avoir un lien au traitement ou au manque d'égards réservés aux citoyens canadiens à l'étranger. Selon ce que l'on peut raisonnablement comprendre du mandat, la nature et la portée de tous sévices, comme le fait que des sévices équivalent ou non à la torture, peuvent à tout le moins être pertinentes pour déterminer s'il y a eu des lacunes dans les actions des responsables gouvernementaux ou si ces actions « comportaient des lacunes dans les circonstances ». C'est d'autant plus le cas que le Canada est partie à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels,

inhumains ou dégradants, et qu'il y a d'autres normes de conduite et instruments internationaux qui font référence à la torture ou qui peuvent dépendre de l'existence de la torture.

[67] Je crois aussi, d'un autre point de vue qui est celui de l'intérêt public, qu'il importe de déterminer si ces personnes ont subi la torture. Comme on l'a vu plus haut, le Canada est partie à la Convention des Nations Unies contre la torture, et le public canadien a assurément intérêt non seulement à savoir s'il y a eu des sévices, mais aussi si ces sévices relevaient de la torture. Si la conduite des responsables canadiens comportait des lacunes à cet égard, il importerait de préciser ce qui s'est véritablement produit.

[68] Cela signifie, tout dépendant de la façon dont les événements se dérouleront, qu'il sera sans doute nécessaire d'effectuer un suivi et d'approfondir l'enquête sur certaines des questions abordées dans le rapport du P^r Toope. Pour les fins de la présente enquête, il sera important à la fois de ne pas faire abstraction des conclusions du P^r Toope et de la foi que le juge O'Connor y a ajoutée, et de se pencher sur le complément d'enquête qui pourrait être nécessaire et sur la façon de l'effectuer. L'enquête devra aussi examiner les allégations de M. Elmaati selon lesquelles il aurait subi des mauvais traitements non seulement en Syrie mais aussi en Égypte. J'ai donné instruction à l'avocat à l'enquête de consulter les avocats des participants au sujet du moyen indiqué pour faire enquête sur les allégations de torture.

3. *En public ou en privé*

[69] Comme on l'a vu, de nombreuses observations ont été présentées sur le déroulement public ou privé de l'enquête. D'emblée, un argument a été avancé que la *Loi sur les enquêtes* empêche la tenue d'une enquête en privé à moins que ce ne soit à titre d'enquête ministérielle

en vertu de l'article 6 de la *Loi sur les enquêtes*. Face à cet argument, je m'appuie sur la décision que le juge O'Connor a rendue dans l'enquête Arar.

[70] Le commissaire O'Connor avait été saisi d'une demande d'un récipiendaire d'un préavis prévu par l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, qui soutenait que la commission n'avait pas l'autorité de faire enquête sur les actions de responsables canadiens. Il était avancé que la façon dont la commission avait été créée et le fait que les témoignages avaient été reçus à huis clos et par un enquêteur correspondaient davantage à une enquête en vertu de la partie II qu'à une enquête publique. Le commissaire O'Connor a rejeté la demande le 3 janvier 2006 aux motifs suivants :

L'article 2 de la *Loi* prévoit, en ce qui concerne une enquête au titre de la partie I, que le gouverneur en conseil « peut, s'il l'estime utile, faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques ». En revanche, le pouvoir d'instituer une enquête ministérielle en vertu de l'article 6 habilite le ministre chargé d'un ministère fédéral à nommer un commissaire pour faire enquête et rapport sur l'état et l'administration de son ministère, dans son service interne ou externe, et sur la conduite de toute personne y travaillant. Bien qu'une telle nomination soit faite par le ministre conformément à l'article 6, elle relève de l'autorité du gouverneur en conseil.

Même si elle s'inscrit sous un titre qui fait allusion à des enquêtes publiques, la partie I n'exige pas qu'une enquête soit menée exclusivement en public, ni ne veut-elle abroger la confidentialité ou le privilège. De fait, elle n'indique aucunement qu'une enquête doive être menée publiquement. Logiquement, elle ménage ainsi la souplesse nécessaire pour qu'une enquête soit juste et efficace. De la même façon, la partie II n'exige aucunement qu'une enquête ministérielle soit menée en privé.

En outre, en donnant à la *Loi* le sens équitable et large qu'exige l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, j'en arrive à la conclusion que les circonstances dans lesquelles une enquête peut être créée au titre respectivement de la partie I ou de la partie II ne sont pas mutuellement exclusives. Si le Parlement entendait qu'elles le soient, il l'aurait exprimé en des termes clairs et sans ambiguïtés.

[71] Le juge O'Connor traitait de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, mais je suis d'accord avec ses points de vue sur le caractère public ou privé des enquêtes établies en vertu de la Loi. La différence entre les parties I et II semble être l'objet de l'enquête. Alors que la partie I vise « le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques », la partie II évoque « l'état et l'administration des affaires (d'un) ministère ». À mon avis, rien dans la Loi n'empêche qu'une enquête publique soit menée en partie ou en entier en privé.

[72] En examinant le mandat et les principes et facteurs que j'ai énoncés dans la section précédente sur la nature inquisitoire plutôt qu'accusatoire de la démarche, la sensibilité aux questions de confidentialité liée à la sécurité nationale, l'importance d'une audience indépendante, équitable et rigoureuse ainsi que les facteurs de l'efficacité et de l'aspect pratique, je conclus comme suit quant aux observations présentées par les participants sur les questions ayant trait au déroulement des audiences en public ou en privé :

1. Bien que le mandat prévoie la possibilité d'une audience publique, il insiste sur le caractère a priori privé des audiences, entre autres en vue de respecter la confidentialité liée à la sécurité nationale.
2. À moins que je n'en décide expressément autrement, les audiences en règle organisées dans le cadre de la présente enquête se dérouleront en privé, ce par quoi j'entends, dans ce contexte, à huis clos et *ex parte*. Des précisions sur la façon dont les audiences se dérouleront sont données dans les Règles générales de procédure et de fonctionnement de l'enquête.
3. Comme on attache une grande importance à la tenue d'audiences publiques, l'avocat à l'enquête et moi-même continuerons d'y être ouverts lorsqu'il sera

- possible de tenir les audiences en public tout en respectant le mandat et les préoccupations envers la confidentialité liée à la sécurité nationale. J'entends interpréter les mots « essentielle au bon déroulement », quant à la tenue d'audiences en public, dans un sens qui ne soit pas entièrement restrictif puisqu'ils traduisent une supposition que le fait de mener certaines parties de cette enquête en public peut contribuer à son bon déroulement. En d'autres termes, je suis d'avis que l'expression « s'il est convaincu que cette manière de procéder est essentielle au bon déroulement de (l'enquête) » appelle à mener certaines parties de l'enquête en public pour assurer la réalisation de ce but selon les circonstances. Il s'agira en dernier ressort d'une décision discrétionnaire, à prendre au cas par cas en fonction de la nécessité de concilier efficacité et transparence à la lumière des circonstances et du contexte.
4. Comme je l'ai affirmé plus haut, je souhaite veiller à ce que l'enquête bénéficie du point de vue et de l'information que les participants peuvent apporter. J'ai donné instruction à l'avocat à l'enquête de communiquer régulièrement avec les avocats des participants et en particulier les avocats des trois personnes en cause de façon à ce qu'il soit au fait de l'information qui est pertinente et utile du point de vue des participants. J'encourage aussi les avocats des personnes en cause, en particulier, à suggérer des questions à poser et des sujets à examiner dans les entrevues et les audiences qui sont menées en privé.
 5. Je ne crois pas que cette façon de procéder reléguera les avocats des personnes en cause à un rôle passif ou inefficace. Au contraire, je les inviterais à

- coopérer aussi pleinement qu'ils le peuvent avec l'avocat à l'enquête pour s'assurer que nous ne négligions aucune piste dans l'exécution de notre mandat.
6. Je ne crois pas qu'il soit efficace ou, pour diverses raisons, pratique que les avocats des personnes en cause ou ces personnes elles-mêmes reçoivent une autorisation de sécurité ou soient présents à toutes les enquêtes que mon avocat ou moi-même ferons. Ceci prolongerait inutilement l'enquête et la rendrait inefficace. Je n'élève pas ainsi le principe de l'efficacité à un niveau injustifiable, mais je reconnais simplement que, par exemple, le fait d'encourager les débats sur des éléments qui seraient présentés et sur la possibilité d'en autoriser la divulgation ou la nécessité de les expurger et ainsi de suite pourrait, comme l'expérience de l'enquête Arar l'a démontré, augmenter sensiblement les délais et la complexité.
7. Je ne vois pas par ailleurs la nécessité de nommer un *amicus*. Le rôle de l'*amicus* dans l'enquête Arar consistait à aider le commissaire à trancher les questions de confidentialité liée à la sécurité nationale. Le mandat de la présente enquête, au contraire de celui de l'enquête Arar, ne me donne pas de rôle décisionnel sur ces questions; celles-ci doivent être tranchées en fonction de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme je l'ai précisé plus haut, mon rôle et celui de mon avocat consistent à représenter l'intérêt public et j'ose espérer que notre vigilance et notre détermination à mener l'enquête d'une façon objective et indépendante nous permettront de traiter des affaires avec la sensibilité et l'objectivité voulues.

4. *Projet de Règles générales de procédure et de fonctionnement*

[73] À la lumière de ma décision sur la mesure dans laquelle l'enquête sera menée en public ou en privé, j'estime inutile de modifier les règles de façon à prévoir expressément la possibilité que les participants soient informés du contenu des parties de l'enquête qui seront menées en privé ou d'élargir le rôle des participants à l'égard des entrevues avec des personnes et de l'interrogatoire de témoins. Cela étant dit, j'accepte la suggestion du procureur général du Canada que les participants intéressés soient avisés avant que je prenne une décision en vertu de la règle 12(a) de mener une partie de l'enquête en public, et cette règle sera modifiée en conséquence.

[74] J'ai examiné les observations qui portent sur la clarté et le libellé des règles et je juge, à deux exceptions près, que des modifications ne sont pas nécessaires à ce titre. J'accepte d'abord la suggestion du procureur général du Canada que la règle 7 soit clarifiée de façon à indiquer que lorsque des participants et des témoins et leurs avocats reçoivent de l'information et des documents qui n'ont pas été dévoilés dans le rapport public ou dans une partie publique de l'enquête, cette information et ces documents demeureront confidentiels. La règle 7 est modifiée en conséquence.

[75] La deuxième clarification qui est nécessaire à mon avis a trait à la contradiction entre les règles 31 et 32(c) qui a été soulevée par la CSILC et l'ALCCB. Je suis d'accord qu'il y a une ambiguïté dans le projet de règles et j'ai apporté une modification à la règle 31 (maintenant la règle 32) de façon à clarifier la portée du rôle d'avocat d'un témoin durant l'enquête.

[76] À tous autres égards, à mon avis, les règles ont été rédigées avec suffisamment de précision et de flexibilité pour me permettre de mener l'enquête conformément aux lois applicables et au mandat. En particulier, j'estime inutile de préciser que l'enquête n'acceptera pas de preuve obtenue sous la torture, et tout autant inutile de préciser que des conclusions à l'encontre d'un témoin ne peuvent se fonder uniquement sur une entrevue. Quant au premier point, en supposant (sans évidemment en décider pour le moment) qu'une ou l'autre des trois personnes en cause a subi la torture, les choses qui ont été dites ou non sous la torture ainsi que l'utilisation qui a été faite de cette information peuvent très bien être pertinentes à ce que je dois établir. Le fait que j'accepte ce genre d'éléments de preuve pour les fins de l'enquête ne met pas en cause à mon avis les préoccupations qui sous-tendent les observations que j'ai reçues à ce sujet. Quant au deuxième point, à mon avis les dispositions des règles et la *Loi sur les enquêtes* fournissent des protections appropriées et suffisantes. De même, le souhait du procureur général du Canada d'obtenir une plus ample communication au sujet des conclusions non défavorables fondées sur une entrevue, afin de pouvoir mieux se préparer à réagir à tout préavis donné en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, peut être satisfait à la lumière des questions qui surviennent sans qu'il soit nécessaire de modifier les règles.

[77] Comme on l'a vu plus haut, le procureur général soutient que la règle 17 devrait être modifiée de façon à interdire à l'avocat à l'enquête d'examiner les documents à l'égard desquels le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué et à permettre au commissaire d'examiner ces documents uniquement en cas de nécessité absolue. La prétention du procureur général est contraire à la jurisprudence sur cette question, qui a confirmé le droit des avocats d'une commission, à titre d'agents du commissaire, d'examiner les documents à l'égard desquels le privilège du secret professionnel de l'avocat est invoqué.

Dans *Lyons v. Toronto Computer Leasing Inquiry*¹⁸, la Cour divisionnaire a confirmé la décision de la commissaire Bellamy, que l'avocat de la commission avait le droit d'examiner les documents à l'égard desquels un privilège avait été invoqué pour déterminer s'ils étaient en effet visés par un privilège. La juge Swinton, s'exprimant au nom de la Cour, a insisté sur le rôle unique d'avocat d'une commission, qui est assorti d'un devoir d'impartialité et dénué de relation contradictoire avec les autres participants à une enquête¹⁹. Le commissaire O'Connor a adopté une position semblable dans l'enquête Walkerton. Les parties ont convenu que les avocats de la commission examineraient les documents fournis avant toute revendication d'un privilège, et que les questions de privilège seraient réglées avant qu'un document ne soit versé à la preuve²⁰.

[78] L'argument du procureur général est fondé sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*²¹, rejetant une demande de l'avocat d'une partie de voir les documents d'une autre partie visés par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Comme l'avait déjà reconnu la Cour divisionnaire dans l'affaire *Lyons*, il s'agit ici d'une situation très différente de l'examen de documents par l'avocat d'une commission. Je ne vois rien dans l'arrêt *Goodis* de la Cour suprême qui me convaincrerait de m'écarter de la pratique bien établie de commissions d'enquête précédentes.

¹⁸ (2004), 70 O.R. (3d) 39

¹⁹ *Ibid.*, paragraphes 38-39

²⁰ L'honorable Dennis R. O'Connor, *Première partie – Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton : Les événements de mai 2000 et les questions connexes* (2002), p. 507

²¹ [2006] 2 R.C.S. 32

[79] Quoi qu'il en soit, comme l'a admis oralement l'avocat du procureur général du Canada, « ce peut être à certains égards une tempête dans un verre d'eau, car on ne prévoit pas qu'il y ait matière à conflit ou différend »²².

[80] Enfin, j'accepte la suggestion de la PPO et du SPO qu'une règle soit ajoutée afin de créer la possibilité, s'il y a lieu, que les participants proposent les services de leurs avocats à un employé ou un ancien employé qui va participer à une entrevue. J'ai ajouté à ce sujet une nouvelle règle, qui est maintenant la règle 19. Les règles suivantes ont été renumérotées en conséquence. Comme on l'a vu plus haut, une version révisée des règles est jointe à cette décision à titre d'[annexe D](#); elle sera aussi accessible dans le site Web de l'enquête, www.iacobucciinquiry.ca.

[81] En ce qui concerne les autres suggestions visant à ajouter ou remplacer des mots, la plupart émanent de soucis de style ou d'excès de prudence. Je les ai étudiées mais je ne les considère pas comme étant souhaitables ou nécessaires.

V. CONCLUSION

[82] En conclusion, je tiens à réitérer les points exprimés plus tôt que la commission est toujours en voie de recevoir et d'assimiler une grande quantité d'information, et par conséquent que les dispositions prévues par la présente décision ne devraient pas être considérées comme étant immuables. Si une meilleure compréhension des faits et du contexte justifiait la modification d'une ou l'autre partie de cette décision, ces parties seront modifiées et ce, s'il y a lieu, en donnant aux participants et aux intervenants un préavis convenable et la possibilité de donner leurs points de vue.

²² Transcription de l'audience du 17 avril 2007, p. 98

[83] Enfin, je tiens à remercier les avocats des participants et des intervenants de la coopération dont ils ont fait preuve en présentant des observations que j'ai trouvées très utiles.