

Décision sur une question de compétence

Les avocats du destinataire d'un avis donné en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*¹ (le requérant) ont présenté une requête soutenant entre autres que la Commission n'a pas compétence pour faire enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. À la date de la présentation de la requête, le 9 août 2005, la Commission procédait à des audiences à huis clos. Comme la question de compétence touche tous les participants à l'enquête sur les faits, j'ai prescrit que les observations sur cette question soient présentées dans les représentations finales, qu'elles soient distribuées aux autres participants et que les autres participants aient la possibilité de présenter des observations. Par conséquent, en rendant la présente décision, je peux tenir compte des observations du requérant ainsi que de celles des avocats du procureur général du Canada et de M. Arar, lesquels s'opposent tous deux à la demande du requérant que la Commission soit déclarée être constituée irrégulièrement et que l'avis donné au requérant en vertu de l'article 13 soit déclaré invalide et inopérant.

Le requérant soutenait que la *Loi sur les enquêtes* (la *Loi*) vise les enquêtes publiques dans sa partie I et les enquêtes ministérielles dans sa partie II, mais non les enquêtes hybrides des deux types à la fois. Selon le requérant, le décret CP 2004-48 (le décret) crée une telle enquête hybride en recourant à l'expression « de faire enquête et de faire rapport » sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar à l'égard des questions précisées dans les sous-alinéas a)(i) à (v). Il est allégué que cette formule correspond à celle de la Partie II de la *Loi*. Le requérant a souligné la différence par rapport aux termes utilisés dans les décrets qui ont institué l'enquête sur la Somalie et l'enquête sur l'approvisionnement en sang. Il a aussi été avancé que la façon dont la Commission a été créée (sur recommandation de la ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), l'obtention d'importantes parties des témoignages à huis clos et l'interrogation de M. Arar par un enquêteur relèvent davantage d'une enquête ministérielle en vertu de la partie II de la *Loi* que d'une enquête publique.

Pour les raisons énoncées ci-dessous, je rejette ces arguments et je refuse d'accorder la déclaration demandée par le requérant.

Structure et objet de la Loi sur les enquêtes

La *Loi sur les enquêtes* (titre intégral : « *Loi concernant les enquêtes relatives aux affaires publiques et aux ministères* ») comprend quatre parties : la partie I (articles 2 à

¹ L'article 13 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1985, ch. I-11, se lit comme suit :

13. La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.

5), portant le titre « Enquêtes publiques »; la partie II (articles 6 à 10), « Enquêtes ministérielles »; la partie III (articles 11 à 13), « Dispositions générales »; et la partie IV (article 14), « Commissions et tribunaux internationaux ».

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 doit 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*², 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.

J'en conclus que le pouvoir précis de la partie II de la *Loi sur les enquêtes* de « faire enquête et rapport sur toute question touchant l'état et l'administration des affaires de son ministère » ne réduit pas le pouvoir du gouverneur en conseil d'instituer une enquête publique en vertu de la partie I, pour faire enquête et rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à M. Arar. Enfin, je note que dans les cas où le pouvoir exécutif dispose de plus d'un pouvoir d'instituer une enquête, il peut choisir l'un ou l'autre librement³.

Mandat conféré par le décret CP 2004-48

J'accepte le point de vue du procureur général selon lequel pourvu que l'intention du gouverneur en conseil soit manifeste, aucune formule précise n'est nécessaire pour qu'un décret soit valide. Ce point de vue est justifié par la comparaison des termes utilisés dans le décret en cause et de ceux utilisés dans les décrets instituant d'autres

2 L.R. 1985, ch. I-21

3 *Wagstaff v. Secretary of State for Health*, [2001] 1 W.L.R. 292; [2000] E.W.J. No. 4098 (Q.B.), para. 49.

commissions⁴. J'accepte aussi que les termes « faire enquête et rapport » n'indiquent pas nécessairement qu'il s'agisse d'une enquête ministérielle en vertu de la partie II plutôt que d'une enquête publique en vertu de la partie I.

Évoquant des remarques faites à la Chambre des communes par la ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile⁵, le requérant a fait valoir que le fait que j'aie été consulté au sujet du mandat de la Commission était important en ce qu'il indiquait une intention de créer une enquête ministérielle et était, d'une façon non précisée, injuste pour tous les participants. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, il n'importe aucunement que j'aie examiné le mandat avant que le décret CP 2004-48 soit pris. Cela s'est fait dans le cadre d'une pratique qui est apparue lorsque les gouvernements demandent à une personne d'accepter une charge de commissaire. La souscription à cette pratique n'est pas injuste ni ne crée une apparence d'injustice.

L'avocat de M. Arar soutient que l'enquête sur les faits menée par la Commission a pour but « de faire enquête et de faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar », y compris à l'égard de sa détention aux États-Unis, de son expulsion vers la Syrie via la Jordanie, de son emprisonnement et de son traitement en Syrie, de son retour au Canada et de toute autre circonstance touchant directement M. Arar que je trouve pertinente à mon mandat. Le mandat de la Commission ne se limite pas à faire enquête et rapport sur l'état et l'administration des affaires d'un ministère particulier du gouvernement fédéral, ni même à des employés du gouvernement fédéral. Une enquête ministérielle ne pourrait pas être instituée à l'égard du Cabinet du premier ministre, des cabinets de ministres de la couronne ou du Bureau du Conseil privé, puisque ces constituantes du pouvoir exécutif ne sont pas des ministères. De plus, il n'est pas certain que des employés du SCRS ou des agents de la GRC à une enquête ministérielle pourraient faire l'objet d'une enquête ministérielle. Évidemment, des agents de services policiers municipaux et provinciaux qui ont été délégués au Projet AO Canada n'étaient pas des employés d'un ministère du gouvernement fédéral. Pourtant, ils sont tous des responsables canadiens aux fins du mandat confié à cette Commission.

J'en conclus que le mandat de la Commission ne limite pas cette enquête à une enquête ministérielle visant des employés de ministères du gouvernement fédéral, puisqu'une telle limite serait incompatible avec la nature même de l'enquête que j'ai été chargé d'entreprendre.

4 Par exemple, les mots clés du décret fédéral constituant la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang (1993) étaient « faire enquête et rapport » : voir C.P. 1993-1879, le 4 octobre 1993. Le décret fédéral C.P. 1995-442, qui a créé la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie (1995) utilisait les mots « de faire enquête et de faire rapport ». Le décret provincial instituant ce qu'on a appelé l'Enquête sur Walkerton recourait à l'expression « enquêter sur » : voir le décret de l'Ontario 1170-2000. Comme dans le cas de la présente Commission, le décret fédéral C.P. 2004-110 créant la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires prescrivait « de faire enquête et de faire rapport ».

5 Voir *Débats de la Chambre des communes*, 37^e législature, 3^e session, 56 (2:1420)

Importance de la recommandation de la ministre au gouverneur en conseil

À l'appui de l'argument voulant que la création de cette Commission a suivi des processus que l'on attendrait dans le cas d'enquêtes ministérielles instituées en vertu de la partie II de la *Loi*, le requérant souligne le fait que le décret fait allusion à la « recommandation de la solliciteure générale du Canada portant le titre de vice-première ministre et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ». Le requérant soutient que c'est un élément compatible avec l'institution d'une enquête ministérielle en vertu de l'article 6 de la *Loi*, qui habilite le ministre chargé d'un ministère fédéral à nommer un ou plusieurs commissaires pour faire enquête et rapport sur l'état ou l'administration des affaires de son ministère. Cette disposition peut être comparée à l'article 2 de la *Loi*, qui prévoit que le gouverneur en conseil peut faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques.

Cependant, tout décret doit être recommandé par un ministre de la Couronne. Même si les décrets créant des commissions d'enquête sont souvent pris sur la recommandation du premier ministre, cette pratique n'est pas invariable⁶. J'en conclus que l'allusion faite dans le décret à la ministre qui l'a recommandé n'altère pas le statut légal de cette enquête publique.

Le fait de recevoir des témoignages à huis clos altère-t-il le statut légal d'une enquête publique?

Le requérant a soutenu que l'alinéa *k*) du décret est contraire au but et à l'esprit d'une enquête publique instituée en vertu de la partie I de la *Loi*. L'alinéa *k*) m'impose de prendre les mesures nécessaires pour prévenir la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon moi préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Il exige aussi qu'à la demande du procureur général, je reçoive à huis clos et en l'absence de toute partie et de leurs avocats les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. En conséquence, j'ai reçu une importante partie des témoignages à huis clos, du moins dans un premier temps.

Je ne suis pas d'accord avec l'argument du requérant selon lequel l'alinéa *k*) me confère une discrétion absolue de recevoir des témoignages à huis clos. Il m'intime expressément de recevoir des renseignements à huis clos dans les circonstances qu'il décrit. En raison des répercussions de cette exigence sur les audiences de la Commission, j'ai nommé un *amicus curiae* chargé d'examiner les demandes du gouvernement en ce qui a trait aux audiences à huis clos. Pour déterminer si je devais recevoir des renseignements à huis clos et en l'absence des parties et de leurs avocats, l'*amicus curiae* m'a été d'un précieux concours.

⁶ Par exemple, le décret créant la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie a été pris sur la recommandation du ministre de la Défense nationale : voir C.P. 1995-442, le 20 mars 1995.

Le requérant n'aborde pas la question de savoir comment la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale – ou, de fait, pour quelque motif que ce soit – peut être respectée dans une enquête publique. Selon ma lecture de la *Loi sur les enquêtes*, rien n'indique qu'elle puisse avoir préséance sur d'autres lois fédérales. Elle n'établit aucune hiérarchie. Pour cette raison, il est essentiel que les audiences de toute commission tiennent compte de la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale et de toute forme de privilège.

La Cour du Banc de la Reine d'Angleterre a reconnu que dans les enquêtes publiques, certaines circonstances peuvent obliger à tenir une partie des audiences en privé :

[TRADUCTION]

Nul ne doute qu'il y ait des circonstances où la liberté de recevoir de l'information ou la liberté d'expression doivent être limitées dans l'intérêt public... Il peut en aller de même à l'égard de la sécurité nationale, des renseignements médicaux ou des mesures disciplinaires, mais lorsque ces libertés seraient limitées, la justification doit en être strictement prouvée.⁷

J'en conclus que mon observation des exigences de l'alinéa *k*) du décret n'a pas privé cette Commission de sa compétence pour faire enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à M. Arar.

La nomination d'un enquêteur altère-t-elle le statut légal d'une enquête publique?

Je n'accepte pas la prétention du requérant selon laquelle la façon dont M. Arar a été interrogé – c'est-à-dire par l'enquêteur nommé conformément à ma décision du 9 mai 2005 – correspond aux modalités prévues dans la partie II de la *Loi sur les enquêtes*. Le requérant renvoie à ce sujet à l'article 9 de la *Loi*, qui habilite les commissaires menant une enquête ministérielle à autoriser un fonctionnaire à recueillir des dépositions et leur en faire rapport.

L'article 11 de la *Loi* (qui figure dans la partie III s'appliquant aux enquêtes tant publiques que ministérielles) habilite les commissaires, qu'ils soient nommés sous le régime de la partie I ou de la partie I, s'ils y sont autorisés par leur commission, à retenir les services d'experts et collaborateurs dont ils jugent le concours utile, et tels experts ou « autres personnes qualifiées » peuvent effectuer « toute partie d'une enquête relevant de leur commission » sur délégation du commissaire⁸. L'alinéa *j*) du décret prévoit « que le commissaire soit autorisé à retenir les services d'experts et d'autres personnes mentionnées à l'article 11 de la Loi sur les enquêtes ».

En outre, l'alinéa *e*) m'habilite à adopter les procédures et méthodes qui me paraissent indiquées pour la conduite de l'enquête. La souplesse que m'accorde cet alinéa est

⁷ *Wagstaff, supra*, note 3, para. 99

⁸ Paragraphe 11(2)

conforme à la description des commissions d'enquête donnée par la Cour suprême du Canada, selon laquelle elles « n'ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux », tirant leur source et leur fondement « d'une procédure qui n'est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure d'une cour de justice »⁹.

J'ai insisté sur le fait que toute décision sur la comparution de M. Arar devant la Commission et son assujettissement à un contre-interrogatoire a été reportée jusqu'à la publication du rapport provisoire¹⁰.

J'en conclus que la nomination d'un enquêteur pour interroger M. Arar est autorisée par l'article 11 de la *Loi sur les enquêtes* et le mandat de cette Commission, et n'altère pas le statut légal de cette enquête.

Conclusion

La demande de déclaration que la Commission est irrégulièrement constituée et que l'avis donné au requérant en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les enquêtes* est invalide est rejetée.

Le 3 janvier 2006

Le commissaire Dennis O'Connor

⁹ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 3 R.C.S. 440, para. 34

¹⁰ Décision sur les questions relatives au processus et à la procédure, 9 mai 2005, p. 2