

DÉCISION RELATIVE À LA CONFIDENTIALITÉ

I. Introduction	2
Cadre juridique.....	3
II. Requête en divulgation	4
A. Nature de la requête.....	4
B. Les arguments des parties.....	6
1. M. Arar	6
2. Le procureur général.....	6
C. Les arguments de M. Atkey	8
D. Décision.....	8
III. Sous-alinéa k)(i) du Mandat	12
A. Les arguments des parties.....	13
1. Le procureur général.....	13
2. M. Arar	15
B. Décision.....	15
IV. Sous-alinéa k)(iii) du Mandat	18
V. Dispositions de la <i>Loi de la preuve au Canada</i> sur la divulgation 20	
A. Les arguments des parties.....	20
1. Le procureur général.....	21
2. M. Arar	21
B. Décision.....	21
VI. La procédure	22
Annexe « A »	28
Annexe « B »	36

DÉCISION RELATIVE À LA CONFIDENTIALITÉ

I. INTRODUCTION

J'ai été chargé, aux termes du décret C.P. 2004-48 (le Mandat), de faire enquête et de faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à M. Maher Arar et de formuler des recommandations sur la création d'un mécanisme d'examen indépendant des activités de la Gendarmerie royale du Canada concernant la sécurité nationale.

Les Règles de procédure ont maintenant été finalisées et des exemplaires distribués aux parties et aux intervenants. Les Règles ont été affichées sur le site Web de la Commission.

J'ai reçu de plusieurs parties et intervenants des représentations au sujet de la confidentialité liée à la sécurité nationale. Ces représentations se sont avérées très utiles et elles m'ont aidé à concevoir la procédure qui est selon moi la plus efficace pour traiter de manière exhaustive, équitable et uniforme, ainsi qu'expéditive, de la confidentialité liée à la sécurité nationale.

Cette décision porte sur les questions liées à la divulgation publique de renseignements qui font l'objet d'une revendication de confidentialité liée à la sécurité nationale (CLSN), c'est-à-dire, une revendication portant que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. La décision traite de la requête de l'avocate de M. Arar pour obtenir la divulgation des renseignements pour lesquels le procureur général du Canada réclame la CLSN, mais qui sont dans le domaine public. La décision traite aussi de questions d'interprétation relatives aux sous-alinéas k)(i) et k)(iii) du Mandat de la Commission d'enquête, et de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 et Annexe. Finalement, la décision expose la procédure suivie dans le cadre de l'enquête eu égard aux renseignements et preuves qui font l'objet d'une revendication de la CLSN.

Cadre juridique

Je suis chargé, comme le précise le Mandat :

- a) de faire enquête et de faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (l'enquête sur les faits), notamment en ce qui concerne :
 - (i) la détention de M. Arar aux États-Unis,
 - (ii) son expulsion vers la Syrie via la Jordanie,
 - (iii) son emprisonnement et le traitement qu'il a subi en Syrie,
 - (iv) son retour au Canada,
 - (v) toute autre question directement liée à M. Arar que le commissaire juge utile à l'accomplissement de son mandat [...].

Le Mandat comprend aussi des dispositions relatives aux renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Notamment, mes instructions sont les suivantes :

[...]

- k) [...] que le commissaire reçoive instruction de prendre, au cours de l'enquête, les mesures nécessaires pour prévenir la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon lui préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales et, s'il y a lieu, de tenir les audiences conformément à la procédure suivante :

- (i) à la demande du procureur général du Canada, le commissaire reçoit à huis clos et en l'absence de toute personne qu'il désigne les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon lui préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales,
- (ii) afin de maximiser la diffusion de renseignements pertinents pour le public, le commissaire peut diffuser une partie des renseignements communiqués pendant la partie de l'audience tenue à huis clos, ou un

résumé de ceux-ci, après avoir avisé le procureur général du Canada et lui avoir donné l'occasion d'émettre ses commentaires,

(iii) si le commissaire est d'avis que les renseignements diffusés aux termes du sous-alinéa (ii) sont insuffisants, il peut en aviser le procureur général du Canada, l'avis étant réputé un avis prévu à l'article 38.01 de la *Loi sur la preuve au Canada*;

[...]

m) que le présent décret n'ait pas pour effet de restreindre l'application de la *Loi sur la preuve au Canada*;

Les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* pertinentes aux questions traitées dans cette décision sont jointes en Annexe « A ».

II. REQUÊTE EN DIVULGATION

L'avocate de M. Arar a déposé une requête, datée du 30 mai 2004, pour obtenir la divulgation des dossiers en possession du gouvernement contenant ou liés à des renseignements qui sont déjà dans le domaine public. La requête est appuyée par un certain nombre d'intervenants. L'avocate du procureur général a répondu à la requête par écrit et ses représentations ont été appuyées par la Police provinciale de l'Ontario. Des représentations orales de l'avocate de M. Arar et du procureur général ont été entendues lors d'une audience tenue le 5 juillet 2004. M. Ronald Atkey, *amicus curiae* pour les questions relatives à la CLSN, a aussi fait des représentations lors de l'audience.

A. Nature de la requête

L'avocate de M. Arar demande des ordonnances intimant au gouvernement de divulguer tous les dossiers contenant des renseignements qui sont dans le domaine public ou qui deviennent publics durant l'enquête, ou subsumés ou devenus évidents en raison des renseignements dans le domaine public, et les dossiers qui contiennent des renseignements émanant de M. Arar ou de son avocate, ou qui ont été divulgués à

M. Arar par des représentants du gouvernement aux États-Unis et en Syrie. Cette requête vise tout renseignement divulgué :

- à et par M. Arar durant tout interrogatoire aux É.-U. et en Syrie;
- à et par les avocats de M. Arar, MM. Michael Edelson et James Lockyer;
- à et par Mme Monia Mazigh durant tout interrogatoire en Tunisie;
- résultant de la communication des dossiers à Mme Juliet O'Neill du *Ottawa Citizen*;
- par les représentants du gouvernement canadien dans le Hansard, lors de comparutions devant des comités parlementaires, aux médias, et en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*;
- par les représentants du gouvernement des É.-U. aux médias;
- par les représentants du gouvernement de la Syrie aux médias; et
- par des sources anonymes dans les médias.

L'avocate de M. Arar a soumis une liste détaillée des renseignements publics liés à M. Arar, recueillis de sources officielles et de rapports des médias. L'avocate demandait la divulgation de documents précis qu'elle avait pu identifier, y compris une version non éditée de l'ordonnance américaine de déportation de M. Arar en Syrie et la décision du directeur régional, deux documents datés du 7 octobre 2004, des copies des déclarations de M. Arar aux autorités des É.-U. et de la Syrie, le contenu d'un dossier « JSTF » qui semble-t-il a constitué la base de l'article du 8 novembre 2003 de Mme Juliet O'Neill dans le *Ottawa Citizen*, le contenu d'un « dossier syrien » sur M. Arar qui prétend-on a été remis au gouvernement canadien, les contenus d'un « dossier tunisien » qui aurait censément été montré à Mme Mazigh durant un interrogatoire en Tunisie, et une copie de la déclaration de M. Edelson au surintendant Garvie durant l'enquête dans l'affaire de M. Arar par le Commissaire aux plaintes de la GRC.

L'avocate demandait aussi la divulgation de renseignements relatifs à certains événements ou questions liés à M. Arar, comme les enquêtes relatives aux présumées activités terroristes au Canada et aux É.-U. durant la période précédant la détention de

M. Arar, l'échange de renseignements entre le Canada et les É.-U., les communications entre la police et M. Edelson, la pratique gouvernementale d'extradition extraordinaire, et les prétendues « fuites » au sujet de M. Arar avant et après son retour au Canada.

B. Les arguments des parties

1. M. Arar

L'essence de la requête de M. Arar est d'alléguer qu'aucune revendication valide de la CLSN ne peut être faite au sujet des renseignements qui sont dans le domaine public. Ainsi, tout document gouvernemental pertinent qui est dans le domaine public doit être divulgué publiquement. L'avocate de M. Arar a présenté deux arguments au soutien de cette allégation. La première était que, dans le contexte d'une enquête publique, les renseignements qui sont dans le domaine public ne peuvent être protégés. En conséquence, l'alinéa k) du Mandat de la Commission ne s'applique pas aux documents qui contiennent de tels renseignements. À ce titre, j'ai le pouvoir discrétionnaire de rejeter toute revendication de la CLSN concernant tout renseignement dans le domaine public, au motif que la requête est un abus du pouvoir du gouvernement de revendiquer la CLSN.

Subsidiairement, l'avocate de M. Arar a soutenu que si l'alinéa k) s'applique aux revendications de la CLSN du procureur général, alors le fait que les renseignements soient déjà dans le domaine public signifie que la divulgation des documents contenant de tels renseignements ne porterait pas préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales (les éléments de la CLSN) car tout préjudice qui pourrait être causé par la divulgation s'est déjà produit.

2. Le procureur général

L'avocate du procureur général a soutenu que la requête de l'avocate de M. Arar était à la fois inappropriée et prématurée. La requête était inappropriée parce que, dans le contexte d'une enquête, une partie reçoit des renseignements de la commission

d'enquête et non des autres parties. En conséquence, je n'aurais pas compétence pour rendre une ordonnance, comme le demande M. Arar, enjoignant le gouvernement de produire des renseignements à M. Arar ou au public.

L'avocate du procureur général a soutenu que la requête était prématurée parce que, en considérant les revendications de la CLSN du gouvernement, il est nécessaire que j'entende la preuve qui justifie ces revendications visant des documents et renseignements précis. Il serait inapproprié que je rende des décisions dans l'abstrait sur les revendications de la CLSN sans avoir entendu les éléments de preuve qui sous-tendent la revendication. Ces éléments seront portés à ma connaissance durant les audiences à huis clos de la Commission.

L'avocate du procureur général a aussi soutenu qu'il se pourrait que les renseignements rapportés dans les médias n'aient pas été placés dans le domaine public de façon légitime. Les rapports des médias pourraient être inexacts. Lorsque la divulgation était non autorisée ou fondée sur des motifs non légitimes, les rapports des médias ne devraient pas entraîner la divulgation de documents qui vérifient ou contestent ces renseignements.

D'autre part, l'avocate du procureur général a déclaré que le fait que les renseignements soient légitimement dans le domaine public était un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer si les renseignements devraient être entendus en public. De plus, il est convenu que l'objectif du procureur général à l'enquête est de maximiser la divulgation publique des renseignements pertinents.

Finalement, l'avocate du procureur général a traité d'un certain nombre de documents précis dont il est fait mention dans les arguments de l'avocate de M. Arar. Eu égard aux documents de déportation des É.-U. du 7 octobre 2004, l'avocate a indiqué que le gouvernement ne possédait pas une copie non éditée de ces documents qu'il pourrait produire. L'avocate a aussi souligné que le gouvernement ne possède aucune information quant aux renseignements divulgués à Mme Mazigh en Tunisie. Quant à la déclaration de M. Edelson au surintendant Garvie, elle a été produite à la Commission,

et elle peut être divulguée, comme tous les autres documents pour lesquels le gouvernement n'a pas fait de revendication de la CLSN. Dans le cas de l'article de Mme O'Neill du 8 novembre 2003, l'avocate a fait valoir que l'enquête devrait attendre la décision sur les questions de confidentialité dans le cadre du procès en cours devant la juge Ratushny de la Cour supérieure.

C. Les arguments de M. Atkey

M. Atkey a soutenu qu'à son avis la requête n'était pas prématurée et qu'elle soulevait des questions importantes au sujet de la divulgation des renseignements pertinents à l'enquête. Ce qui pourrait être prématuré de ma part serait que je prenne une décision immédiate de rendre une ordonnance sans examen plus approfondi, à une audience à huis clos, des documents liés aux renseignements qui sont dans le domaine public. À ce titre, le dossier de la requête serait extrêmement utile.

M. Atkey a aussi soutenu que la question de savoir si les renseignements sont légitimement dans le domaine public semble être au cœur du mandat de la Commission d'enquête visant à déterminer si la conduite des représentants du gouvernement a été inappropriée en raison, par exemple, de divulgations non autorisées ayant pour but de nuire à la réputation de M. Arar.

D. Décision

L'argument du gouvernement que la requête est inappropriée parce qu'elle vise une divulgation par le gouvernement plutôt que par la Commission est techniquement exact, mais sans conséquence. Je traiterai de la requête comme si elle visait la divulgation par la Commission.

Je suis d'accord avec M. Atkey que la requête n'est pas prématurée et qu'elle constitue un exercice utile. La requête soulève des questions importantes, non seulement en matière de divulgation des renseignements déjà dans le domaine public, mais aussi au sujet de l'autorité et de la procédure de cette Commission en général, en relation avec la

divulgarion d'autres renseignements pertinents. Néanmoins, je ne suis pas pour le moment en position de décider de la divulgation de documents précis, car je n'ai pas entendu la preuve au sujet des circonstances entourant la production ou la réception de tels documents par le gouvernement. De plus, je n'ai pas entendu la preuve que le procureur général peut désirer présenter à l'appui de ses revendications de la CLSN.

J'ai examiné le résumé d'un certain nombre de documents faisant l'objet de revendications de la CLSN, qui semblent liés aux renseignements dans le domaine public. Je l'ai fait dans le but de procéder à une évaluation préliminaire pour découvrir s'il était possible que je puisse formuler une opinion, à ce stade, quant à la question de savoir si la divulgation de tels documents pourrait porter préjudice à l'un des éléments de la CLSN. Dans presque tous les cas, j'ai conclu qu'il est nécessaire que j'entende une preuve supplémentaire avant de prendre une telle décision. Ceci est particulièrement important dans le cas de documents reçus des gouvernements étrangers et dans le cas de documents liés aux « fuites » aux médias, qui seraient censément imputables à des représentants du gouvernement canadien.

De plus, dans le cas de plusieurs revendications de la CLSN, je serai mieux en mesure d'en évaluer l'importance lorsque je pourrai les placer dans le contexte de l'ensemble de la preuve faisant l'objet d'une revendication de la CLSN.

Cela dit, je crois utile que cette décision traite de plusieurs des questions soulevées dans les arguments.

Premièrement, l'avocate du procureur général a indiqué dans son argumentation que le gouvernement déploierait ses meilleurs efforts pour limiter autant que possible les revendications de la CLSN. Elle a aussi convenu qu'il serait inapproprié que le procureur général présente des revendications de la CLSN qui seraient trop globales dans une « première évaluation », pour ensuite négocier avec l'avocat de la Commission au sujet de la validité de telles revendications. Je la félicite d'adopter cette approche. À mon avis, c'est la bonne approche et l'avocate du procureur général devrait faire tout en son pouvoir pour s'assurer qu'elle est respectée.

Dans son argumentation, l'avocate de M. Arar soutient que je peux rejeter une revendication de la CLSN de la part du procureur général au motif qu'elle est inappropriée du fait que les renseignements sont déjà dans domaine public. Dans un cas pareil, elle fait valoir que je n'ai pas à tenir compte du critère de l'alinéa k) du Mandat, à savoir si la divulgation peut porter préjudice à la CLSN. Je ne peux accepter cet argument. Aucune telle compétence ne m'est expressément accordée dans le Mandat. Plus important encore, le libellé du sous-alinéa k)(i) vient appuyer le point de vue contraire. Il porte que, à la demande du procureur général, le commissaire reçoit les renseignements à huis clos si selon lui la divulgation des renseignements porterait préjudice à l'un des éléments de la CLSN. Il en découle que, pour rejeter une revendication de la CLSN, je dois tout d'abord décider que la divulgation ne porterait pas préjudice.

Dans ses arguments, l'avocate de M. Arar renvoie à de nombreuses décisions relatives aux revendications de confidentialité portant sur des renseignements qui sont déjà dans le domaine public, y compris l'arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a rejeté la revendication de confidentialité du cabinet faite par le gouvernement, agissant comme défendeur dans une cause civile, au sujet des documents antérieurement divulgués aux plaignants. Le raisonnement dans l'arrêt *Babcock* semble fortement pertinent pour toute décision en vertu du sous-alinéa k)(i) eu égard aux renseignements que le gouvernement a antérieurement rendus publics. Toutefois, la question de savoir si le sous-alinéa k)(i) s'applique est liée au libellé du Mandat et je ne crois pas que l'arrêt *Babcock* ou toute autre jurisprudence aide à la résoudre.

Le second argument de l'avocate est que comme les renseignements sont dans le domaine public, leur divulgation ne porterait pas préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Je suis d'accord que le fait que les renseignements contenus dans un document sont dans le domaine public est un facteur important lorsqu'il faut évaluer si la divulgation de ce document peut en soi être préjudiciable à l'un des éléments de la CLSN. Dans d'autres cas où le privilège de

confidentialité est revendiqué, comme la confidentialité entre avocat et client, et celle du cabinet, une divulgation antérieure rend le privilège caduc. Cela dit, je ne crois pas que le fait que les renseignements sont dans le domaine public soit nécessairement concluant lorsque la question se pose en vertu du sous-alinéa k)(i). En définitive, le critère consiste toujours à savoir si la divulgation pourrait porter préjudice à un élément de la CLSN. Toutefois, c'est une question de bon sens que la divulgation antérieure tendra à affaiblir sérieusement, si ce n'est à contredire, l'argument qu'une divulgation supplémentaire porterait préjudice.

Finalement, il peut être utile que je fasse des commentaires sur certains documents précis qui ont fait l'objet de discussions durant les débats.

La Commission n'a aucune connaissance de documents provenant d'un « dossier tunisien » sur M. Arar que le gouvernement aurait produits à l'enquête, et l'avocate du procureur général a indiqué que le gouvernement ne possède aucun renseignement sur un tel dossier.

Les revendications de la CLSN au sujet des renseignements sur M. Arar fournis au gouvernement canadien par les autorités des É.-U. ou de la Syrie impliquent généralement des assurances du gouvernement canadien à ces États au sujet des échanges de renseignements. En examinant un certain nombre de tels documents, je conclus qu'il est nécessaire d'entendre d'autres preuves avant de me faire une opinion sur la CLSN.

Une copie de la déclaration de M. Edelson au surintendant Garvie a été fournie à l'avocate de M. Arar, pour sa préparation au témoignage de M. Edelson.

L'avocat de la Commission a demandé que le procureur général réexamine les revendications de la CLSN eu égard à un nombre de documents précis, y compris certains documents liés aux communications de la police avec M. Edelson et des membres de la famille de M. Arar. L'avocat de la Commission a aussi demandé au procureur général de réexaminer les revendications de la CLSN au sujet de certains

documents créés au Canada et qui auraient censément été montrés à M. Arar durant sa détention aux É.-U. Je vais examiner si je dois rendre une ordonnance au sujet de ces documents lorsque le procureur général aura réagi à ces demandes.

Finalement, je suis d'accord avec les arguments de l'avocate du procureur général que les documents liés à l'article de Mme O'Neill du 8 novembre 2003 ne devraient pas être divulgués avant que la juge Ratushny n'ait tranché les questions de confidentialité présentement devant elle, à moins qu'une demande lui soit soumise par une partie à l'enquête.

III. SOUS-ALINÉA K)(I) DU MANDAT

Le 24 juin 2004, la Commission a fait parvenir deux questions aux avocates de M. Arar et du procureur général. Ces questions sont jointes en Annexe « B ».

Les questions ont été posées dans le but d'inviter d'autres soumissions sur des aspects précis soulevés dans le contexte de mon examen des questions relatives à la confidentialité et de la procédure générale de l'enquête. Elles ne reflètent aucune décision de ma part.

La première question porte sur les étapes de la procédure qui suivent une décision de ma part en vertu du sous-alinéa k)(i) que la divulgation des renseignements faisant l'objet d'une revendication de la CLSN ne porterait pas préjudice à l'un des éléments de la CLSN. Dans l'éventualité où je prendrais une telle décision, la question a été élaborée pour suggérer que de tels renseignements pourraient être divulgués au public après une période de dix jours suivant la réception par le procureur général de ma décision, à moins que le procureur général n'avise la Commission dans ce délai qu'il demandera à la Cour fédérale une ordonnance d'interdiction de divulgation en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le procureur général a soulevé des objections à cette interprétation du sous-alinéa k)(i), en arguant qu'elle allait à l'encontre de la *Loi sur la preuve au Canada*.

A. Les arguments des parties

1. Le procureur général

L'avocate du procureur général a plaidé que, malgré ma décision en vertu du sous-alinéa k)(i) du Mandat que la divulgation des renseignements ne porterait pas préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, tout tel renseignement demeure un « renseignement potentiellement préjudiciable » et un « renseignement sensible » en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les dispositions de l'article 38 s'appliquent généralement à la procédure de l'enquête et ne sont pas modifiées par le Mandat de la Commission d'enquête. En fait, l'alinéa m) du Mandat prévoit expressément que le libellé du Mandat ne doit pas être interprété de manière à restreindre l'application de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Il découle de ce qui précède que la Commission ne peut divulguer des renseignements qui font objet d'une revendication de la CLSN, même après ma décision que la divulgation ne porterait pas préjudice à l'un des éléments de la CLSN, à moins que le procureur général n'autorise la divulgation en vertu de l'article 38.03 ou 38.0301 de la *Loi sur la preuve au Canada* ou à moins qu'un juge de la Cour fédérale n'autorise la divulgation en vertu du paragraphe 38.06(1) ou (2). Si la Commission désire divulguer un tel renseignement sans l'autorisation du procureur général, et si le procureur général ne présente pas une demande en Cour fédérale, la Commission peut s'adresser à la Cour fédérale, en vertu de l'alinéa 38.04(2)c), pour obtenir une ordonnance d'autorisation de divulgation. La Commission peut procéder ainsi après une période de dix jours suivant la réception par le procureur général de ma décision qu'une divulgation ne porterait préjudice à aucun des éléments de la CLSN.

La Commission est énumérée comme une entité désignée dans l'Annexe à la *Loi sur la preuve au Canada*. Selon l'avocate du procureur général, l'objectif de cette désignation est de permettre au gouvernement de produire des renseignements potentiellement préjudiciables et sensibles devant la Commission sans déclencher l'application des paragraphes 38.01(1) à (4) et les procédures y afférentes. Toutefois, la désignation de

la Commission dans l'Annexe n'autorise pas la Commission à divulguer publiquement des renseignements dont j'ai jugé que la divulgation ne porterait pas préjudice, sans une autorisation du procureur général ou d'un juge de la Cour fédérale. Cet argument est conforté par l'inclusion des mots « sauf dans le cas où l'audience est ouverte au public » dans la désignation de la Commission dans l'Annexe.

De plus, l'avocate du procureur général plaide que le paragraphe 38.02(1.1) n'autorise pas la Commission à divulguer publiquement des renseignements dont j'ai jugé que la divulgation ne porterait préjudice à aucun des éléments de la CLSN, sans l'autorisation du procureur général ou d'un juge de la Cour fédérale. Ce paragraphe est rédigé comme suit :

« (1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis. »

Cette disposition exige que l'entité ne divulgue pas des renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles contenus dans une décision dans les dix jours suivant la réception par le procureur général de l'avis de la décision. L'avocate du procureur général a souligné que cette disposition ne couvre pas ce qui survient après que l'avis ait été donné au procureur général. Ainsi, elle n'oblige pas expressément le procureur général à répondre de quelque manière que ce soit à une décision d'une entité désignée. Pour cette raison, et à la lumière de l'alinéa m) du Mandat, le paragraphe 38.02(1.1) n'autorise pas la Commission à divulguer publiquement des renseignements dont j'ai jugé que la divulgation ne porte préjudice à aucun des éléments de la CLSN, sans l'autorisation du procureur général ou d'un juge de la Cour fédérale.

Finalement, je note que les arguments du procureur général sont en accord avec une requête supplémentaire du gouvernement, reçue par la Commission le 22 juin 2004, d'amender les règles 50b), 55 et 56 des Règles de procédure de l'enquête.

2. M. Arar

L'avocate de M. Arar a soutenu que la Commission peut divulguer des renseignements une fois que j'ai jugé que la divulgation ne porterait préjudice à aucun des éléments de la CLSN, à moins que le procureur général ne prenne des mesures concrètes pour prévenir une telle divulgation. L'article 38.01 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne s'applique pas à la Commission, car l'Annexe décrit la Commission comme une entité désignée « pour les besoins de cette enquête ». Dans la liste de l'Annexe, l'inclusion des mots « sauf dans le cas où l'audience est ouverte au public » vise à exiger que je me fasse une opinion à savoir si la divulgation porterait préjudice lors d'une audition à huis clos, et non de prévenir la divulgation publique des renseignements une fois que j'ai jugé que leur divulgation ne porterait pas préjudice.

De plus, il n'est pas logique que l'enquête consacre à la prise de décision sur une revendication de la CLSN par le procureur général autant de temps et de fonds, tel que prévu au sous-alinéa k)(i) du Mandat, si cette décision n'a pas préséance sur la revendication initiale de la CLSN par le procureur général. Si le gouvernement s'objecte à la divulgation par la Commission, suite à ma décision, le procureur général a la possibilité de délivrer un certificat en vertu de l'article 38.13 interdisant la divulgation. Cette interprétation est en accord avec la *Loi sur la preuve au Canada* et elle a l'avantage de maximiser et de faciliter la divulgation dans le contexte d'une enquête publique.

B. Décision

La question consiste à savoir si, en vertu des dispositions de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, il m'est interdit de divulguer des renseignements dont j'ai jugé que la divulgation ne porterait pas préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à

la sécurité nationales, une fois écoulé le délai de dix jours suivant l'avis de ma décision donné au procureur général, dans les situations où le procureur général n'a ni accepté la divulgation, ni soumis une demande à la Cour fédérale pour l'interdire. Si je ne peux divulguer un tel renseignement, le seul recours à ma disposition serait de présenter une demande à la Cour fédérale pour autoriser la divulgation.

Les dispositions de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* au Canada ont été édictées en décembre 2001 dans le cadre du Projet de loi C-36, la législation anti-terroriste du gouvernement. Personne ne m'a cité une jurisprudence dans laquelle l'interprétation des paragraphes en litige ici a été examinée par un tribunal.

Malheureusement, les dispositions de l'article 38 ne fournissent pas une réponse claire à la question. Il est difficile de faire cadrer les décisions prises par les entités énumérées auxquelles renvoie le paragraphe 38.02(1.1) avec le régime législatif applicable lorsqu'un avis est donné au procureur général en vertu de l'article 38.01. Il est clair, toutefois, que peu importe l'interprétation donnée à l'article 38, le procureur général doit recevoir avis d'une décision d'une entité énumérée pouvant résulter dans la divulgation de tout tel renseignement, et, selon moi, le procureur général dispose des moyens pour contester une telle décision soit en Cour fédérale, soit en délivrant un certificat en vertu de l'article 38.13.

La Commission a soulevé cette question relative au sous-alinéa k)(i) dans l'espoir de résoudre un problème potentiel de procédure au stade initial afin d'éviter des délais ultérieurs dans les travaux. Toutefois, j'ai conclu qu'il ne serait pas sensé que je prenne une décision sur la question à ce stade. Comme je l'ai déjà dit, la réponse est loin d'être claire. De plus, la question peut ne jamais survenir dans le contexte de l'enquête. Le procureur général peut être en accord avec mes décisions de divulgation ou, s'il est en désaccord, il peut présenter une demande pour faire contrôler mes décisions par la Cour fédérale. Ce n'est que dans le cas où le procureur général garde le silence pendant dix jours après la réception de l'avis de ma décision que je devrai faire face à la question actuelle. J'espère que cette situation ne se produira pas.

Je voudrais ajouter quelques observations. Quelque interprétation que l'on adopte, il me semble qu'il serait inhabituel d'exiger que les entités énumérées à l'Annexe de la *Loi de la preuve au Canada* présentent des demandes à un juge de la Cour fédérale pour la divulgation des renseignements contenus dans leurs décisions. Ceci serait particulièrement inhabituel du fait que plusieurs des entités énumérées sont des juges de la Cour fédérale. Je ne connais aucun régime procédural exigeant qu'un juge présente une demande à un autre. Une approche plus habituelle, bien entendu, est que lorsqu'une personne, comme le procureur général, désire contester une décision, elle doit présenter une demande de contrôle judiciaire. Quoi qu'il en soit, je remets la résolution de cette question à un autre jour, et de préférence à une autre entité énumérée ou à un tribunal.

Finalement, je veux traiter des arguments de l'avocate de M. Arar en ce qui a trait aux options disponibles au procureur général s'il s'oppose à la divulgation dans le délai de dix jours. En fonction de la décision au sujet de la question présentée précédemment, le procureur général peut avoir l'option de ne rien faire. L'avocate de M. Arar a soumis que la seule option disponible au procureur général à ce stade est de délivrer un certificat en vertu de l'article 38.13. L'autre possibilité est que le procureur général pourrait présenter une demande en Cour fédérale en vertu du paragraphe 38.04(1) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements au sujet desquels j'ai pris une décision en vertu du sous-alinéa k)(i).

Je suis convaincu que le procureur général peut se prévaloir de ces deux options. Si, suite à la réception d'un avis d'une décision mentionnée au paragraphe 38.02(1.1) il est nécessaire d'aviser le procureur général en vertu de l'article 38.01 pour que ce dernier puisse présenter une demande en vertu du paragraphe 38.04(1), je suis convaincu qu'il est possible que les personnes impliquées dans l'enquête pour le compte du gouvernement donnent avis au procureur général en vertu des paragraphes 38.01(1) à (4) que des renseignements potentiellement sensibles ou préjudiciables pourraient être divulgués.

Notamment, le paragraphe 38.01(2) exige que tout « participant » à une instance « qui croit que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués » soulève la question devant la personne qui préside et avise le procureur général. Les paragraphes 38.01(3) et (4) autorisent un « fonctionnaire » à aviser le procureur général ou à soulever la question devant la personne qui préside l'instance dans des circonstances semblables. Dans le cadre de la présente enquête, si une question de cette nature est soulevée devant moi, alors, comme personne qui préside à l'instance, je dois veiller « à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi ». Finalement le paragraphe 38.04(1) autorise le procureur général à demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'article 38.01. Au vu de ces dispositions, je ne crois pas que les options du procureur général pour répondre à une décision en vertu du sous-alinéa k)(i) soient limitées à la délivrance d'un certificat en vertu de l'article 38.13.

IV. SOUS-ALINÉA K)(III) DU MANDAT

Le Mandat de la Commission d'enquête prévoit que je prendrai deux types de décisions au sujet des renseignements dont le procureur général soutient que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. En vertu du sous-alinéa k)(i), instruction m'est donnée de recevoir des renseignements à huis clos à la demande du procureur général si je crois que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice à l'un des éléments de la CLSN. Le second type de décision que je dois prendre est lié à l'intérêt public. L'effet combiné des sous-alinéas k)(i) et k)(ii) du Mandat est que si, après avoir reçu des renseignements à huis clos, je suis d'avis que le résumé de ces renseignements acceptable au procureur général fournit une divulgation insuffisante pour le public, je peux alors en aviser le procureur général, l'avis étant réputé un avis prévu à l'article 38.01 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ainsi, si je crois qu'une divulgation partielle ou une non-divulgation des renseignements pertinents – dont j'ai conclu antérieurement que la divulgation porterait préjudice à l'un des éléments de la CLSN – est insuffisante, alors je peux en

aviser le procureur général. Cet avis enclenche la procédure prévue aux articles 38.01 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Dans la mesure où l'avocate de M. Arar ou celle du procureur général ont fait des représentations au sujet du fonctionnement du sous-alinéa k)(iii), celles qui sont liées aux questions de divulgation sont traitées dans la partie V de cette décision. Je veux donner ici mon interprétation du sous-alinéa k)(iii).

Bien que ce qui constitue une divulgation « insuffisante pour le public » ne soit pas défini dans le Mandat, j'estime que la procédure présentée dans le Mandat envisage que je devrais, à ce stade, appliquer le même critère qu'un juge chargé du contrôle appliquerait en vertu du paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ce paragraphe est rédigé comme suit :

« (2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés. »

Le résultat de présumer que mon avis, à l'effet que la divulgation est insuffisante pour le public, constitue un avis en vertu de l'article 38.01 serait, si la question suit son cours, d'entraîner une décision par un juge de la Cour fédérale en vertu du paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Si la décision que je prends en vertu du sous-alinéa k)(iii) du Mandat doit être contrôlée en utilisant le critère du paragraphe 38.06(2), selon moi, il est alors logique que ma décision soit fondée sur le

même critère. La cour chargée du contrôle devrait bénéficier de mon opinion sur ce même critère de pondération de l'intérêt public qu'elle doit utiliser.

En résumé, le Mandat requiert deux décisions : la divulgation des renseignements porterait-elle préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, et, dans l'affirmative, est-il tout de même dans l'intérêt public de les divulguer? Le Mandat indique clairement que la seconde décision ne peut être prise qu'une fois la preuve en cause reçue à huis clos.

Si je décide, en vertu du sous-alinéa k)(iii), que la divulgation d'une partie ou d'un résumé des renseignements reçus à huis clos est insuffisante pour le public, alors je dois en aviser le procureur général, l'avis étant réputé un avis en vertu de l'article 38.01 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Un fois l'avis donné, en vertu du sous-alinéa k)(iii), la Commission ne doit pas divulguer les renseignements liés à la décision sans autorisation ou accord du procureur général ou sans une ordonnance d'un juge de la Cour fédérale.

V. DISPOSITIONS DE LA *LOI DE LA PREUVE AU CANADA* SUR LA DIVULGATION

Les questions posées par la Commission aux avocates de M. Arar et du procureur général laissent entendre que la Commission est soumise aux dispositions de non-divulgation que l'on trouve aux alinéas 38.02(1)a) à d) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ces dispositions interdisent non seulement la divulgation des renseignements pour lesquels un avis a été donné en vertu de l'article 38.01 [alinéa a)], mais aussi le fait que cet avis a été donné au procureur général [alinéa b)], le fait qu'une demande ou un appel a été logé en Cour fédérale [alinéa c)], et le fait qu'un accord a été conclu avec le procureur général pour divulguer certains renseignements [alinéa d)]. En conséquence, la question qui se pose dans cette enquête consiste à déterminer si les alinéas b), c) et d) s'appliquent aux décisions rendues en vertu des sous-alinéas k)(i) et k)(iii) du Mandat.

A. Les arguments des parties

1. Le procureur général

Le procureur général a soutenu que le libellé du paragraphe 38.02(1) est clair à l'effet que la Commission est liée par tous les alinéas du paragraphe 38.02(1).

2. M. Arar

L'avocate de M. Arar a soutenu que les alinéas 38.02(1)b), c) et d) sont inconstitutionnels. De fait, ces dispositions imposent une interdiction arbitraire de divulgation eu égard à la façon dont les revendications de la CLSN sont décidées à l'enquête. Le point de vue que les dispositions sont inconstitutionnelles s'appuie notamment sur le principe de la publicité des procédures judiciaires, tel qu'appliqué par la Cour suprême du Canada dans *Vancouver Sun (Re)* (2004), C.S.C. 43. L'avocate a souligné qu'elle n'a pas disposé d'un temps suffisant pour préparer une contestation détaillée de la constitutionnalité de la *Loi sur la preuve au Canada* sur cette question, mais elle a mentionné qu'elle était disposée à le faire, au besoin.

B. Décision

Les dispositions des alinéas 38.02(1)b), c) et d) sont claires et, à mon avis, elles s'appliquent à mes décisions si un avis a été donné en vertu des paragraphes 38.01(1) à (4). Une décision en vertu du sous-alinéa k)(ii) est présumée constituer un avis en vertu de l'article 38.01 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les alinéas 38.02(1)b), c) et d) interdisent expressément à la Commission de divulguer le fait que l'avis a été donné au procureur général, le fait qu'une demande a été déposée ou le fait qu'un accord a été conclu, à moins que le procureur général ou un juge de la Cour fédérale n'autorise cette divulgation.

À première vue, la portée de ces dispositions va clairement à l'encontre de la transparence de l'enquête. Certes, elles ne semblent pas bien s'imbriquer avec le concept même d'une enquête publique. Cela dit, je n'ai pas reçu suffisamment d'arguments sur la constitutionnalité des alinéas 38.02(1)b), c) et d) pour trancher la

question. De plus, je n'ai pas l'intention de demander des arguments à ce stade. Libre à M. Arar d'entreprendre une contestation de la constitutionnalité de ces dispositions; pour ma part, je ne me propose pas d'entreprendre une telle contestation à ce stade.

La raison pour laquelle je ne poursuivrai pas cette question à ce stade est que ce n'est qu'un problème potentiel, qui peut ne jamais avoir besoin d'être résolu dans le contexte de l'enquête. J'ai demandé à l'avocat de la Commission de proposer au procureur général d'accepter de renoncer de façon globale aux alinéas 38.02(1)b), c) et d) en ce qui a trait à l'enquête. À défaut d'un accord, si une situation survient qui à mon avis justifie la divulgation de faits qui contreviendraient aux alinéas 38.02(1)b), c) ou d), je donnerai instruction à mon avocat de déposer une demande en Cour fédérale en vertu de l'alinéa 38.02(2)b) pour permettre une telle divulgation.

VI. LA PROCÉDURE

La question finale que la Commission a soumise aux avocates de M. Arar et du procureur général, avant l'audience du 5 juillet 2003, demandait s'il serait mieux que toutes les questions concernant la divulgation des renseignements, au sujet desquels le procureur général revendique la CLSN, soient traitées après que toutes les preuves pertinentes auront été reçues à huis clos. Suite à une audience à huis clos, on a suggéré que je serai en position de prendre une décision d'ordre général traitant de mes décisions en vertu des sous-alinéas k)(i) et k)(iii). De plus, on a demandé si, en pratique, tous les renseignements liés aux revendications de la CLSN ne devraient pas être traités dans une série unique d'audiences à huis clos plutôt que d'alterner continuellement les audiences à huis clos et les audiences publiques.

D'une façon générale, l'avocate du procureur général n'a pas soulevé d'objection à cette manière de procéder à l'égard des revendications de la CLSN. Par contre, l'avocate de M. Arar a soulevé le problème suivant : tenir une seule série d'audiences à huis clos empêcherait le public de connaître les objections du procureur général à la divulgation publique d'une preuve donnée. Pour cette raison, l'avocate de M. Arar favorise une

procédure dans laquelle la présentation de la preuve alternerait entre des audiences à huis clos et des audiences publiques.

La préoccupation soulevée par l'avocate de M. Arar est légitime et il faut selon moi garder ce problème à l'esprit. Toutefois, je crois qu'il existe des avantages considérables à tenir une audience à huis clos qui recevrait, en séquence, une grande partie de la preuve soumise à la question de la CLSN. De plus, comme je le mentionnerai ultérieurement, il existe des façons de traiter, du moins dans une certaine mesure, de la préoccupation de l'avocate de M. Arar. Le gouvernement a revendiqué la CLSN pour une partie substantielle, mais non pour l'ensemble, de la preuve provenant de la GRC et du SCRS. Il y a cinq avantages importants à recevoir cette preuve à huis clos avant de décider quelle partie peut être rendue publique, soit par témoignage à une audience publique soit en divulguant une partie ou un résumé de certains des renseignements reçus à huis clos.

Premièrement, je serai en meilleure position pour évaluer la revendication de la CLSN du procureur général ainsi que l'intérêt public à la divulgation après avoir reçu toutes les preuves à huis clos. À ce stade, je serai plus apte à apprécier la signification des différents éléments de preuve dans le contexte global de ce qui est advenu. Probablement, je serai aussi plus en mesure d'évaluer l'ampleur du préjudice, s'il en est, aux éléments de la CLSN d'une divulgation de la preuve au public lorsque je serai en position de comprendre où un élément particulier de preuve s'imbrique dans la chronologie des événements et comment cette preuve est liée aux autres preuves.

Deuxièmement, les deux décisions que je dois rendre – confidentialité et pondération de l'intérêt public – ne sont pas sans liens. En prenant une décision à l'égard de l'intérêt public, le degré du préjudice allégué aux éléments de la CLSN sera sans contredit pertinent. Il me semble raisonnable dans la plupart des cas de traiter simultanément ces deux décisions. Notamment, comme principe général, les arguments que j'ai reçus de plusieurs parties et des intervenants procédaient ainsi; ils traitaient de la question du préjudice aux éléments de la CLSN et de la question de l'intérêt public à la divulgation comme étant interchangeables.

Troisièmement, je crois qu'il est très important de recevoir toutes les preuves factuelles de la GRC et du SCRS en séquence, sans interruption par une alternance entre des audiences à huis clos et des audiences publiques. L'occasion de recevoir toutes les preuves dans leur séquence normale me facilitera la compréhension et l'évaluation des événements concernant M. Arar.

Quatrièmement, je suis convaincu que l'audition à huis clos de toutes les preuves factuelles de la GRC et du SCRS est la manière la plus efficace de traiter ce qui risque de devenir une procédure très complexe. Une fois les preuves reçues à huis clos, je déciderai à la fois de la CLSN et de la pondération de l'intérêt public. Je reconnais que, suite à une contestation devant les tribunaux, il pourra s'avérer nécessaire d'entendre certaines preuves à nouveau dans des audiences publiques. Toutefois, il peut s'avérer possible dans certains cas de tout simplement déposer une transcription de la preuve reçue à huis clos et de donner l'occasion de faire un contre-interrogatoire en audience publique. Bien qu'il y aura certains dédoublements de preuves reçues à huis clos, je suis convaincu que dans l'ensemble la procédure que j'adopte nous permettra de procéder aussi rapidement que possible.

De plus, la procédure aboutira à une décision principale quant aux renseignements à communiquer au public pour lesquels la CLSN est revendiquée. Les contestations judiciaires sont l'une des principales causes des délais dans les enquêtes publiques. Bien qu'évidemment je n'encourage pas les contestations judiciaires, je réalise que cette possibilité existe. Je crois que la procédure que je décris dans cette décision réduira le potentiel de contestations judiciaires multiples sur ces questions. Il est dans l'intérêt de tous que l'enquête soit conclue aussi rapidement que possible, et s'il doit y avoir une contestation judiciaire à l'égard de quelqu'une de mes décisions eu égard aux audiences à huis clos, il est préférable qu'il n'y en ait qu'une seule.

Finalement, tous ont proposé, y compris le procureur général, que je devrais rendre publiques autant de preuves que permis en vertu de mon Mandat. Il me semble que je serai mieux en mesure d'atteindre cet objectif à l'aide d'une procédure me permettant

de prendre des décisions après avoir entendu toutes les preuves factuelles à huis clos et de mettre ces preuves dans leur contexte approprié. Je crois aussi que cette procédure entraînera une divulgation plus raisonnable et gérable pour les parties et les intervenants.

Tout cela étant dit, je ne ferme pas la porte à la possibilité de rendre des décisions à l'égard de certaines revendications de la CLSN de la part du procureur général avant que toute la preuve ait été entendue à huis clos. Cette décision, et la question posée aux avocates de M. Arar et du procureur général, ne doivent pas être interprétées comme fermant la porte à cette possibilité. Tout particulièrement, je pourrais choisir de rendre une telle décision si j'en viens à la conclusion que j'ai reçu suffisamment de renseignements pour décider, en vertu du sous-alinéa k)(i), que la divulgation de renseignements particuliers ne porterait pas préjudice à l'un des éléments de la CLSN.

Tel que mentionné, l'avocate de M. Arar a exprimé la préoccupation que le fait de tenir une seule série d'audiences privées limitera la possibilité pour le public de savoir quand le gouvernement s'est objecté à la divulgation des renseignements. C'est indéniable. Toutefois, cette préoccupation est mitigée par de nombreux facteurs. Premièrement, en vertu de la règle 46, avant une audience à huis clos l'avocat de la Commission informera les parties et les intervenants des renseignements et preuves qui seront présentés à l'audience. Les parties et les intervenants sont invités à soulever auprès de l'avocat de la Commission les domaines qui suscitent des questions. Dans la procédure que j'ai décrite ci-dessus, j'envisage que l'avocat de la Commission distribuera périodiquement, avant l'audience, aux parties et intervenants un court résumé de la preuve entendue à huis clos. Il peut s'avérer évident, en fonction de l'avis de l'avocat ou des résumés de la preuve, quelle preuve le procureur général revendique comme sujette à la CLSN.

Aussi, je produirai un résumé de la preuve reçue à huis clos qui fournira au public une indication de la preuve pour laquelle le procureur général revendique la CLSN. Si les circonstances le permettent, je pourrais produire un résumé de la preuve reçue à huis clos avant que toutes les audiences à huis clos ne soient terminées. Finalement, je

pourrais rendre des décisions supplémentaires à l'égard des revendications de la CLSN, le cas échéant, dans le cours des audiences à huis clos.

Je suis convaincu que la procédure décrite ci-dessus est conforme au Mandat et aux Règles de procédure et de fonctionnement, et, à ce stade, je crois que c'est la meilleure façon de procéder. Toutefois, en raison des problèmes spéciaux liés aux revendications de la CLSN, cette enquête présente plus que sa juste part de difficultés de procédure. À la Commission, nous faisons de notre mieux pour concevoir et élaborer une procédure exhaustive, équitable et aussi expéditive que possible. Il peut s'avérer que d'autres problèmes nécessitent d'autres ajustements à la procédure et au calendrier. J'apprécie la coopération et l'aide que nous avons reçues des parties et des intervenants à ce jour et j'anticipe que ce comportement se poursuivra à l'avenir.

Je n'ai pas inclus la preuve du MAECI dans la procédure que je viens de décrire. Le procureur général ne revendique pas de la CLSN au sujet de la preuve du MAECI dans la même mesure que pour les preuves factuelles de la GRC et du SCRS. L'avocat de la Commission m'avise que je devrais pouvoir procéder avec une quantité suffisante de preuve du MAECI en audience publique, d'une manière qui la rendra compréhensible et utile aux parties, aux intervenants et au public.

Nous entendrons ces parties de la preuve du MAECI pour laquelle le procureur général revendique la CLSN durant les audiences à huis clos qui traiteront de la preuve des faits de la GRC et du SCRS. Dans ma décision d'ordre général portant sur les questions de confidentialité, j'inclurai mes décisions au sujet de la preuve du MAECI présentée à huis clos.

Il pourrait y avoir des revendications de la CLSN à l'égard d'autres ministères ou agences du gouvernement. Je traiterai de la procédure appropriée à ces revendications lorsqu'elles surviendront.

Après avoir terminé les audiences à huis clos, je préparerai une décision générale traitant des deux questions : la CLSN et la pondération de l'intérêt public. En procédant,

je tiendrai compte des arguments des parties et des intervenants sur les principes qui s'appliquent à la question de la CLSN, des arguments présentés le 5 juillet sur la requête de l'avocate de M. Arar, et des arguments de l'avocate du procureur général et de M. Atkey à l'égard d'aspects précis de la preuve à huis clos. Cette décision traitera de toute la preuve entendue à huis clos et elle comprendra les décisions prévues par les règles 50 et 56.

Je prévois que la décision d'ordre général comprendra :

- a) une brève description de la preuve pertinente pour laquelle une revendication de la CLSN est faite. Cette preuve sera présentée à une audience publique.
- b) sous réserve d'une contestation par le procureur général, un résumé de la preuve pour laquelle le procureur général revendique la CLSN, mais que je considère ne pas porter préjudice à l'un des éléments de la CLSN. La preuve sera soit présentée à une audience publique, soit déposée comme transcription de la preuve à huis clos. Les parties auront l'occasion lors d'une audience publique de contre-interroger sur la preuve ainsi divulguée.
- c) sous réserve d'une contestation par le procureur général, un résumé de la preuve que je considère assujettie à la CLSN, mais qui devrait selon moi être divulguée dans l'intérêt public. Cette preuve sera traitée de la même manière que la preuve dont il est question au paragraphe b) précédent.
- d) sous réserve de la règle 55, un résumé de la preuve reçue à huis clos qui selon moi ne devrait pas être rendue publique, tel que prévu au sous-alinéa k)(ii) du Mandat de la Commission.

Date de publication

le 19 juillet 2004

« *Dennis O'Connor* »

Commissaire

ANNEXE « A »

Dispositions pertinentes de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5

Les dispositions suivantes de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* sont pertinentes à cette décision :

38. Les définitions suivantes s'appliquent dans cet article et aux articles 38.01 à 38.15.

[...]

« participant » désigne une « Personne qui, dans le cadre d'une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements. »

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » désignent les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

38.01 (1) Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d'une instance est tenu de soulever la

question devant la personne qui préside l'instance et d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(3) Le fonctionnaire -- à l'exclusion d'un participant -- qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d'une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l'avis précise la nature, la date et le lieu de l'instance.

(4) Le fonctionnaire -- à l'exclusion d'un participant -- qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

[...]

(6) Le présent article ne s'applique pas :

[...]

c) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l'institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, dans le cas où ils n'ont pas été produits par ou pour une institution fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus; ou

d) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité.

[...]

(8) Le gouverneur en conseil peut, par ordonnance, ajouter ou retrancher à des annexes une référence à une entité ou un but ou modifier une telle référence.

38.02 (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

b) le fait qu'un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

c) le fait qu'une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n'est pas interdite

a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

b) si le juge l'autorise au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d'appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.

38.03 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées.

(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.

38.031 (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)*b)* à *d)*, peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)*c)*, conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)*c)* relativement aux renseignements ayant fait l'objet de l'avis qu'elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).

38.04 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas

notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :

a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;

b) la personne -- à l'exclusion d'un témoin -- qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;

c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)*b*) ou *c*) en notifie le procureur général du Canada.

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

a) entend les observations du procureur général du Canada -- et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* -- sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

- (i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,
- (ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,
- (iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

(6) Après la saisie de la Cour fédérale d'une demande présentée au titre de l'alinéa (2)c) ou l'institution d'un appel ou le renvoi pour examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu'il soit disposé de l'appel ou de l'examen :

a) le procureur général du Canada peut conclure avec l'auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d) ou leur divulgation assortie de conditions;

b) si un accord est conclu, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen.

(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.

[...]

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui

justifient la non-divulgence, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

[...]

38.07 Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser de l'ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l'avis du juge, devrait être avisée.

38.08 Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de l'alinéa 38.04(5)*d*), il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

[...]

38.13 (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère -- au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* -- ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat.

L'annexe de la *Loi sur la preuve au Canada* est modifiée par décret en conseil C. P. 2004-73, par adjonction de ce qui suit:

[...]

ENTITÉS DÉSIGNÉES

19. La Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, pour les besoins de cette enquête, sauf dans le cas où l'audience est ouverte au public

[...]

ANNEXE « B »

Questions d'interprétation et de procédure

Dans le but d'encourager d'autres présentations au sujet de la divulgation publique des renseignements à l'enquête, la Commission a expédié les questions suivantes aux parties pour examen :

1. L'alinéa k) entraîne-t-il la procédure suivante en deux étapes?

a. Décision en vertu du sous-alinéa k)(i) :

Le Commissaire est autorisé à décider, en vertu du sous-alinéa k)(i), si la divulgation publique des renseignements pertinents à l'enquête porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales (confidentialité liée à la sécurité nationale – CLSN). Cette décision découlera d'une revendication par le procureur général ou toute autre personne que les renseignements pertinents sont assujettis à une CLSN.

Si le Commissaire décide que la divulgation ne porte pas préjudice à la CLSN, la Commission peut divulguer les renseignements après une période de dix jours suivant la réception de la décision du Commissaire par le procureur général, à moins que ce dernier n'avise la Commission, durant cette période, qu'il compte déposer une demande en Cour fédérale pour obtenir une décision en vertu du paragraphe 38.04(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

b. Décision en vertu du sous-alinéa k)(iii) :

Suite à sa décision en vertu du sous-alinéa k)(i) que la divulgation porterait préjudice à la CLSN, le Commissaire est autorisé à décider, en

vertu du sous-alinéa k)(iii), si la divulgation d'une partie ou d'un résumé des renseignements reçus à huis clos sont insuffisants pour le public.

Si le Commissaire décide qu'une telle divulgation partielle est insuffisante, il peut aviser le procureur général, tout tel avis constituant un avis en vertu de l'article 38.01 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le Commissaire peut aussi déposer une demande en Cour fédérale pour obtenir une ordonnance en vertu de l'article 38.06 à l'égard de la divulgation des renseignements.

En vertu des paragraphes 38.02(1) et (2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la Commission n'est pas autorisée à divulguer les renseignements, le fait de la décision du Commissaire en vertu du sous-alinéa k)(iii), le fait du dépôt d'une demande en Cour fédérale ou le fait qu'un accord au sujet de la divulgation ait été conclu avec le procureur général, à moins que le procureur général n'autorise une telle divulgation par écrit ou accord ou qu'un juge l'autorise par ordonnance définitive en vertu de l'article 38.06.

Ainsi, en l'absence d'une autorisation ou d'un accord du procureur général ou d'une décision définitive d'un juge de la Cour fédérale, la Commission ne peut divulguer des renseignements qui devraient être divulgués dans l'intérêt public selon la décision du Commissaire, en vertu du sous-alinéa k)(iii).

2. Serait-il mieux de traiter toutes les questions concernant la divulgation des renseignements pour lesquels le procureur général revendique la CLSN une fois que tous les renseignements auront été reçus à huis clos, et par la suite que le Commissaire rende une décision ou des décisions traitant de ses décisions en vertu des sous-alinéas k)(i) et k)(iii) ? En pratique, ne serait-il pas préférable de recevoir tous les renseignements pour lesquels le procureur général réclame la

CLSN en tenant une série unique d'audiences à huis clos plutôt que d'alterner continuellement les audiences à huis clos et les audiences publiques ?