



ARCHIVED - Archiving Content

Archived Content

Information identified as archived is provided for reference, research or recordkeeping purposes. It is not subject to the Government of Canada Web Standards and has not been altered or updated since it was archived. Please contact us to request a format other than those available.

ARCHIVÉE - Contenu archivé

Contenu archivé

L'information dont il est indiqué qu'elle est archivée est fournie à des fins de référence, de recherche ou de tenue de documents. Elle n'est pas assujettie aux normes Web du gouvernement du Canada et elle n'a pas été modifiée ou mise à jour depuis son archivage. Pour obtenir cette information dans un autre format, veuillez communiquer avec nous.

This document is archival in nature and is intended for those who wish to consult archival documents made available from the collection of Public Safety Canada.

Some of these documents are available in only one official language. Translation, to be provided by Public Safety Canada, is available upon request.

Le présent document a une valeur archivistique et fait partie des documents d'archives rendus disponibles par Sécurité publique Canada à ceux qui souhaitent consulter ces documents issus de sa collection.

Certains de ces documents ne sont disponibles que dans une langue officielle. Sécurité publique Canada fournira une traduction sur demande.

Le vol 182 d'Air India

Une tragédie canadienne

VOLUME TROIS

Relation entre le renseignement
et la preuve et particularités des
poursuites antiterroristes

©Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux – 2010

N^o cat. : CP32-89/2-2010F

ISBN : 978-0-660-97348-7

En vente chez votre libraire local ou auprès des
Éditions et Services de dépôt
Travaux publics et Services gouvernementaux Canada
Ottawa (Ontario)
KIA OS5

Téléphone : (613) 941-5995 ou 1 800 635-7943

Télécopieur : (613) 954-5779 ou 1 800 565-7757

publications@tpsgc.gc.ca

Internet : www.publications.gc.ca

VOLUME TROIS
RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE
ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES
ANTITERRORISTES

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE I : INTRODUCTION	11
1.0 Tension entre secret et transparence	12
1.1 Résolution des tensions	13
CHAPITRE II : COORDINATION DE LA RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE	
2.0 Introduction	17
2.1 Nécessité de revoir l'approche en matière de prévention du terrorisme	19
2.2 Rôle crucial du SCRS quant à la fourniture au gouvernement de renseignements sur les menaces à la sécurité	21
2.2.1 Tensions inhérentes entre le SCRS et la GRC	22
2.2.2 Réunions de l'Équipe de gestion mixte	24
2.3 Rôle actuel du conseiller à la sécurité nationale	27
2.3.1 Points de vue divergents concernant le caractère adéquat des pouvoirs de coordination du conseiller à la sécurité nationale	30
2.3.2 Rôle légitime du premier ministre et du Bureau du Conseil privé dans la coordination des activités en matière de sécurité nationale	34
2.3.3 Élargissement du rôle du conseiller à la sécurité nationale	37
2.3.3.1 <i>Établissement des politiques et des priorités stratégiques en matière de sécurité nationale</i>	37
2.3.3.2 <i>Coordination des activités en matière de sécurité nationale, y compris la diffusion des renseignements</i>	40
2.3.3.3 <i>Nécessité de créer un privilège pour protéger les délibérations du CSN et les informations qu'il reçoit</i>	41

2.3.3.4	<i>Relation entre le CSN et le SCRS</i>	43
2.3.3.5	<i>Relation entre le CSN et les organismes d'application de la loi</i>	43
2.3.3.6	<i>Résolution des différends entre les organismes, y compris les différends découlant de la relation entre le renseignement et la preuve</i>	44
2.3.3.7	<i>Surveillance de l'efficacité des activités en matière de sécurité nationale</i>	45
2.3.3.8	<i>Dotation du bureau du conseiller à la sécurité nationale</i>	47
2.3.3.9	<i>Limitation du rôle du conseiller à la sécurité nationale : aucun contrôle direct sur le budget ou le personnel et participation opérationnelle limitée</i>	48
2.3.3.10	<i>Pratiques internationales exemplaires en matière de coordination des activités liées à la sécurité nationale</i>	49
2.3.3.11	<i>Rôle élargi du conseiller à la sécurité nationale en bref</i>	50

CHAPITRE III : COORDINATION DES POURSUITES POUR TERRORISME

3.0	Introduction	53
3.1	Limitation du pouvoir discrétionnaire de la police dans le cadre des enquêtes et des poursuites antiterroristes	54
3.2	Rôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite dans les affaires de terrorisme	59
3.3	Rôle du directeur fédéral des poursuites pénales à l'égard des poursuites liées au terrorisme	61
3.3.1	Nécessité de créer un poste de directeur spécialisé en poursuites antiterroristes	63
3.3.2	Rôle des procureurs généraux des provinces et des territoires à l'égard des poursuites antiterroristes	66
3.3.3	Nécessité pour les autorités provinciales d'aviser leur contrepartie fédérale d'éventuelles poursuites antiterroristes	68

CHAPITRE IV : COLLECTE ET CONSERVATION DES RENSEIGNEMENTS : MODERNISATION DE LA LOI SUR LE SCRS

4.0	Introduction	71
4.1	Absence de secret absolu et de cloison entre le renseignement et la preuve	73
4.2	Article 12 de la <i>Loi sur le SCRS</i> , collecte et conservation des renseignements et incidences de l'arrêt <i>Charkaoui c. Canada</i>	75

4.2.1	Destruction d'informations lors de l'enquête sur Air India	75
4.2.2	Interprétation de l'article 12 de la <i>Loi sur le SCRS</i>	79
4.2.3	Interprétation par la Cour suprême du Canada de l'article 12 de la <i>Loi sur le SCRS</i> dans l'arrêt <i>Charkaoui</i>	80
4.2.4	Nécessité pour le SCRS d'établir de nouvelles politiques sur la conservation des renseignements	82
4.2.5	Conditions en matière de collecte de renseignements	84
4.3	Questions relatives à la protection de la vie privée	87
4.4	Article 19 de la <i>Loi sur le SCRS</i> et échange d'informations	89
4.4.1	Pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de communiquer des informations pertinentes à la police conféré au SCRS par l'article 19(2)a)	90
4.4.2	Motifs pour lesquels le SCRS tient au pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de fournir des informations pertinentes à la police	91
4.4.3	Observations sur le pouvoir discrétionnaire du SCRS en matière de communication de renseignements à la police	94
4.4.4	Approche proposée par la Commission concernant la communication d'informations	95
4.4.5	Rôle du conseiller à la sécurité nationale en ce qui concerne la communication des informations du SCRS	98
4.5	Changement de culture au sein du SCRS : assouplissement par rapport à l'idée de collecte de preuves	100
4.6	Changement de culture au sein de la GRC : assouplissement par rapport à l'idée qu'il vaut mieux avoir le moins possible d'informations du SCRS	107
4.7	Utilisation des informations recueillies par le SCRS dans un procès criminel : article 21 de la <i>Loi sur le SCRS</i>	108
4.7.1	Rôle important et étendu de la surveillance électronique en vertu des dispositions du <i>Code criminel</i> dans les enquêtes pour terrorisme	112
4.7.2	Surveillance électronique à l'extérieur du Canada	113
4.7.3	Conciliation entre secret et communication dans le cas de la contestation des mandats : la solution actuelle de la révision	114
4.7.4	Recours à des avocats spéciaux dans les instances de contestations des mandats délivrés en vertu de la <i>Loi sur le SCRS</i> et du <i>Code criminel</i>	116

CHAPITRE V : COMMUNICATION ET PRODUCTION DE RENSEIGNEMENTS

5.0	Introduction	121
5.1	Communication d'informations	121

5.2	Conservation des informations	126
5.3	Critère de la « pertinence »	127
5.4	Application de l'arrêt <i>Stinchcombe</i> au renseignement	129
5.4.1	Rôle de l'arrêt <i>Stinchcombe</i> dans l'affaire Air India	130
5.4.2	Effet de l'arrêt <i>Stinchcombe</i> sur la collaboration entre le SCRS et la GRC	131
5.5	Changements proposés dans l'approche en matière de communication	133
5.6	Nécessité d'établir des lignes directrices au sujet de l'étendue de la communication	136
5.7	Production de renseignements en vertu de l'arrêt <i>R. c. O'Connor</i>	138
5.7.1	Législation applicable aux demandes de production de renseignements fondées sur l'arrêt <i>O'Connor</i>	
5.8	Anticipation de la communication	139

CHAPITRE VI : RÔLE DES PRIVILÈGES DANS LA PRÉVENTION DE LA DIVULGATION DE RENSEIGNEMENTS

6.0	Introduction	143
6.1	Rôle du privilège de l'indicateur de police dans les enquêtes et les poursuites antiterroristes	144
6.1.1	Perte du privilège lorsque l'indicateur est ou devient un agent ou un témoin important	147
6.2	Privilège de l'indicateur et transfert des sources du SCRS à la GRC	149
6.3	Opportunité de protéger les informateurs du SCRS au moyen du privilège de l'indicateur	152
6.4	Nécessité d'établir de nouveaux privilèges relatifs à la sécurité nationale	157
6.4.1	Renseignements confidentiels du Cabinet	158
6.4.2	Nouveau privilège relatif à la sécurité nationale à l'égard des délibérations du conseiller à la sécurité nationale	159

CHAPITRE VII : PROCÉDURES JUDICIAIRES VISANT L'OBTENTION D'ORDONNANCES DE NON-DIVULGATION DANS LES CAUSES

7.0	Introduction	163
7.1	Article 37 de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	165
7.2	Article 38 de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	167
7.2.1	Importance de la procédure de l'article 38 dans les enquêtes et les poursuites antiterroristes	169
7.2.2	Procédure de l'article 38 évitée dans les poursuites concernant l'attentat à la bombe contre Air India	171
7.2.3	Autres expériences concernant l'article 38 de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	172

7.2.4	Procédures équivalentes à l'article 38 dans d'autres pays	176
7.2.5	Observations à la Commission concernant le régime dualiste imposé par l'article 38	177
7.3	Viabilité du régime dualiste	180
7.4	Tribunal le mieux placé pour instruire les procès antiterroristes et trancher les questions de confidentialité pour raisons de sécurité nationale	183
7.5	Interjection d'appels avant la fin des procès antiterroristes	185
7.6	Recours possible aux avocats spéciaux dans les instances tenues sous le régime de l'article 38	188
7.7	Problèmes causés par la surestimation de l'impératif du secret	190
7.7.1	Vers une approche plus disciplinée fondée sur le préjudice en matière de revendication du secret	193
7.8	Évolution de la jurisprudence en matière de confidentialité pour raisons de sécurité nationale	195
7.9	Responsabilité ultime du procureur général du Canada à l'égard de la divulgation des renseignements	198

CHAPITRE VIII : GÉRER LES CONSÉQUENCES DE LA DIVULGATION – PROTECTION DES SOURCES ET DES TÉMOINS

8.0	Introduction	201
8.1	Terminologie	202
8.2	Pourquoi faut-il protéger les témoins	203
8.3	Intimidation des témoins et répercussions sur les enquêtes et poursuites antiterroristes	206
8.3.1	Le contexte du terrorisme	206
8.3.2	Exploiter les faiblesses de certaines communautés – Intimidation à l'échelle de la communauté	207
8.3.3	Comment la méfiance et l'éloignement limitent-ils la capacité des autorités d'assurer une protection	210
8.3.4	Exemples d'intimidation individuelle et communautaire dans le contexte d'Air India	212
8.3.5	Intimidation des membres de la communauté sikhe qui « brisent le silence »	214
8.3.6	Réduire l'intimidation et favoriser la confiance	217
8.3.7	La protection des témoins pendant l'enquête sur la tragédie d'Air India	218
8.3.8	Conclusion	221
8.4	Protéger l'identité pour éviter de recourir à la protection des témoins	222
8.4.1	Le rôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite	223
8.4.2	Modification des affidavits préparés à l'appui des demandes de mandats	224
8.4.3	La revendication du privilège relatif aux indicateurs de police	224
8.4.4	La communication : la non-pertinence et le choix du moment	227

8.4.5	Les articles 37 et 38 de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	228
8.4.6	L'« anonymat partiel »	228
8.4.7	Conclusion	231
8.5	Le témoignage anonyme	232
8.5.1	Le témoignage anonyme au Royaume-Uni	235
8.5.2	Le témoignage anonyme et le système contradictoire	235
8.5.3	Le témoignage anonyme et la <i>Charte</i>	240
8.5.3.1	<i>Le droit de confronter le témoin en sa présence n'est pas un principe de justice fondamentale, mais le droit d'avoir la possibilité de le contre-interroger l'est</i>	241
8.5.3.2	<i>Le témoignage anonyme et le droit de contre-interroger</i>	241
8.5.3.3	<i>L'article 7 de la Charte et les témoins anonymes</i>	243
8.5.3.4	<i>L'article premier de la Charte</i>	243
8.5.4	Conclusion	247
8.6	Les programmes de protection des témoins	248
8.6.1	La responsabilité de protéger les témoins	249
8.6.2	Le programme fédéral de protection des témoins	249
8.6.3	Difficultés rencontrées par les bénéficiaires du PPT	251
8.6.4	Difficultés additionnelles rencontrées par les bénéficiaires du PPT dans les affaires de terrorisme	254
8.6.4.1	<i>Communautés minoritaires</i>	254
8.6.4.2	<i>Peu d'avantages autres que la protection</i>	256
8.6.5	Autres mesures de protection des témoins	257
8.6.6	Problèmes organisationnels au sein du PPT	259
8.6.6.1	<i>Nécessité d'examiner les intérêts de toutes les parties dans le cadre de poursuites antiterroristes</i>	259
8.6.6.2	<i>Absence de cloisonnement entre les unités d'enquête et le PPT</i>	261
8.6.6.3	<i>Mécanismes inadéquats de règlement des différends</i>	262
8.6.6.4	<i>Nécessité de restructurer le PPT pour les affaires liées au terrorisme</i>	263
8.6.7	Création d'un nouvel organisme pour gérer la protection des témoins : coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale	264
8.6.7.1	<i>Le contrôle judiciaire des décisions du coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale</i>	271
8.6.7.2	<i>La décision d'admettre ou de refuser une personne dans le cadre du programme de protection des témoins</i>	271
8.6.7.3	<i>Le règlement des différends</i>	272
8.6.8	Autres questions liées à la protection des témoins dans les affaires de terrorisme	275

8.6.8.1	<i>Accords internationaux</i>	275
8.6.8.2	<i>Conseils juridiques indépendants pour les bénéficiaires</i>	276
8.6.8.3	<i>Évaluations psychologiques</i>	278
8.6.8.4	<i>Les témoins mineurs</i>	279
8.6.8.5	<i>Les collaborateurs détenus</i>	280
8.6.8.6	<i>Investigations</i>	283
8.7	Conclusion	285

CHAPITRE IX : GÉRER LES CONSÉQUENCES DE LA DIVULGATION – LE PROCÈS AIR INDIA ET LA GESTION D'AUTRES POURSUITES ANTITERRORISTES COMPLEXES

9.0	Introduction	289
9.1	Difficultés posées par les poursuites antiterroristes	294
9.2	Procès criminel Air India	299
9.2.1	Gestion de projet	303
9.2.2	Processus de divulgation	304
9.2.3	Services offerts aux familles des victimes du vol 182	308
9.2.4	Coûts du procès	311
9.2.5	Partage des coûts entre le fédéral et la province	314
9.3	Mesures pour faire en sorte que les procès antiterroristes demeurent gérables	314
9.3.1	Gestion de projet	316
9.3.2	Partage des coûts	317
9.3.3	Juge du procès	317
9.3.4	Avocats de la défense et procureurs de la Couronne	319
	9.3.4.1 <i>Financement</i>	319
	9.3.4.2 <i>Conduite des avocats</i>	324
9.3.5	Responsabilité des juristes dans l'allongement des procès	326
	9.3.5.1 <i>Responsabilité des avocats</i>	326
	9.3.5.2 <i>Responsabilité des juges</i>	328
9.3.6	Requêtes préliminaires	335
9.3.7	Conférences préparatoires	340
9.3.8	Réduction des délais et des remises en litige causés par les ordonnances de séparation et l'annulation des procès	341
9.4	Divulgation	346
9.4.1	Communication électronique de la preuve	348
9.4.2	Divulgation en plusieurs volets	350
9.4.3	Questions de divulgation rattachées à l'article 38 de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	352
9.4.4	Divulgation tardive et divulgation prolongée	353
9.5	Questions soulevées au procès	355
9.5.1	Incapacité d'assumer les fonctions	355
9.5.2	Jury	356
	9.5.2.1 <i>Éviter l'annulation d'un procès due au fait que des jurés sont libérés</i>	361

9.5.3	Formation de trois juges	365
9.5.4	Jury obligatoire	372
9.5.5	Services pour répondre aux besoins des victimes	373
9.6	Conclusion	374
CHAPITRE X : RECOMMANDATIONS		377

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE I : INTRODUCTION

Le succès de la lutte contre le terrorisme repose sur la capacité du gouvernement à reconnaître les menaces terroristes dès le départ et à réagir rapidement en prenant les mesures qui s'imposent. Les renseignements secrets peuvent aider le gouvernement à reconnaître ces menaces. En général, c'est un service de renseignement, canadien ou étranger, et non la police, qui acquiert d'abord ces renseignements.

Déterminer à quel moment et de quelle façon il faut réagir à une menace terroriste compte parmi les décisions les plus importantes que doit prendre un gouvernement. Or, pour prendre la bonne décision, il faut connaître les interventions possibles et apprécier leur efficacité à enrayer la menace.

Afin d'adopter des mesures appropriées, le gouvernement doit d'abord comprendre que chaque menace terroriste est unique et que les mesures qu'il prend doivent être adaptées en conséquence. Il n'existe aucune solution qui soit vraisemblablement la meilleure. Pour lutter contre une menace terroriste, il peut être indiqué de faire appel à la police; dans un autre cas, il peut être préférable de s'en remettre aux mesures prises par les autorités de l'immigration ou de relayer de l'information à des organismes étrangers afin de les aider à contrer la menace à partir d'autres pays. Le processus décisionnel doit être souple et intelligemment conçu.

Le Canada mène la lutte contre le terrorisme avec le concours de plusieurs organismes différents, notamment le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), la Gendarmerie royale du Canada (GRC), le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI), l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et le Centre de la sécurité des télécommunications (CST). Chaque organisme¹ a son propre mandat et des règles régissant l'exécution de celui-ci. Le SCRS a le mandat de recueillir des renseignements afin d'informer le gouvernement des menaces à la sécurité du Canada². La GRC quant à elle est principalement chargée de la prévention des crimes qui constituent une menace à la sécurité du Canada et des enquêtes en cette matière³.

¹ Le terme « organisme » s'entend ici des ministères et des organismes.

² *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, c. C-23.

³ *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-10; *Loi sur les infractions en matière de sécurité*, L.R.C. 1985, c. S-7, art. 6.

Le présent volume évalue l'efficacité avec laquelle le gouvernement utilise les ressources qui sont à sa disposition pour lutter contre la menace terroriste. Il traite également de la meilleure façon de gérer l'échange d'informations entre les organismes gouvernementaux dans les affaires de terrorisme – particulièrement, entre le SCRS et la GRC.

1.0 Tension entre secret et transparence

Les enquêtes policières et les poursuites criminelles constituent des éléments fondamentaux de la riposte du Canada au terrorisme. Cependant, le recours aux organismes d'application de la loi est susceptible de causer des difficultés, la principale tenant aux restrictions juridiques qui empêchent la police et l'appareil judiciaire d'utiliser les renseignements détenus par des organismes comme le SCRS tout en protégeant le secret de ces renseignements. Toute utilisation projetée de renseignements de sécurité en preuve dans le cadre d'une enquête criminelle ou d'un procès criminel se heurte à des tensions entre la nécessité de préserver le secret dans les milieux du renseignement et la nécessité d'assurer la transparence des enquêtes criminelles et des procès criminels. Ces tensions font ressortir les différences entre les façons de faire de la police et des milieux du renseignement.

Les services du renseignement de sécurité ont l'obligation légale d'informer le gouvernement des menaces à la sécurité. Ils invoquent souvent le secret pour protéger les sources humaines, les enquêtes en cours et la confidentialité des renseignements que des organismes étrangers leur transmettent. La communication de ces renseignements peut compromettre l'efficacité d'un organisme de sécurité. Cette nécessité de préserver le secret fait naître chez les services de renseignement comme le SCRS le désir de réduire au minimum la communication de renseignements à la GRC dans le cadre des enquêtes criminelles.

En revanche, lorsqu'ils recueillent des informations se rapportant à des crimes, les services de police s'attendent généralement à ce que ces informations soient divulguées à l'accusé et invoquées lors d'un procès public. Aussi les services de police recherchent-ils des témoins qui ne craignent pas de témoigner ou de fournir des informations qui sont susceptibles d'être dévoilées en séance publique. Il n'est guère utile à la police d'utiliser des renseignements secrets dans le cadre d'enquêtes criminelles si ces renseignements ne peuvent servir devant les tribunaux.

Ces tensions entre secret et transparence sont particulièrement marquées dans les affaires de terrorisme, en raison du chevauchement des mandats de la GRC et du SCRS. Le SCRS et la GRC peuvent tous deux légitimement enquêter sur les mêmes activités. Le terrorisme constitue en effet à la fois une menace à la sécurité du Canada et un crime. En tant que menace à la sécurité nationale, le terrorisme relève clairement du mandat fondamental du SCRS. En tant que crime, le terrorisme relève clairement du mandat de la GRC consistant à faire enquête

sur des crimes et à tenter les poursuites nécessaires. Le chevauchement s'est accru avec l'adoption de la *Loi antiterroriste*⁴ en 2001. Les infractions de terrorisme englobent maintenant la planification d'actes terroristes et le fait d'aider à leur perpétration, que les actes aient été commis ou non. En conséquence, la GRC fait maintenant enquête sur un nombre croissant d'affaires de terrorisme qui, avant l'adoption de la *Loi antiterroriste*, étaient traitées dans une large mesure par le SCRS, sans aucune intervention de la police.

1.1 Résolution des tensions

Le présent volume propose une façon de résoudre les tensions qui surgissent lorsque les fonctions du SCRS et de la GRC se recoupent. À l'heure actuelle, il n'y a pas vraiment de décideur indépendant, chargé de veiller à ce que les mesures prises en réponse au terrorisme servent l'intérêt public général et pas seulement les intérêts parfois plus restreints de chacun des organismes.

Comme solution, la Commission recommande que le bureau du conseiller à la sécurité nationale (CSN) se voie confier un plus grand rôle, avant toute intervention de la police, en ce qui concerne la gestion des menaces terroristes. Ce rôle permettrait notamment au CSN de décider s'il est possible de réagir à une menace donnée sans recourir à des enquêtes et poursuites criminelles qui risqueraient d'entraîner la divulgation publique de renseignements secrets. Dans d'autres cas, si le SCRS hésite à transmettre des informations à la GRC ou refuse de le faire, le CSN aurait le pouvoir de l'y contraindre. Dans ces situations comme dans d'autres, le CSN agira dans l'intérêt public, en allant au-delà de ses propres intérêts institutionnels. Il est impossible d'enrayer complètement ces tensions constantes. Néanmoins, il est possible d'améliorer la manière dont les décisions sont prises en ce qui a trait au juste équilibre entre secret et transparence.

Les poursuites criminelles ne constituent certes pas l'unique moyen de réagir au terrorisme, mais elles ont la particularité de mettre hors d'état de nuire, de punir et de dénoncer les coupables. Pourtant, ces poursuites se heurtent à des difficultés. Ces difficultés découlent de la nécessité de décider quels renseignements peuvent demeurer secrets et lesquels doivent être utilisés ou divulgués dans le cadre d'un procès criminel. Certaines autres préoccupations concernent la gestion de la quantité de renseignements divulgués et la multiplication des requêtes préliminaires, la viabilité des jurys dans les longs procès et la nécessité de protéger les témoins contre l'intimidation.

Le mandat de la Commission l'oblige à faire rapport et à formuler des recommandations sur le défi de « concilier efficacement le renseignement de sécurité et la preuve qui peut être utilisée en matière criminelle⁵ ». Ce volet du travail de la Commission est axé sur l'établissement de processus décisionnels

⁴ L.C. 2001, c. 41.

⁵ 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, mandat, décret C.P. 2006-293, para. b)(iii) [mandat].

appropriés, depuis la collecte initiale des renseignements jusqu'à leur diffusion au sein de l'appareil gouvernemental et leur utilisation éventuelle dans le cadre d'une instance judiciaire.

Il faut absolument, dans le cadre d'une instance criminelle, établir une procédure qui soit équitable et efficace pour permettre au tribunal de se prononcer sur toute demande du gouvernement visant à garder secrets des renseignements⁶ et, le cas échéant, de décider si certains éléments pourraient néanmoins être communiqués afin d'assurer à l'accusé un procès équitable. Dans le présent volume, la Commission recommande que le juge qui préside le procès criminel soit autorisé à statuer lui-même sur toute demande que présente le gouvernement en vue d'empêcher la divulgation publique des renseignements. Cela remplacerait le système actuel, lequel prévoit des instances devant deux juges différents relevant de deux juridictions distinctes, chacun des juges étant en possession de seulement une partie de l'information dont il a besoin pour rendre sa décision. Tout cela se passe, à l'heure actuelle, sans que l'accusé soit représenté et sans qu'il soit informé de la teneur des renseignements secrets. Selon le système proposé par la Commission, le juge du procès rendrait toute décision au sujet du privilège et de son incidence sur l'équité de l'instance, et aurait accès à toute l'information nécessaire à cette fin.

Afin d'assurer l'équité du processus pénal, les personnes accusées devraient être représentées à l'audience où l'on détermine si les renseignements doivent demeurer secrets. À l'heure actuelle, seuls les avocats du gouvernement sont présents à cette audience. Dans le présent volume, la Commission recommande que des avocats spéciaux soient autorisés à représenter les intérêts de l'accusé, et que soit utilisé un processus similaire à celui suivi dans le cadre des instances en matière d'immigration mettant en cause les certificats de sécurité.

Ce volume traite également d'autres difficultés liées aux poursuites antiterroristes, plus particulièrement les problèmes que constitue pour l'État l'obligation de communiquer à l'accusé une quantité potentiellement énorme de pièces, et les retards engendrés par la multiplication des requêtes préliminaires. Nous y verrons comment les juges peuvent gérer de manière plus ferme le processus préparatoire au procès afin d'éviter que les poursuites pour terrorisme n'avortent avant la tenue de l'audience sur le fond. Il sera de plus en plus important que les juges assurent une meilleure gestion de ce processus, étant donné que la quantité d'informations divulguées dans le cadre des poursuites pour terrorisme ira certainement en augmentant à mesure que les services de renseignement nationaux et étrangers collaboreront davantage avec la police, car il y aura plus d'informations qui seront assujetties à l'obligation de communication.

Les longs procès sont difficiles pour les jurys et ils risquent de se solder par une annulation si un trop grand nombre de jurés devaient être dispensés en cours d'instance. Le présent volume analyse diverses propositions visant à résoudre les problèmes liés à la longueur des procès avec jury, notamment la possibilité de

⁶ Il s'agit d'un recours visé à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5.

désigner davantage de jurés, de réduire le nombre de jurés requis pour rendre un verdict ou de faire entendre les affaires de terrorisme par une formation de trois juges, sans jury⁷.

Des réformes s'imposent en matière de poursuites criminelles. Il n'est ni rentable ni efficace que des organismes différents s'occupent d'aspects distincts des poursuites antiterroristes. À l'heure actuelle, chaque organisme est représenté par des un avocat, et l'instance en matière de privilège relatif à la sécurité nationale est dirigée par un avocat autre que le poursuivant. Au lieu de cela, un groupe unique devrait se charger de tous les aspects d'une poursuite antiterroriste, qu'il s'agisse de gérer les rapports entre les organismes gouvernementaux ou de diriger l'instance en matière de privilège relatif à la sécurité nationale. Le rôle de ce groupe devrait consister notamment à procurer un soutien juridique aux organismes d'application de la loi ainsi qu'à veiller à ce que le secret des enquêtes de renseignement soit préservé et que les règles régissant la communication d'informations à l'accusé soient respectées. La Commission préconise à cet égard la nomination d'un directeur des poursuites antiterroristes, qui relèverait du procureur général du Canada et dont le bureau serait doté de procureurs experts en matière de sécurité nationale.

La conversion du renseignement en preuve implique la gestion des sources humaines. Il faut en particulier déterminer de quelle manière, et dans quels cas, celles-ci peuvent devenir des témoins dans le cadre de poursuites criminelles. Il existe des tensions entre la nécessité de garantir la confidentialité aux sources et le fait que, si on fait appel aux sources dans le cadre de poursuites criminelles, leur identité sera révélée lors de la communication à la défense et lors des témoignages en séance publique. Les difficultés liées au transfert des sources du SCRS à la GRC ont posé constamment problème lors des enquêtes sur l'attentat à la bombe contre Air India, tandis que la protection adéquate des témoins contre l'intimidation était une préoccupation sérieuse lors du procès Air India.

Des programmes de protection des témoins ont été mis sur pied afin de protéger les témoins contre tout préjudice advenant le dévoilement de leur identité. À l'heure actuelle, l'admission à ces programmes relève de la GRC. Or, les décisions touchant l'accès des témoins à la protection ne devraient pas être prises par un organisme ayant intérêt à ce que les sources acceptent de témoigner. Dans ce volume, la Commission recommande donc de transférer à un nouvel organisme la responsabilité des décisions concernant l'inscription aux programmes de protection des témoins.

Le présent volume porte également sur une autre question, à savoir si le « privilège relatif aux indicateurs de police » devrait s'étendre aux sources du SCRS. La question n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît de prime abord. Étendre ce privilège extrêmement étanche aux sources du SCRS permettrait au SCRS d'offrir unilatéralement un privilège qui soustrairait ses sources à l'obligation de

⁷ Mandat, para. b)(vi).

témoigner, ou les empêcherait même d'accepter de le faire. Tout comme il serait inopportun de laisser à la police le soin de prendre des décisions concernant la protection qui préjugent de la valeur relative des témoins cités au procès par rapport aux sources de renseignement, il ne convient pas davantage de conférer au SCRS le pouvoir unilatéral d'empêcher des personnes de témoigner en les faisant bénéficier du privilège relatif aux indicateurs de police.

Il n'en demeure pas moins que les sources du SCRS devraient dans certains cas voir leur identité protégée. La common law reconnaît un privilège qui protège la confidentialité de l'information si l'intérêt public commande de favoriser le type de relation dans le cadre duquel l'information a été fournie. D'après l'interprétation qui en été donnée, ce privilège dit « de Wigmore » protège l'identité des sources humaines, particulièrement lorsque celles-ci invoquent les promesses d'anonymat que leur a faites le SCRS. Toutefois, contrairement au « privilège relatif aux indicateurs de police », les tribunaux peuvent vérifier si la revendication du privilège de Wigmore dans une affaire sert véritablement l'intérêt public.

Enfin, ce troisième volume montre comment il est possible d'atteindre un juste équilibre entre secret et transparence en faisant appel à un décideur impartial à certains stades critiques, comme lorsqu'on décide des mesures qui conviennent après avoir appris l'existence d'une menace terroriste ou lorsqu'on évalue la nécessité de préserver le secret et de protéger les sources et les témoins. Il est primordial d'établir clairement la responsabilité et la responsabilisation relativement aux décisions portant sur les questions de sécurité nationale. Il faut éviter de disperser les responsabilités, de sorte que chaque organisme et chaque responsable agisse à bon droit mais que, collectivement, ils ne réussissent pas à atteindre le but ultime : assurer la sécurité des Canadiens dans toute la mesure du possible. Les promesses de collaboration entre les organismes ne représentent qu'une partie de la solution. Il faut établir de meilleures règles, qui s'appuient sur des mesures législatives. Les meilleures intentions du monde ne suffisent pas à elles seules à assurer la conversion judicieuse du renseignement en preuve.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE II :COORDINATION DE LA RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE

2.0 Introduction

Depuis la tragédie du 11 septembre 2001, on a ressenti avec acuité la nécessité d'établir une politique et des priorités stratégiques et d'améliorer la coordination entre les ministères du gouvernement, plus nombreux à assumer des responsabilités en matière de sécurité nationale. On a ressenti encore plus la nécessité de prendre des mesures fermes en vue d'assurer une coordination et un échange approprié d'informations au sein de l'appareil gouvernemental en ce qui a trait aux menaces potentielles à la sécurité et au terrorisme.

Toutefois, à mesure que s'accroît le nombre d'organismes gouvernementaux engagés dans les questions de sécurité nationale, le risque d'un cloisonnement bureaucratique augmente. Il faut que quelqu'un soit chargé de veiller à ce que les organismes exécutent les plans stratégiques du gouvernement en matière de sécurité et à ce que les différends entre les organismes se règlent dans l'intérêt du public. Il faut que quelqu'un exerce une surveillance significative et ait le pouvoir et la légitimité d'intervenir lorsqu'il n'y a pas de coopération entre les organismes ou que le système est inefficace. Cette personne doit être le gardien de l'intérêt public – un intérêt qui transcende ceux des organismes individuels.

Le présent chapitre examine des moyens de coordonner la réponse du gouvernement à la menace terroriste, en portant une attention particulière aux problèmes que présente la relation entre le renseignement et la preuve. Les décisions concernant la manière et le moment de répondre à une menace particulière pour la sécurité devraient être prises dans l'intérêt public. Dans le contexte canadien, le bureau du conseiller à la sécurité nationale (CSN) est le mieux placé pour remplir cette tâche. Le présent chapitre plaide en faveur de l'élargissement du rôle du CSN.

L'élargissement du rôle du CSN répondrait aux impératifs politiques suivants :

- Lorsque le SCRS détermine qu'il doit transmettre des informations à la GRC, il devrait être libre de le faire sans restriction et sans intervention de la part du CSN. Cela maximise le développement de l'expertise et favorise l'amélioration des relations entre le SCRS et la GRC dans les enquêtes antiterroristes. Il faudrait encourager l'intensification et l'évolution de cette relation.

- Il est dans l'intérêt national du Canada de protéger certains renseignements contre le risque d'une exposition publique susceptible de découler d'un recours aux corps policiers. Toutefois, le SCRS ne devrait pas pouvoir décider unilatéralement de ne pas communiquer des informations à la GRC. De telles décisions devraient être prises par le CSN au nom du premier ministre. Ce rôle de surveillance permettrait de s'assurer que la décision de ne pas communiquer des informations à la GRC est prise dans l'intérêt public.
- Certaines menaces pour la sécurité nationale peuvent être gérées efficacement en employant des solutions de rechange à l'intervention de la GRC. Lorsqu'il y a de bonnes raisons de ne pas faire intervenir la GRC, le CSN devrait envisager de recourir à ces solutions de rechange.
- Le rôle du CSN ne consiste pas à superviser les organismes, mais à régler les différends qui surviennent entre eux.

Au cours de la présente enquête, il est apparu évident que les obstacles à un échange d'informations efficace entre le SCRS et la GRC et à la conversion réussie du renseignement en preuve étaient symptomatiques d'un problème structurel plus important. De nombreux organismes traitent de problèmes de sécurité nationale dans le cadre de leurs fonctions. Ces organismes relèvent de divers ministères et ne sont pas soumis à une ligne hiérarchique supérieure en ce qui touche ces questions de sécurité nationale.

À l'heure actuelle, aucun organisme unique n'est chargé de gérer, de mettre à exécution et de contrôler les réponses aux menaces terroristes. Il n'y a personne aux commandes. Vingt-quatre ans après l'attentat terroriste contre le vol 182, il subsiste un manque inquiétant d'intégration et de coordination parmi les organismes gouvernementaux s'agissant des questions de sécurité nationale.

Dans la vaste majorité des cas impliquant des menaces terroristes, le SCRS monopolise la plupart des aspects de la réponse initiale. Grâce aux renseignements qu'il recueille, le SCRS évalue l'importance de la menace et détermine également dans quelle mesure les autres partenaires interviendront dans la gestion de ladite menace. Le SCRS accomplit ces tâches en exerçant son pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements à la GRC et aux autres organismes gouvernementaux¹. Cela habilite de facto le SCRS

¹ Ceci découle du mandat de communication des informations énoncé à l'article 19 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, c. C-23 [*Loi sur le SCRS*]. Conformément à ce qui est dit au chapitre IV, l'alinéa 19(2)a) accorde au SCRS un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la communication des renseignements aux policiers et aux poursuivants. Le paragraphe 19(2) accorde également au SCRS un pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à la communication des renseignements aux ministres, tel le ministre des Affaires étrangères ou le ministre de la Défense nationale.

à déterminer *de quelle façon* et à *quel moment* le gouvernement répondra à une menace. Or, dicter au gouvernement la réponse à donner en contrôlant la circulation des informations pertinentes excède le mandat du SCRS qui est défini par la loi. S'agissant des menaces qu'il soupçonne à l'égard de la sécurité du Canada, le SCRS « en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard ». C'est donc le gouvernement du Canada et non le SCRS qui doit décider de l'intervention appropriée.

Le SCRS devrait avoir à sa disposition suffisamment d'outils qui lui permettent de découvrir l'existence de menaces terroristes, même au stade embryonnaire. Son rôle diffère de celui des organismes d'application de la loi et devrait demeurer distinct². Le SCRS est, en effet, cantonné dans une tour vigie d'où il scrute l'horizon à la recherche de premiers signes de danger. Toutefois, si le SCRS n'informe pas le gouvernement des menaces qu'il voit poindre à l'horizon, personne au sein du gouvernement n'en sera informé, sauf lui. Le SCRS s'arrogera le pouvoir de décider de la réponse que donnera le gouvernement à ces menaces. Or, c'est le premier ministre qui doit avoir le pouvoir et la responsabilité ultime d'agir pour le gouvernement du Canada en décidant comment répondre aux menaces à la sécurité. Lorsqu'il s'acquitte de cette responsabilité, le premier ministre est secondé par le CSN et d'autres fonctionnaires experts et non partisans du Bureau du Conseil privé.

Le premier ministre joue un rôle fondamental dans les questions de sécurité nationale. Si un acte terroriste est commis, le premier ministre devra en répondre devant le Parlement et le peuple canadien. Que le premier ministre porte l'ultime responsabilité en matière de sécurité nationale n'est pas une théorie de la gouvernance nouvelle et controversée ni une invention nouvelle et controversée en vue d'assurer la coordination du renseignement. Elle est reconnue depuis longtemps et constitue une réalité³.

2.1 Nécessité de revoir l'approche en matière de prévention du terrorisme

Recourir à l'application de la loi comme outil de prévention du terrorisme comporte certains désavantages. Le plus important est le manque de souplesse du processus judiciaire criminel. Les enquêtes criminelles sont voraces en temps et coûteuses. Il en est ainsi des procès criminels. Ces enquêtes et ces procès

² Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006), p. 338-343 [*rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*].

³ *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité* (version abrégée) (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1969) [*Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité*]; Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, Deuxième rapport – vol. 2 (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981), p. 893 [*La liberté et la sécurité devant la loi*]; Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006), p. 196 [*Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*].

peuvent attirer une publicité qui ne sert pas l'intérêt public. En outre, il se peut que les poursuivants ne soient pas en mesure de protéger la confidentialité des informations qu'ils reçoivent du SCRS. Une poursuite infructueuse peut miner la confiance dans la lutte antiterroriste, même si l'échec traduit simplement l'impossibilité de satisfaire à la norme élevée que constitue la preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable. La décision de faire intervenir les organismes d'application de la loi implique la prise en compte de ces risques et de toute solution de rechange à une poursuite.

La GRC n'est pas toujours le seul ou le meilleur organisme capable de répondre à une menace terroriste. Par exemple, s'agissant de non-citoyens, le régime du certificat de sécurité est, à certains égards, préférable au processus judiciaire criminel, parce que le gouvernement peut se fonder sur des renseignements secrets pour justifier le renvoi du Canada d'individus constituant une menace pour la sécurité nationale.

Bien qu'ils ne soient pas l'unique option, les services d'application de la loi constituent un outil précieux qui fait partie intégrante de l'appareil de sécurité de toute nation. Ils disposent de moyens uniques pour dénoncer, stopper et punir le terrorisme. Néanmoins, la participation des services d'application de la loi doit être le fruit d'une décision réfléchie et stratégique, car il est impossible de se fonder sur des renseignements secrets pour obtenir une condamnation lors d'un procès criminel.

En ce qui concerne la gestion des menaces terroristes, l'approche globale devrait être la norme. Dans les cas de financement d'activités terroristes, par exemple, on peut saper la capacité d'un organisme de réunir des fonds en lui retirant son statut d'organisme de bienfaisance. Il est également possible pour les autorités de demander des ordonnances de blocage ou de confiscation des éléments d'actif d'une organisation terroriste. Les mesures préventives qui consistent à renforcer la cible peuvent également s'avérer appropriées dans des secteurs tels que la sûreté du transport aérien. Compte tenu de la nature internationale du terrorisme, il est également possible, en fournissant des renseignements aux alliés, de réduire la menace au sein du Canada⁴.

Les menaces terroristes relèvent du mandat de la GRC, du SCRS et, entre autres, de l'ASFC, du ministère de la Défense nationale (MDN), du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, de l'Agence du revenu du Canada (ARC), de l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien (ACSTA) et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI). À l'heure actuelle, le ministre de la Sécurité publique est responsable de la sécurité

⁴ Même si deux récentes commissions ont trouvé des défaillances dans l'échange de renseignements avec d'autres pays et ont recommandé l'application de mesures de protection accrues, elles ont toutes deux affirmé que cette pratique constitue un outil important pour prévenir le terrorisme. Voir le *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, p. 348-349, 359-361, 376-383; *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin* (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008), p. 74-78, 85, 88-101.

de la nation, mais il n'a d'autorité que sur le SCRS, la GRC et l'ASFC. Bien que la majeure partie du travail afférent à la sécurité nationale se fasse au sein de ces organismes, ce ne sont pas les seuls à la disposition du gouvernement. Comme le commissaire O'Connor l'a souligné en faisant rapport sur la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, il y a au moins 25 entités gouvernementales qui jouent un rôle dans les questions de sécurité nationale, dont 16 ministères et organismes ayant selon le gouvernement des responsabilités « clés » en la matière⁵.

Il est nécessaire d'adopter une approche souple pour décider de la réponse gouvernementale appropriée. Un CSN assumant des responsabilités accrues devrait jouer un rôle fondamental dans la détermination de la réponse à donner à des menaces précises à l'égard de la sécurité. Les nouvelles structures de gouvernance proposées dans le présent volume permettraient de prendre des décisions éclairées sous le rapport des coûts et avantages d'éventuelles poursuites pour terrorisme. Elles fourniraient également un cadre pour régler rapidement et fermement les différends qui peuvent survenir entre les organismes.

Les défis à relever pour concevoir des structures de gouvernance viables sont énormes, mais ils sont surmontables. Ces structures doivent assurer le respect des principes de l'indépendance de la poursuite et de la police que soutient la constitution canadienne tant en veillant à l'application impartiale de la règle de droit. Elles doivent respecter l'importance du secret, tout en empêchant les organismes détenant des informations pertinentes de les dissimuler à d'autres organismes par crainte qu'elles ne soient ultimement rendues publiques. Enfin, ces nouvelles structures doivent garantir les protections constitutionnelles dont jouissent toutes les personnes inculpées d'actes criminels.

Toute nouvelle structure de gouvernance doit être suffisamment souple pour permettre de prendre rapidement des décisions à l'égard de menaces imminentes et doit éviter le chevauchement avec les bureaucraties existantes. Elle ne doit pas devenir un système dysfonctionnel dans lequel chaque organisme effectue vraisemblablement son propre travail de manière adéquate alors que le système dans son ensemble ne parvient pas à atteindre son objectif ultime qui consiste à protéger la sécurité des Canadiens. Pour que le système fonctionne de manière à prévenir le terrorisme, il faut qu'il y ait quelqu'un, au cœur du gouvernement, qui reçoive toutes les informations pertinentes et décide, dans l'intérêt public, de la réponse que le gouvernement doit donner à des menaces particulières à l'égard de la sécurité.

2.2 Rôle crucial du SCRS quant à la fourniture au gouvernement de renseignements sur les menaces à la sécurité

Le SCRS a notamment pour mandat de conseiller le gouvernement du Canada à l'égard des menaces pour la sécurité du Canada. Il n'a pas pour mandat d'empêcher les actes terroristes. Il ne lui incombe pas d'exercer des activités

⁵ *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 143-145.

d'application de la loi pour les prévenir. Le SCRS conseille, mais c'est au gouvernement qu'il revient de concevoir l'intervention appropriée.

Le SCRS effectue des opérations en ce sens qu'il mène des entrevues, utilise des sources humaines, effectue des perquisitions autorisées par mandat et intercepte clandestinement des communications privées⁶. Ce sont là les outils dont se sert le SCRS pour découvrir si des menaces pèsent sur la sécurité du Canada. Toutefois, ce mandat opérationnel prend fin lorsque l'étape de la collecte des informations est terminée. Au-delà de ce point, le SCRS n'est pas autorisé à exercer des fonctions « de police ». Par exemple, la *Loi sur le SCRS*⁷ n'habilite pas les employés du SCRS à procéder à des arrestations, à mener des entrevues déstabilisatrices, à détenir des personnes pour des entrevues ou à employer des agents (par opposition aux sources, qui ne font que fournir des informations et ne participent pas activement aux opérations pour le compte du SCRS). Ces techniques sont réservées à d'autres organismes, notamment les organismes d'application de la loi et l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC).

La collecte de renseignements se transforme en une collecte d'éléments de preuve dès lors qu'une activité passe de la collecte de renseignements à une enquête relative à l'application de la loi. Un des rôles évidents du CSN devra être d'intervenir pour faciliter le passage du renseignement à la preuve.

La preuve présentée à la Commission montre qu'il faut parfois des années pour comprendre qu'il existe une menace pour la sécurité nationale. Il n'est pas vrai que toutes les menaces soient évidentes d'emblée ou que le danger soit immédiatement compris. En conséquence, le SCRS effectue de nombreuses enquêtes à long terme qui exigent de la patience et une analyse approfondie d'une grande quantité de renseignements. Le SCRS est porté à maximiser le secret et à poursuivre son enquête secrète pour obtenir une compréhension maximale de la menace. En même temps, il peut ne pas toujours être dans l'intérêt public de garder secrets les renseignements recueillis par le SCRS.

À quel moment les renseignements recueillis par le SCRS devraient-ils être transmis à la GRC? Lorsque survient un différend à cet égard, c'est le CSN qui devrait trancher.

2.2.1 Tensions inhérentes entre le SCRS et la GRC

Le conflit entre le SCRS et la GRC découle de leurs mandats respectifs de base. Le SCRS est un organisme de renseignement qui se sert de sources secrètes et des informations qu'il a reçues à titre confidentiel d'alliés pour renseigner le gouvernement du Canada sur les menaces à l'égard de la sécurité du pays. Par contre, la GRC est un service de police qui se consacre à la collecte de preuves de crimes en vue de poursuites publiques.

⁶ Ces opérations sont autorisées par un juge de la Cour fédérale en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*. Voir le chapitre IV pour une analyse approfondie de ces pouvoirs de perquisition.

⁷ L.R.C. 1985, c. C-23.

À l'heure actuelle, pour gérer la circulation des informations entre eux, les deux organismes doivent élaborer des mécanismes non réglementaires et non contraignants qui n'interfèrent pas avec leurs très différentes fonctions. Le bon fonctionnement de ces mécanismes dépend largement de la personnalité des employés au sein des deux organismes. Bien que leurs relations continuent de s'améliorer, il subsiste toujours dans chaque organisme un manque de compréhension à l'égard des fonctions et des mandats de l'autre en matière de sécurité nationale.

Le SCRS a au moins trois sources de préoccupation qui influent négativement sur ses relations avec la GRC :

- L'expérience démontre que lorsque le SCRS communique des informations à la GRC, celle-ci ne respecte pas le mandat du renseignement en mettant en danger les sources, en divulguant des renseignements confidentiels provenant d'alliés, rendant ainsi les enquêtes du SCRS beaucoup plus difficiles.
- Le SCRS s'inquiète de la portée de l'obligation de communication établie dans l'arrêt *Stinchcombe*⁸, laquelle obligation crée un risque d'exposition au public des activités de renseignement et réduit l'efficacité du SCRS.
- Le SCRS craint qu'une collaboration plus étroite ne brouille la ligne de démarcation entre la fonction de renseignement civil et la fonction d'application de la loi. En somme, le SCRS craint de devenir ainsi un service de police de remplacement, ou que la police s'immisce de plus en plus dans les questions relevant du renseignement civil.

Pour sa part, la GRC a choisi de gérer sa relation avec le SCRS en le traitant comme un simple « service de tuyaux ». En appliquant un principe selon lequel « moins on reçoit d'informations du SCRS, mieux c'est », la GRC espère réduire ses risques de conflit avec le SCRS et se donner de meilleures chances de réussir une enquête policière. La GRC a au moins trois sources de préoccupation qui influent négativement sur ses relations avec le SCRS :

- La GRC doute que le SCRS réalise que leurs mandats se chevauchent dans les questions de lutte antiterroriste. En conséquence, elle a l'impression que le SCRS comprend mal l'incidence qu'il peut avoir sur les enquêtes criminelles.
- La GRC craint que le SCRS ne tienne pas compte des normes de preuve s'appliquant à la collecte et la conservation des renseignements.

⁸ R. c. *Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

- La GRC se demande si le SCRS cherchera à protéger ses propres enquêtes de préférence aux enquêtes criminelles.

L'application du principe « moins on reçoit d'informations du SCRS, mieux c'est » par la GRC augmente les possibilités de chevauchements et de conflits. Comme nous le verrons plus loin, les deux organismes ont eu recours à un processus plutôt élaboré pour éviter que cela ne se produise. Or, ce processus ne vise ni l'intégration ni la coopération. Le plus souvent, il met l'accent sur une séparation des activités qui permet à chacun des organismes de ne pas empiéter sur le territoire de l'autre.

2.2.2 Réunions de l'Équipe de gestion mixte

La GRC et le SCRS tiennent régulièrement des réunions tant au niveau régional qu'au niveau de l'administration centrale, où les organismes examinent leur liste d'enquêtes respectives afin de prévenir tout conflit et de résoudre les conflits qui surviennent. Essentiellement, la GRC communique au SCRS toutes les cibles de ses enquêtes et peut lui fournir un bref résumé de l'évolution de chacune des enquêtes. Le SCRS s'efforce d'examiner les documents et d'indiquer où il y a un conflit. Le cas échéant, les organismes négocient la façon de le gérer.

Le surintendant de la GRC, Jamie Jagoe⁹, a déclaré que, lors de la résolution des conflits, il ne dit pas au SCRS ce qu'il doit faire, et le SCRS ne dirige pas la GRC. C'est plutôt une attitude de coopération qui prévaut pour assurer un respect mutuel de leurs mandats respectifs pendant que chacun poursuit son enquête¹⁰.

Par exemple, si la GRC mène une enquête sur une question qui fait également l'objet d'une surveillance de la part du SCRS, le SCRS peut opter pour un rôle plus passif afin de permettre à la GRC de compiler des données pour établir sa preuve. En outre, ce processus permet au SCRS de retirer les sources humaines qui se trouvent au sein d'un groupe ciblé par la GRC afin de leur éviter une exposition publique si l'enquête policière devait mener à une poursuite et préserver ainsi l'intégrité de l'enquête du SCRS.

Dans le cas où un conflit entre le SCRS et la GRC ne peut pas être résolu au niveau régional, la question est traitée au niveau de l'administration centrale. Presque tous les témoins ont estimé qu'il était très peu probable qu'on ne puisse trouver une solution au niveau régional. En outre, étant donné l'ampleur du dialogue continu entre les deux organismes, il ne devrait y avoir aucune surprise lors de l'examen des cibles de l'autre. Néanmoins, les témoins ont reconnu que, si une divergence irréconciliable survenait entre le SCRS et la GRC, la question pourrait être portée devant le ministre de la Sécurité publique, à qui incombe la responsabilité ministérielle des deux organismes.

⁹ Surintendant de la GRC, officier responsable adjoint chargé des enquêtes criminelles à la Division O (région de l'Ontario).

¹⁰ Témoignage de Jamie Jagoe, vol. 82, 23 novembre 2007, p. 10460.

Les organismes semblent déployer un effort concerté pour comprendre l'étendue des enquêtes menées par l'autre afin de s'assurer de ne pas compromettre leurs efforts respectifs. Ce processus constitue une partie importante et nécessaire de la relation entre la GRC et le SCRS. Toutefois, ces réunions et ce processus en vue d'éviter les conflits ne règlent pas le problème fondamental, soit la façon de gérer le passage d'une enquête en matière du renseignement à une enquête policière.

Au niveau de l'administration centrale, le SCRS et la GRC tiennent régulièrement des réunions de l'Équipe de gestion mixte (EGM). L'EGM a pour but d'identifier les secteurs qui préoccupent les deux organismes et de déterminer la meilleure façon de gérer les ressources selon le point de vue de leur administration centrale. On est conscient que les agents de première ligne doivent résoudre une grande partie de ces questions. Néanmoins, les fonctionnaires au niveau de l'administration centrale peuvent donner des directives et une perspective plus vaste que celle qui est offerte dans les régions. Le SCRS peut également recourir à l'EGM pour renseigner la GRC sur de nouvelles menaces. Toutefois, le SCRS n'attendra pas toujours la tenue d'une réunion de l'EGM pour traiter d'une question. Comme l'a fait remarquer le commissaire adjoint de la GRC, Mike McDonell [traduction] : « [L]e cadre normalisé est l'Équipe de gestion mixte, mais il nous arrive souvent de traiter les questions à mesure qu'elles sont soulevées; nous n'attendons pas la réunion de l'EGM. Nous visons, en agissant ainsi, à éviter de faire obstacle ou de nuire au travail des enquêteurs et à faciliter le travail de première ligne. Aussi, nous est-il souvent arrivé de prendre le téléphone ou de nous pointer dans le bureau de l'autre pour traiter la question sur-le-champ¹¹. »

Bien qu'il y ait certaines discussions entre le SCRS et la GRC concernant des solutions de rechange au recours aux organismes d'application de la loi, le plan d'action par défaut consiste, en fait, à amorcer une enquête policière. Généralement, l'unique problème qui se pose est le choix du moment – à quel moment la GRC devrait-elle amorcer son enquête? Le commissaire adjoint McDonell a fait remarquer ceci [traduction] : « il est beaucoup plus facile pour le SCRS de récolter les fruits de notre labeur et de nos actions que pour nous de récolter ceux qui résultent de l'intervention du Service. Ainsi, lorsque nous faisons l'examen d'un événement précis ayant nécessité une intervention, nous constatons que l'opération est beaucoup plus facile à long terme lorsque c'est la Gendarmerie royale du Canada qui dirige l'enquête, effectue les perquisitions ou fait le nécessaire, et que le Service a accès aux fruits de son labeur. Toutefois, notre mission principale consiste à recueillir des preuves et le contraire est un peu plus difficile. Aussi, mon expérience de travail m'a-t-elle permis de constater que c'est toujours par défaut que la conduite de l'action principale a été confiée à la GRC¹². »

Les commentaires du commissaire adjoint McDonell illustrent bien l'approche fondée sur l'idée que « moins on reçoit d'informations du SCRS, mieux c'est ».

¹¹ Témoignage de Mike McDonell, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12654.

¹² Témoignage de Mike McDonell, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12637.

Cela donne à penser que la GRC ne reçoit généralement pas du SCRS tous les renseignements qu'elle pourrait recevoir¹³.

En outre, le témoignage du commissaire adjoint laisse entendre qu'au lieu que ce soit le SCRS qui fournisse à la GRC des renseignements détaillés sur les menaces terroristes possibles, c'est la GRC qui fournit des renseignements au SCRS. L'échange d'informations entre la GRC et le SCRS comporte des avantages évidents en ce qui a trait au chevauchement fréquent de leurs enquêtes contre le terrorisme¹⁴.

Le SCRS contrôle, à lui seul, la qualité et la quantité d'informations ainsi que le choix du moment de la communication à la GRC. L'alinéa 19(2)a)¹⁵ de la *Loi sur le SCRS* confère au SCRS le pouvoir discrétionnaire de décider de transmettre ou non des renseignements pertinents à la police¹⁶.

Une fois les renseignements fournis à la police, il y a risque que des enquêtes criminelles et des poursuites soient amorcées, même si ce n'est peut-être pas là la façon la plus efficace de gérer la menace terroriste. L'Équipe de gestion mixte n'est pas outillée sur le plan institutionnel pour évaluer des stratégies de gestion autres que le contrôle d'application de la loi. Le champ d'action de l'EGM est étroit, en ce sens qu'elle n'a généralement pas d'autre choix que de maintenir l'enquête du SCRS ou de confier l'affaire à la GRC. Ce n'est pas dans le cadre de l'EGM que peuvent se prendre les décisions stratégiques concernant la réponse appropriée à donner à une menace particulière pour la sécurité ou quant à savoir s'il est dans l'intérêt public d'entamer une poursuite antiterroriste.

Compter sur l'EGM pour gérer les menaces terroristes comporte un autre désavantage, soit le risque que les informations du SCRS fournies lors des

¹³ Nous verrons aux chapitres V à VII des façons de mieux protéger les renseignements de sécurité contre la divulgation tout en préservant le droit de l'accusé à un procès équitable. Y sont analysés les normes de divulgation, les privilèges et les moyens d'obtenir des ordonnances judiciaires de non-divulgation dans des cas précis.

¹⁴ Stanley Cohen a soutenu que [traduction] « l'échange généreux de renseignements et de données entre les organismes d'application de la loi et du renseignement de sécurité devrait être encouragé, à condition, bien sûr, que l'ensemble du système se caractérise par des mesures de protection, une surveillance et un contrôle adéquats » : Stanley A. Cohen, *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril* (Markham, LexisNexis, 2005), p. 406 [Cohen, *Privacy, Crime and Terror*].

¹⁵ Dans le chapitre IV, on analyse les modifications à apporter à l'article 19 afin de voir à ce que le SCRS soit tenu de communiquer des renseignements pertinents directement à la police ou au conseiller à la sécurité nationale et qu'il n'ait plus le pouvoir discrétionnaire de les dissimuler, qu'il exerce à l'heure actuelle.

¹⁶ Stanley Cohen affirme que l'article 19 de la *Loi sur le SCRS* [traduction] « confère au Service canadien du renseignement de sécurité le pouvoir exprès de communiquer aux organismes d'application de la loi les renseignements qu'il a acquis légalement » : Cohen, *Privacy, Crime and Terror*, p. 407. Il affirme en outre que le pouvoir discrétionnaire du SCRS de communiquer ces renseignements dépend de divers facteurs, notamment [traduction] « le fait que les renseignements communiqués puissent ultimement devenir publics dans une instance judiciaire publique, tel le procès criminel; les implications en aval de la communication d'informations susceptibles de révéler des pratiques et des techniques opérationnelles secrètes ou subreptices; la nécessité de protéger les sources sensibles; et l'obligation de respecter les accords conclus et les engagements pris avec les autres nations afin d'assurer la sécurité au pays et de promouvoir la coopération internationale et la courtoisie envers les amis et alliés du Canada dans la communauté internationale » : p. 408

réunions de cette équipe soient rendues publiques. Bien que l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁷ puisse fournir une protection relativement aux informations qui sont communiquées à l'EGM, la présence de la police suppose l'enclenchement de la panoplie des protections constitutionnelles, dont le droit à la communication, dont jouissent les personnes faisant l'objet d'enquêtes criminelles. Le risque que des informations provenant d'une enquête policière soient rendues publiques ne devrait être accepté qu'après mûre réflexion. Comme nous le verrons ci-après, le conseiller à la sécurité nationale (CSN), avec l'apport plein et entier de tous les organismes concernés, serait le mieux placé pour déterminer s'il est dans l'intérêt public de communiquer des renseignements secrets.

2.3 Rôle actuel du conseiller à la sécurité nationale

À la fin de 2003, un conseiller à la sécurité nationale auprès du premier ministre a été nommé « pour améliorer la coordination et l'intégration des efforts de sécurité dans les ministères¹⁸ ». Cela constituait une évolution positive et nécessaire, étant donné les difficultés en matière de coopération et de coordination entre les divers organismes durant l'enquête sur les étapes qui ont précédé et suivi l'attentat à la bombe commis contre le vol d'Air India.

Vu l'importance de coordonner les activités en matière de sécurité nationale, plusieurs témoins de l'intérieur ou de l'extérieur du gouvernement ont été appelés à exprimer des commentaires sur le rôle du CSN, lors de leur comparution devant la Commission.

Le CSN est l'un des plus hauts fonctionnaires du Bureau du Conseil privé (BCP). Le BCP tient lieu de secrétariat du Cabinet, dont il veille à assurer le fonctionnement sans heurt. Il apporte également au premier ministre « le soutien de la fonction publique pour tout ce qui touche les politiques gouvernementales et les questions d'ordre opérationnel¹⁹ ». Il est dirigé par le greffier du Conseil privé, qui est le sous-ministre du premier ministre²⁰.

Le CSN exerce divers rôles. Ainsi :

- à titre de *secrétaire associé du Cabinet*, il peut agir « en son nom dans tout l'éventail de dossiers et de questions opérationnelles dont est saisi le Bureau du Conseil privé²¹ »;

¹⁷ L.R.C. 1985, c. C-5.

¹⁸ Canada, *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale* (avril 2004), p. 11, en ligne : gouvernement du Canada, Programme des services de dépôt <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/CP22-77-2004F.pdf>> (consulté le 4 juin 2009) [*La politique canadienne de sécurité nationale*].

¹⁹ Bureau du Conseil privé, « Le rôle et la structure du Bureau du Conseil privé 2008 » 1.0, en ligne : <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=Role/role2008_f.htm#1> (consulté le 29 juillet 2009).

²⁰ Bureau du Conseil privé, « Le rôle et la structure du Bureau du Conseil privé 2008 », 2.0, en ligne : <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=Role/role2008_f.htm#2> (consulté le 29 juillet 2009).

²¹ Bureau du Conseil privé, « Le rôle et la structure du Bureau du Conseil privé 2008 », 3.0, en ligne : <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=Role/role2008_f.htm#3> (consulté le 29 juillet 2009) [« Le rôle et la structure du Bureau du Conseil privé 2008 », 3.0].

- à titre de CSN, il « veille à ce que les efforts de la collectivité canadienne de la sécurité et du renseignement soient coordonnés efficacement²² »;
- à titre de sous-ministre responsable des opérations et de la politique du Centre de la sécurité des télécommunications (CST);
- à titre de CSN, il supervise « les évaluations du renseignement présentées au Premier ministre, aux ministres et aux hauts fonctionnaires²³ ».

William Elliott, ancien conseiller à la sécurité nationale et présentement commissaire de la GRC, a déclaré devant la Commission que l'une de ses plus importantes fonctions consistait à jouer [traduction] « un rôle très central » en ce qui a trait au travail du comité du Cabinet responsable de la sécurité nationale. Il devait, entre autres, [traduction] « coordonner les efforts, dont le travail fait par les ministres siégeant au comité ainsi que le travail de soutien effectué à leur intention ». Il a également déclaré que le CSN joue un rôle essentiel « pour ce qui est d'amener les gens des ministères et des organismes concernés à traiter d'importantes questions de sécurité nationale, notamment lorsqu'il y a, surtout au début, des divergences de vues substantielles en ce qui a trait aux événements ». Il a affirmé qu'il avait particulièrement à l'esprit le travail accompli relativement à l'application de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'expérience acquise en traitant des questions soulevées par la Commission d'enquête O'Connor. Là, a-t-il dit « le conseiller à la sécurité nationale a certainement joué un rôle dans le développement d'une position gouvernementale, qui est devenue telle que les ministres l'avaient décrite et choisie »²⁴.

Margaret Bloodworth, conseillère à la sécurité nationale au moment des audiences de la Commission, a indiqué qu'elle avait un triple rôle : un rôle consultatif, un rôle de coordination et un rôle opérationnel pour ce qui est du CST. Elle agit comme conseillère auprès du premier ministre et du comité du Cabinet en ce qui a trait aux programmes en matière de renseignement et aux politiques de sécurité nationale. Elle agit également comme secrétaire associée du Cabinet. M^{me} Bloodworth a consacré également du temps au renouvellement de la fonction publique en général, particulièrement en ce qui a trait à la collectivité du renseignement.

M^{me} Bloodworth a indiqué que son rôle de coordination consistait à [traduction] « assurer la coordination à l'égard du renseignement, à accomplir des tâches telles que l'établissement de priorités et l'évaluation générale. Et deuxièmement, à l'égard de la sécurité nationale en général, ce qui comprend la réponse aux menaces et la résilience face à ces dernières, de même que les questions

²² « Le rôle et la structure du Bureau du Conseil privé 2008 », 3.0.

²³ « Le rôle et la structure du Bureau du Conseil privé 2008 », 3.0.

²⁴ Témoignage de William Elliott, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11827.

frontalières²⁵ ». Elle a ajouté qu'elle exerçait un rôle de coordination relativement à la GRC et au SCRS sans interférer avec l'ultime responsabilité du ministre de la Sécurité publique en ce qui a trait aux deux organismes, qu'elle a décrite comme étant « vraiment fondamentale pour notre système²⁶ ».

Néanmoins, elle a fait observer que le rôle de coordination du CSN pourrait inclure des réunions avec les têtes dirigeantes de la GRC et du SCRS, soulignant que [traduction] « les deux devraient fixer ces réunions ou une variante de cette formule, ou encore le ministère de la Justice pourrait intervenir dans le cas d'une question d'ordre juridique et ainsi de suite. Si, à la fin, la question s'avérait insoluble, il reviendrait alors à leur ministre de prendre des mesures; toutefois, si la question ne lui était pas soumise, il m'incomberait alors de veiller à ce qu'il en soit informé. Cependant, je ne crois pas que nous aurions à aller aussi loin, étant donné que le sous-ministre de la Sécurité publique en serait informé²⁷ ».

Le CSN préside également un comité de sous-ministres sur la sécurité nationale, qui se réunit environ une fois aux quatre ou six semaines pour se pencher sur « une panoplie » de questions de sécurité nationale, y compris « les leçons retenues »²⁸.

Enfin, le CSN est également le sous-ministre responsable des opérations et de la politique du CST. À ce titre, M^{me} Bloodworth intervient relativement aux activités du CST, surtout lorsqu'elles concernent les priorités du gouvernement du Canada en matière de renseignement et les autres organismes de sécurité²⁹. Le CST a un triple mandat en vertu de la *Loi sur la défense nationale* :

- acquérir et utiliser l'information provenant de l'infrastructure mondiale de l'information dans le but de fournir des renseignements étrangers, en conformité avec les priorités du gouvernement du Canada en matière de renseignement;
- fournir des avis, des conseils et des services pour aider à protéger les renseignements électroniques et les infrastructures d'information importantes pour le gouvernement du Canada;
- fournir une assistance technique et opérationnelle aux organismes fédéraux chargés de l'application de la loi et de la sécurité, dans l'exercice des fonctions que la loi leur confère³⁰.

Bref, le CSN a de multiples responsabilités en matière de politique et de coordination, ainsi qu'au niveau opérationnel.

²⁵ Témoignage de Margaret Bloodworth, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12671-12672.

²⁶ Témoignage de Margaret Bloodworth, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12676.

²⁷ Témoignage de Margaret Bloodworth, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12676-12677.

²⁸ Témoignage de Margaret Bloodworth, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12681-12682.

²⁹ Témoignage de Margaret Bloodworth, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12671-12672.

³⁰ L.R.C. 1985, c. N-5, art. 273.64.

Le CSN est appuyé par le sous-conseiller à la sécurité nationale et par deux secrétariats au sein du BCP : le Secrétariat de la sécurité et du renseignement et le Bureau de l'évaluation internationale. Le Secrétariat de la sécurité et du renseignement travaille en concertation avec les ministères fédéraux à la coordination d'un éventail de mesures de sécurité. Celles-ci comprennent la composante sécurité du Partenariat nord-américain pour la sécurité et la prospérité et les questions relatives à la sécurité du premier ministre, du Cabinet, du gouvernement et de la région de la capitale nationale. Le Bureau de l'évaluation internationale fournit des informations sur le terrorisme par l'intermédiaire du Centre intégré d'évaluation des menaces (CIEM) et directement des alliés du Canada. Le directeur exécutif du Bureau de l'évaluation internationale et le secrétaire adjoint du Cabinet (Sécurité et Renseignement) relèvent tous deux du CSN par l'entremise du conseiller de la politique étrangère et de la défense auprès du premier ministre. Le CSN et le conseiller de la politique étrangère et de la défense auprès du premier ministre secondent le Comité du Cabinet chargé des affaires étrangères et de la sécurité nationale³¹.

2.3.1 Points de vue divergents concernant le caractère adéquat des pouvoirs de coordination du conseiller à la sécurité nationale

Selon Martin Rudner, professeur distingué émérite à l'École des affaires internationales Norman Paterson de l'Université Carleton, la fonction actuelle de CSN consiste à [traduction] « conseiller le premier ministre sur la sécurité nationale et certainement pas à coordonner les activités en matière de sécurité de la collectivité du renseignement. Il n'y a aucune ressource, instrument ou intention³² ». Il a également rejeté l'idée que le ministère de la Sécurité publique puisse jouer un rôle de coordination, affirmant que « c'est un rôle considérable pour un jeune ministère³³ ». Dans un article qu'il a rédigé pour la Commission, M. Rudner a proposé d'élargir sensiblement le rôle du CSN pour qu'il englobe les ressources nécessaires pour effectuer les allocations budgétaires et les affectations de personnel additionnelles, ainsi que la persuasion morale³⁴. M. Rudner a fait valoir qu'une approche « pangouvernementale » proactive, axée sur le renseignement nécessitait « une bonification significative de la fonction de coordination afin d'assurer la cohérence des politiques, la coopération entre les services ainsi qu'une synergie efficace parmi les services du renseignement, de la sécurité et d'application de la loi, les ministères concernés (à tous les paliers) de même que les propriétaires privés et les exploitants d'infrastructures nationales importantes³⁵ ».

31 Bureau du Conseil privé, « Le rôle et la structure du Bureau du Conseil privé 2008 », 8.0, accès en direct : Bureau du Conseil privé <http://www.pco-bcp.gc.ca/index.asp?lang=fra&page=information&sub=publications&doc=Role/role2008_f.htm#8> (consulté le 29 juillet 2009).

32 Témoignage de Martin Rudner, vol. 92, 10 décembre 2007, p. 12254-12255.

33 Témoignage de Martin Rudner, vol. 92, 10 décembre 2007, p. 12257-12258.

34 Martin Rudner, « Constituer une force contre-terroriste pour le Canada : une démarche pangouvernementale proactive aux fins d'un contre-terrorisme axé sur les renseignements », vol. 1 des études de recherche : *L'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS*, p. 155 [rapport de M. Rudner sur le développement des capacités antiterroristes].

35 Rapport de M. Rudner sur le développement des capacités antiterroristes, p. 155.

Bruce Hoffman, professeur à la Edmund Walsh School of Foreign Service de l'Université de Georgetown, a déclaré que les pouvoirs essentiels du coordonnateur du renseignement comprenaient la capacité d'établir des normes au sein de la collectivité du renseignement et d'exercer un contrôle budgétaire à l'égard du personnel. La personne qui est chargée de coordonner et de superviser la collectivité du renseignement [traduction] « doit pouvoir exercer un contrôle sur les cordons de la bourse, à savoir un contrôle budgétaire, avoir la capacité d'embaucher et de congédier des cadres supérieurs et d'établir des normes en ce qui a trait à la structure de l'information et du personnel dans toute la collectivité du renseignement³⁶ ». Selon lui :

[Traduction]

[L]'ampleur et la complexité des menaces auxquelles sont confrontés nos pays au XXI^e siècle exigent que l'on puisse compter sur une personne qui, encore une fois, entre en contact avec les intervenants et établisse les priorités, étant donné qu'il ne s'agit pas ici de priorités d'organismes individuels mais de priorités nationales. Une fois ces priorités établies, cette personne dictera les tâches à accomplir. Cela est, à mon avis, extrêmement important. Non seulement pour obliger parfois les bureaucraties récalcitrantes à sortir de leur zone de confort ou de leur coquille, mais également pour créer la dimension stratégique qui permettra de faire en sorte que l'accent soit mis précisément sur ces priorités on ne peut plus cruciales pour la sécurité nationale³⁷.

Martin Rudner et Bruce Hoffman ne sont pas les seuls à prôner l'élargissement des pouvoirs de coordination en matière de sécurité nationale. Norman Inkster, ancien commissaire de la GRC, a souscrit à l'idée qu'il faut un arbitre pour trancher les différends entre le SCRS et la GRC à l'égard du traitement des sources³⁸.

Giuliano Zaccardelli, autre ancien commissaire de la GRC, a déclaré pour sa part qu'un changement de gouvernance s'avérait nécessaire pour que cessent les pratiques en vase clos des organismes, qui n'échangent des informations que de façon ponctuelle. Il a demandé que l'on instaure un organisme de gouvernance composé de représentants des plus hauts niveaux des organismes de renseignement clés, qui serait chargé de veiller à la sûreté et la sécurité du Canada. L'organisme de gouvernance serait en mesure de rendre des ressources disponibles et de les intégrer d'une façon qui garantisse que [traduction] « le tout soit plus grand que la somme de ses parties³⁹ ». Le commissaire Zaccardelli a fait valoir que le travail de l'organisme de gouvernance serait facilité si la

³⁶ Témoignage de Bruce Hoffman, vol. 94, 12 décembre 2007, p. 12530.

³⁷ Témoignage de Bruce Hoffman, vol. 94, 12 décembre 2007, p. 12514.

³⁸ Témoignage de Norman Inkster, vol. 81, 22 novembre 2007, p. 10368.

³⁹ Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11030-11032.

personne provenait de l'extérieur du gouvernement⁴⁰. Il était d'avis que ce rôle ne pouvait pas être exercé par un ministre, vu le risque d'interférence politique, ni par un bureaucrate chevronné, vu le risque qu'il soit redevable à des « intérêts en place⁴¹ ». La personne en question devrait avoir la crédibilité et l'image de marque qui lui permettent de rassembler les divers organismes « et les faire travailler pour le bien du Canada⁴² ».

Reid Morden, ancien directeur du SCRS, a déclaré que [traduction] « la structure actuelle n'est pas assez forte pour coordonner et diriger les activités de ce monstre tentaculaire du renseignement que nous avons créé ». Il a déclaré que le coordonnateur ne devrait pas faire partie du Cabinet du premier ministre, mais qu'il « devrait avoir directement accès au premier ministre qui a toujours, du moins en titre, présidé tous les comités du Cabinet ayant examiné des questions liées à la sécurité ou au renseignement »⁴³. Il a déclaré qu'il fallait jeter « un regard neuf sur le type de mécanisme dont nous disposons », alors que les gouvernements doivent réagir à « un monde qui est devenu beaucoup plus dangereux et impitoyable qu'il ne l'était autrefois »⁴⁴.

Ce ne sont pas tous les témoins qui ont convenu qu'il fallait conférer de plus grands pouvoirs de coordination au CSN. L'honorable Ronald (« Ron ») Atkey, l'ancien président du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS), qui possède une vaste expérience des questions de sécurité nationale, a déclaré que le Canada n'avait [traduction] « pas encore la maturité voulue pour opter pour un tsar de la sécurité. Nous constatons que les États-Unis tentent actuellement de s'orienter dans cette direction, mais ils éprouvent encore des difficultés à ce chapitre⁴⁵ ».

William Elliott, ancien conseiller à la sécurité nationale, a déclaré pour sa part qu'il n'était pas certain que la création d'une nouvelle entité, [traduction] « qu'on la désigne par l'expression "tsar du renseignement" ou autrement, soit réellement nécessaire ou désirable ». Il a ajouté : « Si c'était le cas – et que son principal objet était de régler les différends –, je ne pense pas que la personne qui chapeauterait cette entité serait très occupée et [...] je ne suis pas sûr qu'il vaille la peine de charger quelqu'un des opérations de tous les ministères et organismes gouvernementaux. Franchement, je ne suis pas certain que cela rendrait les opérations très efficaces⁴⁶. »

Jim Judd, directeur du SCRS au moment de son témoignage et présentement retraité, a également déclaré qu'un rôle de coordination élargi n'était pas nécessaire au Canada. Il a affirmé que [traduction] « vu la situation qui existe au Canada, je crois qu'il est probablement juste de dire que le conseiller à la

40 Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11077.

41 Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11080-11081.

42 Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11078.

43 Témoignage de Reid Morden, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11455-11457.

44 Témoignage de Reid Morden, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11456.

45 Témoignage de Ronald Atkey, vol. 49, 20 septembre 2007, p. 6030.

46 Témoignage de William Elliott, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11828.

sécurité nationale, le ministre et très souvent le premier ministre sont, à notre avis, informés sur-le-champ de ce que nous faisons au sein notre organisation, à l'échelle internationale ou à l'intérieur du pays, qui mérite d'être signalé, de sorte que nous avons peut-être un peu contribué à assurer l'existence de ces voies de communication. Et c'est en partie un fait fonctionnel, bien sûr, qu'on traite avec un univers beaucoup plus petit dans le contexte canadien que lorsqu'on est aux États-Unis. Aucun autre pays occidental que les États-Unis n'a, à ma connaissance, cherché à imposer ce type de régime de super personnalité au haut de l'échelle. Et je ne vois pas, dans les circonstances actuelles, la nécessité que cela se produise dans notre pays, étant donné les arrangements qui existent déjà⁴⁷. »

Enfin, Margaret Bloodworth, conseillère à la sécurité nationale au moment de nos audiences, a fait valoir que les propositions de M. Hoffman relativement à une coordination accrue n'étaient pas compatibles avec un système parlementaire où les ministres sont ultimement responsables du rendement et des budgets des organismes de leurs ministères. Concernant les questions budgétaires, elle voyait des difficultés dans le fait que [traduction] « l'aspect pécuniaire soit séparé de la reddition des comptes » : « Et, en ce qui concerne le contrôle financier, je crois que ce sont les ministres qui doivent, dans la mesure du possible, rendre des comptes en dernier ressort et qu'il y a des limites à vouloir en rendre le premier ministre personnellement responsable⁴⁸. » Elle a ajouté qu'« après avoir dirigé trois ministères différents, elle est mesurée de dire que l'argent géré de façon centralisée n'était pas mieux géré qu'au sein des ministères⁴⁹ ».

On pourrait faire valoir que c'est le ministre de la Sécurité publique, plutôt que le CSN, qui devrait exercer un rôle de coordination relativement aux activités en matière de sécurité nationale. À l'heure actuelle, le ministre de la Sécurité publique est responsable de la GRC et du SCRS. Les deux organismes semblent être parfois plus puissants que leur ministre. Cela est attribuable au fait que la Sécurité publique, en tant que descendante directe de l'ancien ministère du solliciteur général, peut être perçue comme insuffisamment expérimentée au sein du gouvernement pour prendre les devants en ce qui a trait aux questions de sécurité nationale complexes.

Le champ de compétence du ministre de la Sécurité publique est limité. Si le SCRS, l'ASFC et la GRC relèvent de la compétence du ministre, ce n'est pas le cas d'intervenants importants tels que le MAECI, le MDN et le CST. En outre, la décision quant à la façon de gérer une menace terroriste en particulier peut fort bien engager nos intérêts stratégiques internationaux. Le MAECI peut et doit apporter une contribution importante dans de tels cas. Le procureur général du Canada, qui ne fait pas partie du ministère de la Sécurité publique, assume également d'importantes responsabilités en ce qui concerne l'approbation des poursuites antiterroristes et la protection des informations secrètes contre toute divulgation.

⁴⁷ Témoignage de Jim Judd, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11866-11867.

⁴⁸ Témoignage de Margaret Bloodworth, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12684-12687.

⁴⁹ Témoignage de Margaret Bloodworth, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12689.

La Commission est d'avis que la sécurité nationale est beaucoup trop importante pour n'être confiée qu'à un seul ministre ou organisme. Le ministre de la Sécurité publique ne commande pas l'appareil de sécurité nationale. Seul le délégué du premier ministre peut être légitimement autorisé à détenir ce pouvoir.

2.3.2 Rôle légitime du premier ministre et du Bureau du Conseil privé dans la coordination des activités en matière de sécurité nationale

Il est reconnu depuis fort longtemps que le premier ministre et le Bureau du Conseil privé doivent jouer un rôle clé dans les questions de sécurité nationale. Une Commission royale d'enquête sur la sécurité, instituée en 1969, a fait remarquer que même si le Bureau du Conseil privé accorde un certain soutien aux comités du Cabinet relativement à la sécurité et aux réunions des sous-ministres concernés, l'efficacité de cette coordination centrale était « plus artificielle que réelle⁵⁰ ». La Commission royale d'enquête a recommandé que l'on crée un Secrétariat de la Sécurité au sein du Bureau du Conseil privé et qu'on le dote d'une autorité, de ressources et d'un personnel adéquats qui lui permettront « de formuler la politique de sécurité en la situant dans le contexte, plus vaste, de la politique gouvernementale; aussi, chose très importante, il faudrait qu'il dispose de l'autorité voulue pour faire respecter la politique et les règlements du gouvernement en matière de sécurité⁵¹ ».

Même si le contexte de la sécurité est aujourd'hui très différent de ce qu'il était en 1969, l'idée de base de cette Commission demeure juste : « la façon dont on entreprend l'élaboration de la politique en matière de sécurité nous mène à la conclusion que ses exigences risquent de ne pas être appréciées à leur juste valeur lorsqu'elles semblent entrer en conflit avec les politiques que les ministères se proposent d'adopter⁵² ». À vrai dire, le risque de ne pas voir le « tableau d'ensemble » et de perdre la surveillance et le contrôle de base est même plus élevé aujourd'hui, étant donné que davantage d'organismes assument des responsabilités en matière de sécurité dans la foulée du 11 septembre.

La Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald) a recommandé que le premier ministre préside un comité du Cabinet sur la sécurité et le renseignement parce que « [t]oute faille du système de sécurité intérieure risque d'avoir de graves conséquences pour le bien-être de la nation. En raison du secret qui entoure le travail de sécurité et des intrusions auxquelles il peut donner lieu, il serait dangereux de laisser un ministre s'arroger des pouvoirs excessifs dans ce domaine. L'examen des besoins en matière de renseignements devrait être si bien équilibré qu'aucun ministère ne puisse exercer une influence prépondérante⁵³. »

Dans son rapport de 2006, le commissaire O'Connor a reconnu qu'« [e]n tant que chef du gouvernement au Canada, le premier ministre est investi de la

50 *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité*, p. 22.

51 *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité*, p. 23, 105.

52 *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la sécurité*, p. 22.

53 *La liberté et la sécurité devant la loi*, Deuxième rapport – vol. 2, p. 893.

responsabilité finale pour la sécurité nationale⁵⁴ ». Pour s'acquitter de ses responsabilités, le premier ministre est assisté par le Bureau du Conseil privé (BCP), lequel « fournit des conseils et un appui non partisans au premier ministre, aux ministères relevant du portefeuille de ce dernier, et au Cabinet fédéral et à ses comités⁵⁵ ».

Le lieu naturel pour coordonner les organismes fédéraux qui interviennent dans la prévention du terrorisme et les poursuites antiterroristes est le Bureau du Conseil privé. C'est ce qu'a reconnu le gouvernement fédéral lorsqu'il a créé le poste de conseiller à la sécurité nationale du premier ministre en 2003.

Il y a dans ce domaine une nette tendance à centraliser le plus possible les activités. Par exemple, la GRC a déployé beaucoup d'efforts pour centraliser les enquêtes sur le terrorisme. Le SCRS est hautement centralisé depuis sa création. La centralisation des enquêtes sur la sécurité nationale constitue une nécessité virtuelle, étant donné que la plupart, sinon la totalité de ce type d'enquêtes comportent des aspects nationaux et internationaux.

La centralisation permet une approche plus large pour la prise de décision et favorise ultimement la coopération entre les organismes. Sans une rationalisation interministérielle centralisée de l'infrastructure du Canada en matière de sécurité nationale, le gouvernement ne pourra s'attaquer aux problèmes structurels à long terme qui affligent la GRC et le SCRS. Si l'on omet de s'attaquer à ces problèmes, les Canadiens ne pourront compter que sur la bonne volonté de ceux qui occupent des postes de haut niveau au sein de ces organismes.

Une coordination accrue est possible dans le domaine de la sécurité nationale, car le premier ministre, premier parmi ses pairs, peut, à quelques exceptions près⁵⁶, assumer la responsabilité des décisions prises dans le domaine de la sécurité nationale. La crainte que les fonctionnaires du Bureau du Conseil privé n'abusent de leur autorité ou qu'ils ne soient pas tenus responsables de la façon dont ils l'exercent ne tient pas compte du fait que le premier ministre est responsable de leur conduite. Le premier ministre est également responsable devant le Parlement du rendement général du gouvernement à l'égard des questions de sécurité nationale et il doit lui rendre des comptes. Le rôle particulier du premier ministre en matière de sécurité nationale témoigne simplement du fait qu'il a l'ultime autorité en matière de prise de décision dans presque toutes les questions de sécurité nationale.

Bien qu'elle souligne l'importance de la responsabilisation et de la responsabilité ministérielle dans son témoignage, Margaret Bloodworth a reconnu le rôle de premier plan du premier ministre lorsqu'elle a déclaré que, même en ce qui a trait aux questions relevant du portefeuille du ministre de la Sécurité publique [traduction] « il est possible que le premier ministre intervienne; je lui donne

54 *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 221.

55 *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 221.

56 Le rôle de la police ainsi que l'indépendance et le pouvoir discrétionnaire de la poursuite font l'objet d'un examen au chapitre III.

alors des conseils⁵⁷ ». Les rôles qu'exercent le premier ministre et le BCP n'ont généralement pas d'incidence sur les opérations quotidiennes; ils consistent plutôt à établir des politiques et des priorités stratégiques en matière de sécurité nationale, à voir à ce que les ministres et les organismes mettent en œuvre la politique et à régler les différends de haut niveau liés aux questions stratégiques.

L'idée selon laquelle c'est le premier ministre qui détient l'autorité en ce qui a trait aux questions de sécurité nationale concorde avec les traditions démocratiques canadiennes. Elle concorde également avec les attentes sensées des Canadiens.

Il est important que le premier ministre reçoive les conseils éclairés de hauts fonctionnaires du Bureau du Conseil privé. L'argument selon lequel un rôle de coordination accru en matière de sécurité nationale au Bureau du Conseil privé serait trop « politique » devrait être rejeté. Comme l'a déclaré le commissaire Elliott, [traduction] « le Canada tire fierté d'une longue et importante tradition d'indépendance de la fonction publique ». En outre, « lorsque les gouvernements se succèdent aussi fréquemment qu'ils le font, du moins dans le contexte moderne, il ne se produit pas de changement en bloc ou immédiat du côté des hauts fonctionnaires. J'étais conseiller à la sécurité nationale du premier ministre Martin et je suis devenu celui du premier ministre Harper; mes fonctions de même que mes relations avec le premier ministre et le Cabinet du premier ministre n'ont pas changé de façon substantielle parce qu'un gouvernement a succédé à un autre⁵⁸. »

Bien que les ministres doivent, en vertu de la loi et de la tradition, rendre des comptes à l'égard de leurs ministères et des organismes au sein de ces ministères, c'est le premier ministre qui, secondé par les experts du Bureau du Conseil privé, peut évaluer les besoins du gouvernement en matière de sécurité et l'intérêt public lorsqu'il décide de la réponse appropriée à une menace donnée.

En résumé, le premier ministre et le Bureau du Conseil privé exercent un rôle vital et légitime en ce qui a trait aux questions de sécurité nationale. Ainsi, il leur incombe :

- d'établir les politiques et les priorités nationales en matière de sécurité nationale;
- de coordonner les activités en matière de sécurité nationale, notamment la transmission des renseignements;
- de régler les différends entre les organismes et les ministères chargés de responsabilités en matière de sécurité nationale;
- de veiller à l'efficacité des activités en matière de sécurité nationale.

⁵⁷ Témoignage de Margaret Bloodworth, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12679-12680.

⁵⁸ Témoignage de William Elliott, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11828-11829.

L'exercice de ces fonctions importantes est conforme à la tradition canadienne de démocratie parlementaire et au rôle du Bureau du Conseil privé qui consiste à assurer au premier ministre les conseils et l'expertise d'une fonction publique impartiale et non partisane.

2.3.3 Élargissement du rôle du conseiller à la sécurité nationale

À l'heure actuelle, le mandat du CSN est mal défini. Il devrait être élargi et clarifié. Vu la nature multidimensionnelle des activités en matière de sécurité nationale du Canada et la complexité des tâches qui consistent à établir des priorités pour ces organismes, à les coordonner, à régler les différends qui surviennent entre eux et à déterminer s'ils collaborent efficacement, il faut élargir substantiellement le rôle du CSN.

Il s'avère particulièrement nécessaire d'élargir le mandat du CSN pour établir un meilleur équilibre entre deux pressions conflictuelles, celle qui s'exerce pour que les renseignements demeurent secrets et celle qui s'exerce pour qu'ils puissent être utilisés en preuve. En outre, le CSN a besoin de plus grands pouvoirs pour veiller à l'efficacité des organismes et ministères responsables des activités en matière de sécurité nationale.

Un CSN doté de responsabilités plus grandes devrait, au minimum, conserver son rang actuel de conseiller à la sécurité nationale et secrétaire associé du Cabinet, qui se situe juste au-dessous de celui du greffier du Conseil privé et secrétaire du Cabinet⁵⁹.

2.3.3.1 Établissement des politiques et des priorités stratégiques en matière de sécurité nationale

En 2004, le Canada a établi sa première politique de sécurité nationale⁶⁰. Une politique officielle s'avérait nécessaire parce que le contexte de la menace avait changé et que de nombreuses composantes du gouvernement exerçaient désormais des responsabilités en matière de sécurité nationale – allant de la collecte des renseignements à l'exercice de fonctions liées à protection civile et à la gestion des situations d'urgence. Dans la politique de sécurité nationale, on consacre un chapitre au complet à « la création d'un système de sécurité intégré » parce qu'on a reconnu que « le manque d'intégration du système actuel est l'une des principales lacunes »⁶¹. La politique propose un système de sécurité intégré qui comprenne une évaluation des menaces, une capacité de protection et de prévention et la gestion des conséquences⁶². La politique

⁵⁹ Organigramme du Bureau du Conseil privé (mars 2009), en ligne : Bureau du Conseil privé <<http://www.pco-bcp.gc.ca/docs/Org/2009-03-fra.pdf>> (consulté le 4 juin 2009).

⁶⁰ Canada, *Protéger une société ouverte : la politique canadienne de sécurité nationale* (avril 2004), en ligne : gouvernement du Canada, Programme des services de dépôt du gouvernement du Canada <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection/CP22-77-2004F.pdf>> (consulté le 4 juin 2009) [*La politique canadienne de sécurité nationale*].

⁶¹ *La politique canadienne de sécurité nationale*, p. 11.

⁶² *La politique canadienne de sécurité nationale*, p. 12-17.

reconnaît qu'un « cadre de sécurité nationale efficace doit nécessairement être en constante évolution. Il est essentiel qu'il évalue continuellement les résultats en fonction de l'efficacité du système⁶³ ».

Dans la politique de sécurité nationale, on insiste sur la nécessité d'une plus grande coordination et d'une planification stratégique à l'égard d'un large éventail de mesures de sécurité, notamment la sécurité des transports, le renseignement et la sécurité internationale. Pour mettre en œuvre cette politique de sécurité, ou toute autre politique que le gouvernement peut élaborer, il sera nécessaire d'avoir une vision d'ensemble des compétences et des responsabilités du gouvernement.

Un chapitre de la politique de sécurité nationale de 2004 est consacré au renseignement. Les organismes de sécurité et de renseignement sont délibérément assujettis à des directives politiques plus complètes que la police et la poursuite. Dans le système canadien, le ministre responsable doit rendre des comptes relativement à ces organismes, mais, comme on l'a vu précédemment, le premier ministre et ses conseillers jouent un rôle capital dans l'établissement des priorités et des politiques dans le domaine de la sécurité nationale. Il faut veiller à ce que les priorités des organismes de renseignement et de sécurité reflètent les meilleures décisions stratégiques du gouvernement du Canada. Comme l'a dit M. Hoffman, le CSN a la responsabilité cruciale d'établir des priorités en matière de renseignement à l'échelle de la collectivité⁶⁴.

Les priorités en matière de renseignement devraient être coordonnées de manière centralisée, éclairées par une analyse rigoureuse des informations recueillies afin d'identifier les menaces les plus importantes, les lacunes les plus graves et les vulnérabilités les plus stratégiques⁶⁵. Cela ne signifie pas que le premier ministre ou le CSN devrait diriger le SCRS ou le CST. Ces organismes élaboreront leurs propres plans stratégiques, conformément aux priorités établies par le gouvernement du Canada. Dans les cas appropriés, toutefois, le Canada, agissant par l'entremise du premier ministre et du CSN et en consultation avec le ou les ministres compétents, est parfaitement autorisé à rajuster les priorités des organismes de renseignement et à les coordonner avec les autres priorités du gouvernement.

L'établissement des priorités dans le domaine de la sécurité nationale est une question d'une complexité inouïe. La contribution de nombreux ministères et organismes s'avère nécessaire, et la politique canadienne de sécurité nationale peut être tributaire d'un grand nombre de facteurs nationaux et internationaux. Le premier ministre et le conseiller à la sécurité nationale (CSN) sont les seules personnes qui peuvent veiller à ce que les priorités de chaque organisme s'insèrent dans un plus grand ensemble. Ils sont les seuls à pouvoir imprimer l'impulsion et à avoir la capacité de déterminer si les multiples ministères et organismes ayant des responsabilités en matière de sécurité nationale travaillent bien ensemble.

⁶³ *La politique canadienne de sécurité nationale*, p. 15.

⁶⁴ Témoignage de Bruce Hoffman, vol. 94, 12 décembre 2007, p. 12544-12545.

⁶⁵ Rapport de M. Rudner sur le développement des capacités antiterroristes, p. 150-154.

Comme nous l'avons vu, le CSN doit déjà s'acquitter de responsabilités en tant que sous-ministre du Centre de la sécurité des télécommunications (CST), un organisme canadien de collecte de renseignements électromagnétiques qui obtient des informations de l'infrastructure de télécommunications mondiale. Bien que cette responsabilité puisse être déléguée au sous-conseiller à la sécurité nationale en raison des responsabilités élargies qui seraient accordées au CSN suivant les recommandations de la Commission, il est important que le conseiller à la sécurité nationale conserve certains liens avec le CST. Comme l'a révélé la partie narrative de ce rapport, des informations pertinentes obtenues par le CST n'avaient pas été transmises avant l'attentat à la bombe contre le vol d'Air India. Les menaces accrues au niveau du terrorisme international augmentent les possibilités que le CST reçoive des informations pertinentes pour le CSN et les autres organismes. Il est également important que le CST soit guidé dans ses activités par les priorités gouvernementales en matière de renseignement.

L'établissement de priorités constitue une fonction cruciale du CSN. Cette fonction ne peut pas être exercée sans un personnel adéquat. Comme l'a recommandé Martin Rudner, l'établissement des priorités devrait, idéalement, être éclairé par une analyse du renseignement. Les personnes aptes à effectuer une telle analyse se trouveront vraisemblablement au sein des organismes de renseignement, mais, comme l'a indiqué Martin Rudner, il faut assurer un meilleur cheminement de carrière à ces analystes, en les affectant pendant un certain temps au Bureau du Conseil privé.

Comme les activités en matière de sécurité nationale se déploient dans des domaines tels que la sûreté du transport aérien et la prévention du financement du terrorisme, la nécessité d'établir des politiques et des priorités stratégiques est d'autant plus grande. Bien que les politiques doivent être élaborées en premier lieu par les organismes et les ministères responsables, le CSN peut intervenir pour s'assurer qu'elles sont en accord avec les politiques générales du gouvernement. Le CSN peut également aider à régler les différends qui surviennent à propos de la nature d'une politique en particulier ou de sa mise en œuvre.

Le CSN peut également intervenir en élaborant une politique qui permette de répondre aux défaillances des programmes de lutte contre le financement des activités terroristes, défaillances que peuvent mettre en lumière des analyses à l'échelle nationale ou internationale ou les différends entre les multiples organismes qui interviennent dans la prévention du financement des activités terroristes. Par exemple, il est nécessaire d'établir des indicateurs de rendement et des mécanismes d'évaluation adéquats pour les programmes visant à contrer le financement des activités terroristes. Même si le CSN invitait les organismes à mettre en œuvre les politiques, il devrait intervenir pour s'assurer que des politiques adéquates sont en place et qu'elles sont appliquées.

2.3.3.2 Coordination des activités en matière de sécurité nationale, y compris la diffusion des renseignements

Il conviendrait d'élargir le rôle actuel du CSN pour inclure la responsabilité d'une coordination stratégique de la réponse du gouvernement aux menaces terroristes. Le rôle élargi le plus important consisterait à assurer la coordination des divers organismes responsables de la sécurité nationale, notamment en réglant les problèmes découlant de la diffusion du renseignement au sein du gouvernement. Le CSN pourrait jouer un rôle important à cet égard en veillant à ce que les organismes se communiquent suffisamment d'informations.

Il faut s'assurer que les renseignements parviennent aux décideurs voulus. Une telle diffusion permettrait de prévenir des relations dysfonctionnelles et une piètre circulation du renseignement comme celle qui a entaché les enquêtes sur les étapes ayant précédé et suivi l'attentat à la bombe contre le vol d'Air India. Il est également nécessaire de voir à ce que les organismes de renseignement appliquent les priorités qui ont été établies à leur intention. En même temps, il faudrait prendre soin d'éviter de recueillir des renseignements simplement pour en recueillir; la collecte doit viser une fin légitime.

Contrairement au directeur du SCRS ou à la GRC, le CSN ne devrait démontrer aucune partialité institutionnelle en favorisant une réponse en particulier. Il ne devrait pas avoir de préjugé en faveur du maintien de l'enquête en matière de renseignement du SCRS ou de l'amorce d'un processus pouvant donner lieu à une poursuite. Le CSN devrait plutôt jouir de l'indépendance nécessaire pour prendre des décisions dans l'intérêt public sans égard à sa popularité au sein d'un organisme en particulier.

Dans le cadre d'un rôle élargi, le CSN devra travailler en étroite collaboration avec les ministres et les sous-ministres responsables pour s'assurer que la stratégie gouvernementale en matière de sécurité nationale est respectée. Par exemple, dans l'éventualité peu probable où un haut fonctionnaire rejeterait un avis précis du CSN, ce haut fonctionnaire devrait fournir une explication écrite à son ministre responsable. La question serait alors traitée au niveau ministériel, avec la participation du premier ministre, au besoin.

Lorsque cela est indiqué, les ministres devraient intervenir, comme l'a fait l'ancien solliciteur général pour régler le conflit entre la GRC et le SCRS concernant l'accès au matériel du SCRS dans l'enquête qui a suivi l'attentat à la bombe contre le vol d'Air India. Dans une telle éventualité, le CSN peut s'assurer que le premier ministre est au courant des mesures prises par le ministre et qu'il les appuie.

Le CSN peut jouer un rôle encore plus important lorsque deux organismes dirigés par des ministres différents ne coopèrent pas adéquatement. Par exemple, lorsqu'il y a des différends entre les Affaires étrangères et les organismes nationaux de sécurité ou des différends mettant en cause les organismes responsables de la

sûreté aérienne ou des mesures visant à contrer le financement du terrorisme⁶⁶. Le CSN serait chargé de gérer les relations entre les organismes afin que les différends se règlent de façon efficace et dans l'intérêt public.

Il est important que le CSN informe régulièrement le premier ministre des menaces pour la sécurité nationale afin que celui-ci puisse aviser et conseiller ses collègues du Cabinet à cet égard. Les informations fournies peuvent aider le premier ministre à traiter directement avec les ministres responsables afin d'assurer la coopération entre les organismes.

Chaque organisme à qui incombent des responsabilités en matière de sécurité nationale devrait être tenu de se soumettre aux décisions et à l'autorité du CSN. Il y aurait exception uniquement si le ministre responsable était prêt à soumettre l'affaire au premier ministre pour qu'il tranche. Il est inacceptable que les organismes individuels travaillent en vase clos, sans se préoccuper de l'incidence de leurs décisions sur leurs autres intervenants gouvernementaux ou sur l'intérêt public en général⁶⁷. Il faut éviter la concurrence entre les organismes et la déconseiller avec fermeté.

Dans les cas difficiles ou litigieux, le CSN serait chargé de déterminer de quelle façon et à quel moment le gouvernement devrait répondre. Cela pourrait nécessiter de faire intervenir la GRC ou Citoyenneté et Immigration, l'ASFC ou l'ARC, ou encore d'entreprendre des démarches diplomatiques. Le CSN déterminerait quelle serait, à son avis, la réponse la plus efficace dans l'intérêt public. Le fait que le CSN relève directement du premier ministre conférerait à son poste suffisamment de pouvoir pour commander le respect des organismes concernés.

2.3.3.3 Nécessité de créer un privilège pour protéger les délibérations du CSN et les informations qu'il reçoit

La capacité du CSN à exercer ce rôle élargi dépendra de sa capacité à obtenir des informations auprès des organismes ayant des responsabilités en matière de sécurité nationale. Si le SCRS fournit des informations au CSN, il faudra s'assurer que celles-ci ne risquent pas d'être rendues publiques. Les conseils et les informations fournis au CSN devraient ainsi être protégés par un nouveau privilège relatif à la sécurité nationale, qui échapperait au contrôle des tribunaux et à la législation en matière d'accès à l'information. De même, les délibérations du CSN sur les menaces terroristes seraient protégées par un privilège. Cette protection juridique construira un « bouclier protecteur » derrière lequel le

⁶⁶ En ce qui concerne les tensions qui surviennent entre Transports Canada et l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien (ACSTA) dans l'exercice de leurs fonctions, voir l'examen de la *Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien* (ACSTA) effectué par le Comité consultatif sur l'examen de l'ACSTA : *Plan de vol : Gérer les risques du transport aérien – Rapport du comité consultatif*, paras. 2.4 et 4.3 et le ch.6, en ligne : Transports Canada <http://www.tc.gc.ca/tcss/catsa/final_report-rapport_final/final_report_f.pdf> (consulté le 31 juillet 2009).

⁶⁷ Certaines exceptions sont légitimes, étant donné le statut constitutionnel consacré de l'indépendance de la police et du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, lesquels font tous les deux l'objet d'une analyse au chapitre III.

SCRS, les autres organismes et le CSN pourront discuter librement d'une menace terroriste sans craindre qu'une exposition publique de leurs discussions puisse contrecarrer les efforts qu'ils déploient pour contrôler la menace. Ce « bouclier protecteur » est nécessaire pour permettre au CSN de coordonner efficacement la réponse du gouvernement aux menaces à l'égard de la sécurité. Au chapitre VI, on examine les aspects juridiques de ce nouveau privilège.

Les délibérations du CSN et les informations préparées par les organismes à l'intention du CSN seraient soustraites à la communication grâce à une nouvelle catégorie de privilège, modelé sur celui qui s'applique aux délibérations du Cabinet en vertu de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les communications entre le SCRS et le CSN, étant protégées par un privilège, le SCRS n'aurait plus à craindre qu'elles ne soient divulguées. Le même privilège s'appliquerait également lorsque le CST ou les autres organismes fourniraient des renseignements au CSN. Toutes les informations préparées à l'intention du CSN et examinées par lui seraient couvertes par le nouveau privilège⁶⁸.

Le CSN aurait le pouvoir de communiquer les informations à la GRC ou aux autres organismes, et le privilège ne s'appliquerait plus à ces informations une fois qu'elles auraient été divulguées par le CSN⁶⁹. Ce privilège constituerait une réponse au risque que les informations ne puissent, lors de poursuites, être autrement protégées contre la divulgation par les privilèges existants ou par des ordonnances de non-divulgation en vertu des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Même sans un nouveau privilège relatif à la sécurité nationale, il y a peu de risque qu'il faille divulguer publiquement les informations produites à l'intention du CSN ou par lui. Si des tentatives étaient faites pour obtenir la divulgation de ces renseignements, le procureur général du Canada pourrait recourir à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour l'empêcher en raison du préjudice qu'elle pourrait causer à la sécurité nationale. Aussi ne faudrait-il pas attendre l'adoption d'une éventuelle loi sur le privilège relatif à la sécurité nationale pour appliquer les mesures recommandées dans le présent chapitre en vue d'élargir le rôle du CSN.

Dans le cas où le SCRS souhaiterait dissimuler des informations à un autre organisme, le CSN aurait le pouvoir d'exiger qu'il les lui communique. Le CSN tiendrait compte des intérêts du SCRS et pourrait opter pour un mode de gestion de la menace qui n'exposerait pas les renseignements ou une enquête connexe du SCRS à un risque de divulgation.

Ce nouvel arrangement visant la communication de renseignements au CSN n'empêcherait pas le SCRS d'exercer son pouvoir discrétionnaire de fournir

⁶⁸ Ce nouveau privilège, inspiré des dispositions relatives à la confidentialité des confidences du Cabinet à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5 [*Loi sur la preuve au Canada*], est examiné en détail au chapitre VI.

⁶⁹ D'autres privilèges, tel le privilège relatif à la sécurité nationale en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, pourraient être invoqués. Il en est question au chapitre VI.

des renseignements à la GRC⁷⁰. Le SCRS continuerait de communiquer des renseignements lorsqu'il jugerait approprié de le faire. Il n'aurait pas à passer par le CSN lorsqu'il déciderait de communiquer des renseignements à un autre organisme.

2.3.3.4 Relation entre le CSN et le SCRS

À l'heure actuelle, les articles 12 et 19 de la *Loi sur le SCRS* permettent au SCRS de communiquer des renseignements à d'autres organismes dans un certain nombre de cas. Par exemple, le Service peut communiquer des informations à la GRC, aux organismes locaux d'application de la loi, au ministre des Affaires étrangères, au ministre de la Défense nationale, à tout autre ministre ou personne appartenant à l'administration publique fédérale⁷¹. La modification du rôle du CSN ne devrait pas avoir d'incidence à cet égard. Le SCRS devrait pouvoir continuer à transmettre des informations pertinentes à la police et aux autres responsables.

De façon générale, le SCRS aura obtenu autant de renseignements sur une menace que tout autre organisme au sein du gouvernement. Cependant, il se peut que le CSN veuille parfois des informations ou des points de vue additionnels. À cette fin, il devrait être autorisé à rencontrer les représentants de tout organisme gouvernemental – que ce soit l'ARC, le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE)⁷² ou tout autre organisme – pour discuter de la menace et, s'il y a lieu, demander des informations. En outre, le CSN pourrait simplement demander au SCRS de lui procurer les renseignements additionnels qu'il recherche.

Comme nous l'avons vu, les informations fournies au CSN et les discussions qui ont lieu avec lui devraient être protégées par un nouveau privilège relatif à la sécurité nationale. Les organismes n'auront ainsi aucune raison de dissimuler des informations au CSN.

2.3.3.5 Relation entre le CSN et les organismes d'application de la loi

Le CSN se préoccupe principalement des réponses à donner aux menaces terroristes en fonction des renseignements dont il dispose; il ne lui incombe nullement de mener des enquêtes criminelles. Le CSN peut fournir à la GRC des informations susceptibles d'amener celle-ci à amorcer une enquête criminelle. Toutefois, une fois qu'il a transmis les informations à la GRC, le CSN n'a pas de rôle à jouer dans l'enquête. C'est une question qui relève de la police⁷³. La GRC

⁷⁰ Ces renseignements devront également être transmis au CSN.

⁷¹ *Loi sur le SCRS*, art.12, 19(2).

⁷² Dans le volume cinq, il est fait état des limites imposées au CANAFE relativement à la communication des renseignements. Règle générale, le CSN ne devrait pas avoir besoin d'accéder à ces renseignements pour accomplir ses tâches en matière de coordination ou de résolution des différends. Si nécessaire, le CSN pourrait demander au SCRS ou à la GRC de présenter une demande en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17, en vue d'obtenir les renseignements.

⁷³ La question de l'indépendance de la police est examinée au chapitre III.

est obligée de par ses fonctions de mener l'enquête indépendamment de toute influence externe. En même temps, comme nous le verrons ci-après, le CSN devrait être en mesure de communiquer avec la GRC au sujet de la politique générale, de la résolution des différends ou de toutes questions liées à l'efficacité des opérations, particulièrement lorsqu'elles concernent le travail de la GRC en concertation avec d'autres organismes. Le CSN n'aurait aucune relation directe avec les forces municipales et provinciales. Ces forces policières disposent déjà de divers mécanismes leur permettant d'assurer la liaison avec la GRC.

Cette approche met l'accent sur le rôle indépendant et de premier ordre de la GRC en tant que service de police responsable des enquêtes criminelles liées au terrorisme.

Dans certains cas, il peut s'avérer approprié que le CSN fournisse des informations au procureur général du Canada lorsque ces informations se rapportent à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite⁷⁴.

Dans la pratique, les Équipes intégrées de la sécurité nationale (EISN) agissent comme des noyaux centraux de l'information pour les forces policières locales et le SCRS. L'idée de base est que les forces policières locales font circuler, des détachements locaux aux EISN, les informations susceptibles d'avoir des répercussions sur la sécurité nationale. Les EISN, à leur tour, devraient transmettre ces informations au SCRS pour l'aider à générer des renseignements de sécurité. Lorsqu'il conseillera le CSN, le SCRS aura préalablement bénéficié de toutes informations provenant de la police locale. L'importance de faire circuler les informations des EISN au SCRS, puis au CSN augmentera si les groupes terroristes installés dans le territoire continuent de constituer une menace grave pour la sécurité nationale. Le SCRS disposera d'une couverture suffisante pour comprendre la menace, mais les policiers locaux et les autres pourraient lui fournir des sources d'information additionnelles⁷⁵.

2.3.3.6 Résolution des différends entre les organismes, y compris les différends découlant de la relation entre le renseignement et la preuve

Le CSN pourrait également prendre part à la résolution des différends qui surviennent inévitablement lorsque de nombreux organismes ayant des mandats différents collaborent pour traiter des mêmes questions concernant le terrorisme. Ainsi, des différends découleront des demandes concurrentielles visant, d'une part, à maintenir les renseignements secrets et, d'autre part, à les divulguer dans le cadre de procès criminels. Ces différends ne pouvant pas être réglés facilement, tous les organismes pourraient bénéficier de la participation du CSN. C'est un champ d'action d'une très grande importance, comme l'a révélé l'enquête sur la tragédie d'Air India, où le Canada peut innover en coordonnant les activités en matière de sécurité nationale.

⁷⁴ La question du pouvoir discrétionnaire de la poursuite est examinée au chapitre III.

⁷⁵ En outre, les forces locales peuvent renseigner sur une infraction en matière de sécurité nationale susceptible de constituer la base d'une enquête par les EISN.

Les différends sont susceptibles de s'accroître étant donné que de nombreuses activités sont nouvellement définies comme des crimes terroristes dans la *Loi antiterroriste*⁷⁶, et que la nature d'une menace terroriste peut exiger l'utilisation de pouvoirs en matière d'application de la loi pour empêcher des suspects de s'engager dans des activités terroristes pouvant causer la mort.

Le commissaire Elliott a déclaré que le CSN a permis de rassembler les intervenants pour débattre d'importantes questions de sécurité nationale. Lui-même a notamment été amené à préparer la réponse à la Commission O'Connor⁷⁷. Cette expérience donne à penser qu'une coordination centrale s'impose relativement à certaines questions que soulève la relation entre le renseignement et la preuve, même si la responsabilité ultime en ce qui a trait aux questions de privilège au sens de l'article 38 incombe au procureur général du Canada.

Le rôle que serait appelé à jouer le CSN en matière de résolution de différends pourrait contribuer à prévenir les types de différends qui ont imprégné et ralenti l'enquête sur la tragédie d'Air India. Margaret Bloodworth a expliqué comment le CSN pouvait résoudre les différends en recourant à la persuasion. Elle a raconté qu'elle était habilitée à rencontrer les têtes dirigeantes du SCRS et de la GRC pour les inciter à résoudre les différends.

Bruce Hoffman a insisté sur le rôle important qu'un coordonnateur de la sécurité nationale pourrait jouer dans la résolution des différends. Il a déclaré qu'il est [traduction] « avantageux d'avoir quelqu'un qui soit chargé de cette responsabilité [...] [pour] faciliter le règlement satisfaisant de ces types de conflits ou différends internes [...] [pour] trancher les litiges opposant les divers organismes, non pas en les ignorant carrément, mais néanmoins de façon diamétralement opposée à celle d'un organisme qui ferme la porte à un autre; et il [le coordonnateur de la sécurité nationale] peut, à tout le moins, offrir des moyens d'assurer la circulation des renseignements et leur transmission aux personnes et à l'endroit voulus, et au moment où ils s'avèrent nécessaires⁷⁸ ».

2.3.3.7 Surveillance de l'efficacité des activités en matière de sécurité nationale

Comme l'illustre le compte rendu de l'enquête sur les étapes ayant précédé et suivi l'attentat à la bombe commis contre le vol d'Air India, la prévention du terrorisme et les poursuites à cet égard mobilisent de nombreux organismes. Qu'on pense à la police, aux services de renseignement de sécurité, aux organismes de transport et d'immigration, pour n'en mentionner que quelques-uns. Dans un rapport de 2004, la vérificatrice générale du Canada s'est prononcée sur la nécessité d'améliorer la coordination s'agissant des questions de sécurité « dont la portée s'étend à plus d'un organisme, qu'il s'agisse de systèmes d'information, de listes de surveillance ou de filtrage du personnel⁷⁹ ». Plus tard au cours de la

⁷⁶ L.C. 2001, c. 41.

⁷⁷ Témoignage de William Elliott, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11827.

⁷⁸ Témoignage de William Elliott, vol. 94, 12 décembre 2007, p. 12519-12520.

⁷⁹ *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes, mars 2004*, chapitre 3 : « La sécurité nationale au Canada – L'initiative de 2001 en matière d'antiterrorisme », para. 3.161, en ligne : Bureau du vérificateur général du Canada <<http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/20040303cf.pdf>> (consulté le 4 juin 2009).

même année, la vérificatrice générale a souligné, relativement au financement des activités terroristes, l'absence d'un « processus efficace permettant de régler les conflits interministériels qui surgissent et d'assurer la reddition de comptes à l'égard des résultats. Nous avons constaté, comme nous l'avions déjà fait dans le cadre de notre vérification concernant les mesures de répression du terrorisme mises en place en 2001, que le gouvernement ne disposait d'aucun cadre de gestion pour orienter les activités complémentaires d'organismes distincts⁸⁰. »

Les travaux de la Commission O'Connor et de l'enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin ont également mis en lumière la façon dont diverses composantes du gouvernement canadien, dont le SCRS, la GRC et le ministère des Affaires étrangères, peuvent être amenées à participer à des enquêtes complexes sur le terrorisme international. La Commission O'Connor a dressé une liste de 16 ministères et organismes reconnus comme ayant des responsabilités « clés » en matière de sécurité nationale⁸¹. La Commission a recommandé que l'on procède à un nouvel examen des responsabilités en matière de sécurité nationale, qui soit intégré, indépendant et autonome, et qui mette l'accent sur la convenance de telles activités, notamment en ce qui a trait à la légalité, l'équité et la proportionnalité.

Il importe également de veiller à l'efficacité des nombreuses activités gouvernementales en matière de sécurité nationale. Le commissaire O'Connor a décrit les différences entre examen de la convenance et surveillance de l'efficacité. L'examen intervient après le fait et « [i]l reste indépendant à la fois de la gestion de l'organisation visée et du gouvernement⁸² ». Il permet d'évaluer la conduite d'un organisme par rapport à des critères tels que la légalité et la convenance. Par contre, « les mécanismes de surveillance supposent souvent la participation directe à la prise de décisions de l'organisme surveillé » :

La participation peut s'opérer par l'établissement de normes d'évaluation des activités de l'organisation, l'approbation préalable de ses opérations, la mise en œuvre et le contrôle de recommandations ou l'imposition de mesures disciplinaires. Les activités de l'organisation visée sont quelquefois évaluées pendant qu'elles se déroulent. De façon classique, les mécanismes de surveillance peuvent être considérés comme des liens directs dans la chaîne de commandement ou de responsabilité : ils examinent des activités de l'entité surveillée et en même temps ils en sont responsables⁸³.

⁸⁰ *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, novembre 2004, chapitre 2 : « La mise en œuvre de l'Initiative nationale de lutte contre le blanchiment d'argent », para. 2.27, en ligne : Bureau du vérificateur général du Canada <<http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/20041102cf.pdf>> (consulté le 16 janvier 2009).

⁸¹ *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 143.

⁸² *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 507-508.

⁸³ *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 507.

La surveillance axée sur l'efficacité vise essentiellement à déterminer si les organismes ont la compétence et la capacité voulues pour accomplir leurs tâches et si la coordination entre les activités est suffisante pour leur permettre d'accomplir cette mission fondamentale qu'est la prévention du terrorisme. Une telle surveillance revêt une importance capitale⁸⁴.

Le CSN serait le mieux placé pour effectuer une surveillance axée sur l'efficacité. Il aurait accès, dans le cadre de la nouvelle structure, à toutes les informations nécessaires pour juger de l'efficacité. De plus, le CSN aurait accès au premier ministre, qui pourrait exiger que l'efficacité du système de sécurité nationale soit améliorée. Les délibérations du CSN seraient protégées par le nouveau privilège relatif à la sécurité nationale dont il a été question plus tôt. Bien que le secret protégé par un tel privilège puisse limiter la transparence nécessaire pour effectuer un examen axé sur la convenance, il peut souvent s'avérer indispensable pour une surveillance axée sur l'efficacité.

La capacité du CSN de surveiller l'efficacité des activités en matière de sécurité nationale ne devrait pas soustraire les ministres à leur responsabilité de veiller à l'opération efficiente des organismes et des ministères individuels. Le CSN ne devrait pas hésiter à porter les problèmes à l'attention du sous-ministre concerné ou du responsable de l'organisme afin qu'ils prennent des mesures correctives. Toutefois, on ne devrait pas s'attendre à ce que le CSN supervise ces mesures correctives dans leurs moindres détails.

2.3.3.8 Dotation du bureau du conseiller à la sécurité nationale

Le CSN aurait l'expérience du renseignement ainsi qu'une bonne compréhension du gouvernement fédéral et du fonctionnement des organismes d'application de la loi. Il lui faudrait également reconnaître qu'il n'y a pas de réponse privilégiée aux menaces terroristes, que chaque menace doit être évaluée individuellement et que la réponse doit être conçue en conséquence. On devrait faire appel aux meilleurs éléments au sein du gouvernement ou à l'extérieur de celui-ci. Une personne dotée de ces qualités commandera le respect du milieu de la sécurité nationale et sera en mesure, par conséquent, d'exercer les fonctions relatives au poste en toute indépendance et efficacité.

Le CSN serait désigné par le premier ministre, préférablement pour une durée déterminée. Une nomination de durée déterminée permettra au CSN d'éviter d'être redevable à divers intérêts. Elle est en outre nécessaire pour le protéger contre l'épuisement professionnel, étant donné que ce poste sera l'un des plus exigeants au sein du gouvernement.

Le CSN recevrait des informations et des conseils du SCRS et des autres organismes concernant les menaces à l'égard de la sécurité nationale et serait chargé de définir la réponse du gouvernement. À cette fin, le CSN devrait disposer

⁸⁴ Le commissaire O'Connor n'a pas nié l'importance d'une surveillance axée sur l'efficacité, mais il estimait qu'il ne lui appartenait pas de faire des recommandations concernant les activités de la GRC en matière de sécurité nationale.

d'un personnel à temps plein modeste qui le secondera dans le traitement des conseils qui lui seront prodigués par le SCRS et dans l'évaluation du bien-fondé de toute réponse proposée.

Notre but est d'éviter une bureaucratie qui se superpose aux autres organismes. Nous voulons assurer la formation d'analystes qui pourront aider le CSN à servir l'intérêt public – c'est-à-dire sans être aveuglé par les intérêts d'un organisme en particulier.

Le CSN aura besoin d'un personnel modeste qui pourra le conseiller sur l'efficacité d'une réponse précise du gouvernement à une menace. Son personnel le secondera également dans la préparation des exposés d'information à l'intention du premier ministre. Il incombera au CSN d'établir ses besoins précis en dotation.

Le CSN aura besoin d'un appui pour évaluer l'opportunité de transmettre des informations aux organismes d'application de la loi. Il devra également avoir à son service des employés détachés de la GRC.

La structure du BCP appuyant le CSN devrait être suffisamment souple pour permettre l'embauche de personnes provenant des secteurs universitaires et privés et de l'étranger, avec le filtrage de sécurité approprié. Le CSN aura également besoin d'une expertise juridique adéquate, particulièrement pour résoudre les différends susceptibles de survenir dans la relation entre le renseignement et la preuve. À cette fin, le personnel du bureau du directeur des poursuites antiterroristes devrait, au besoin, être affecté au personnel du CSN⁸⁵.

2.3.3.9 Limitation du rôle du conseiller à la sécurité nationale : aucun contrôle direct sur le budget ou le personnel et participation opérationnelle limitée

Les recommandations de Bruce Hoffman voulant que le coordonnateur de la sécurité nationale exerce un contrôle budgétaire direct sur les organismes de renseignement et qu'il puisse embaucher et congédier au sein de la collectivité du renseignement⁸⁶ ne sont pas appropriées dans le système canadien, puisque le CSN relève directement du premier ministre. Dans la tradition parlementaire canadienne, un CSN pouvant entrer directement en contact avec le premier ministre n'aurait pas nécessairement besoin de pouvoirs officiels sur le budget ou le personnel pour exercer une autorité considérable. Bien qu'elle recommande que les décisions budgétaires demeurent au niveau ministériel, Margaret Bloodworth a souligné que le CSN pourrait, par le biais du premier ministre, influencer les décisions relatives au budget et au personnel de haut niveau.

La recommandation de Martin Rudner voulant que le CSN ait accès aux fonds discrétionnaires qui pourraient être alloués aux organismes sur une base

⁸⁵ Voir l'analyse relativement au directeur des poursuites antiterroristes proposé, au chapitre III.

⁸⁶ Témoignage de Bruce Hoffman, vol. 94, 12 décembre 2007, p. 12544-12545.

stratégique est certainement valable⁸⁷. Le CSN agirait comme organisme de transfert et l'organisme recevant les fonds continuerait d'avoir à rendre des comptes par les voies habituelles sur la façon dont il a dépensé les fonds.

Le CSN proposé ne participerait pas aux opérations quotidiennes de la police, des services de poursuites et de renseignement. Il pourrait, néanmoins, avoir à intervenir dans des affaires précises qui soulèveraient des questions en matière de politique, de coordination, de résolution des différends entre les organismes ou dans le cadre de son rôle de surveillance de l'efficacité des activités.

2.3.3.10 Pratiques internationales exemplaires en matière de coordination des activités liées à la sécurité nationale

Le rôle élargi du CSN proposé ci-dessus est compatible avec les pratiques internationales exemplaires qui ne cessent d'évoluer.

Au Royaume-Uni, la coordination du renseignement est assurée par le conseiller à la sécurité du premier ministre et chef du renseignement, de la sécurité et de la résilience (Prime Minister's Security Adviser and Head of Intelligence, Security and Resilience) au sein du secrétariat du Cabinet. Il préside le comité mixte du renseignement [Joint Intelligence Committee (JIC)], l'organisme central du gouvernement responsable de la sécurité et du renseignement. Le JIC possède des compétences analytiques et exerce un rôle de coordination. Il ne renverse pas les décisions du directeur du Service de la sécurité britannique [Security Service (MI5)], mais il exerce beaucoup d'influence⁸⁸.

Comme au Canada, l'appareil central est appuyé par la fonction publique par l'entremise du secrétariat du renseignement et de la sécurité, conçu pour [traduction] « voir à ce que le premier ministre et les autres principaux ministres soient bien servis relativement aux questions pangouvernementales de politique et de sécurité en matière de renseignement⁸⁹ ». Comme au Canada, ces formes de coordination pangouvernementale reflètent une coordination semblable à des niveaux moins élevés. Au Canada, cette intégration est rendue possible grâce au Centre intégré d'évaluation des menaces (CIEM) et, en Grande-Bretagne, grâce au Joint Terrorism Analysis Centre. Bien que les deux organismes soient intégrés dans des services de renseignement, ils englobent tous les deux les corps policiers.

En décembre 2008, après avoir effectué l'examen de ses activités en matière de sécurité nationale, l'Australie a nommé, au sein du ministère du premier ministre, un CSN ayant des responsabilités en matière de coordination. Ces responsabilités comprenaient la formation de cadres supérieurs dans une approche

⁸⁷ Voir le rapport de Martin Rudner sur le développement des capacités antiterroristes, p. 155-156.

⁸⁸ Témoignage de Martin Rudner, vol. 92, 10 décembre 2007, p. 12256-12257. Voir également *National Intelligence Machinery*, pp. 20-27, en ligne : Cabinet Office (Royaume-Uni) <http://www.cabinetoffice.gov.uk/media/136045/national_intelligence_booklet.pdf> (consulté le 28 juillet 2009).

⁸⁹ « Directorate of Security and Intelligence », en ligne : Cabinet Office (Royaume-Uni) <http://www.cabinetoffice.gov.uk/secretariats/intelligence_and_security.aspx> (consulté le 28 juillet 2009).

pangouvernementale et un processus budgétaire plus coordonné afin d'établir les priorités dans l'ensemble des portefeuilles. Le CSN australien sera également responsable d'un mécanisme d'évaluation, qui [traduction] « permettra d'examiner le rendement au regard des résultats pangouvernementaux à la lumière des priorités énoncées dans la déclaration sur la sécurité nationale (National Security Statement)⁹⁰ ». Le nouveau CSN de l'Australie participera également au comité des secrétaires ou des sous-ministres et présidera un comité de coordination en matière de renseignement et de sécurité nationale⁹¹. Les progrès accomplis par les Australiens sont remarquables, car ils mettent l'accent sur la relation entre la preuve et le renseignement et la nécessité de continuer de prodiguer des conseils juridiques tant aux services de police qu'aux organismes de renseignement et de sécurité à tous les stades des enquêtes et des poursuites antiterroristes. Les progrès australiens sont également remarquables quant au rôle qu'un CSN peut jouer, au sein du Bureau du premier ministre, en ce qui a trait à la coordination et à l'évaluation des activités en matière de sécurité nationale dans une perspective pangouvernementale et compte tenu des priorités stratégiques du gouvernement.

Aux États-Unis, la Commission sur les attentats du 11 septembre a recommandé une plus grande intégration des activités antiterroristes à l'étranger et à l'intérieur ainsi qu'un échange plus large de renseignements. Certaines propositions émanant d'un directeur de renseignement national (Director of National Intelligence – DNI) ont été mises en œuvre dans l'*Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act* de 2004.

Les démocraties cherchent à l'évidence à améliorer la coordination centrale des activités en matière de sécurité nationale. Pour y parvenir, elles tendent à désigner une personne au cœur de ces activités, ayant le pouvoir d'assurer la coordination et de résoudre les différends entre les organismes, d'établir des priorités stratégiques, d'en surveiller l'application et d'évaluer l'efficacité de systèmes de sécurité nationale multipartites de plus en plus complexes.

2.3.3.11 Rôle élargi du conseiller à la sécurité nationale en bref

Comme l'a déclaré l'ancien commissaire de la GRC, Giuliano Zaccardelli, il est nécessaire de faire appel à une personne qui a la crédibilité et la réputation voulues et qui n'est pas redevable à des intérêts en place, pour réunir les responsables d'organismes aux vues parfois contradictoires et [traduction] « les faire travailler pour le bien du Canada⁹² ». Un CSN doté d'un rôle élargi pourrait exercer cette fonction et s'assurer que l'on aborde, dans l'intérêt public, les épineuses questions concernant : 1) les politiques et les priorités stratégiques en matière de sécurité nationale, 2) la coordination des activités en matière de

⁹⁰ Honorable Kevin Rudd, « The First National Security Statement to the Australian Parliament » (4 décembre 2008), en ligne : *The Australian* <<http://www.theaustralian.news.com.au/files/security.pdf>> (consulté le 31 juillet 2009) [déclaration sur la sécurité nationale de Kevin Rudd devant le Parlement australien].

⁹¹ Déclaration sur la sécurité nationale de Kevin Rudd devant le Parlement australien.

⁹² Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007 p. 11077-11081.

sécurité nationale, 3) la résolution des différends entre les organismes ayant des responsabilités en matière de sécurité nationale, 4) la surveillance de l'efficacité des activités gouvernementales en matière de sécurité nationale.

Recommandation 1

Il faudrait élargir le rôle du conseiller à la sécurité nationale (CSN) au sein du Bureau du Conseil privé. Les nouvelles responsabilités du conseiller devraient être les suivantes :

- participer à l'établissement des politiques et des priorités stratégiques en matière de sécurité nationale;
- superviser et, s'il y a lieu, coordonner les activités en matière de sécurité nationale, notamment tous les aspects de la transmission de renseignements de sécurité à la GRC et aux autres organismes gouvernementaux;
- présenter régulièrement des exposés d'information au premier ministre et, au besoin, à d'autres ministres;
- résoudre, de manière définitive, les différends entre les organismes responsables de la sécurité nationale;
- assurer la surveillance de l'efficacité des activités touchant la sécurité nationale;
- appliquer la politique de sécurité nationale du gouvernement en tenant compte de l'intérêt public.

Dans l'exercice de ces nouvelles fonctions, le conseiller à la sécurité nationale devrait être secondé par un adjoint et par un personnel constitué d'employés en détachement issus d'organismes ayant des responsabilités en matière de sécurité nationale, tels le SCRS, la GRC, l'ASFC et le MAECI. Le conseiller à la sécurité nationale devrait continuer d'appuyer certains comités du Cabinet et d'agir en tant que sous-ministre à l'égard du CST, mais ces fonctions pourraient, au besoin, être déléguées au conseiller adjoint à la sécurité nationale ou à un autre fonctionnaire du bureau du CSN.

Il ne faudrait pas attendre l'adoption de la loi créant le nouveau privilège relatif à la sécurité nationale pour prendre des mesures en vue d'élargir le rôle du CSN.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE III: COORDINATION DES POURSUITES POUR TERRORISME

3.0 Introduction

Contrairement à la plupart des enquêtes criminelles, les enquêtes liées au terrorisme mettent en cause l'utilisation de renseignements secrets acquis de sources tant internes qu'étrangères. La décision d'engager une poursuite pour terrorisme découlant d'enquêtes de cette nature doit prendre en compte la nécessité de protéger les renseignements secrets. Les poursuites liées au terrorisme soulèvent également d'importantes questions de coordination en raison de la participation possible de multiples forces policières et de nombreux organismes chargés des poursuites. En raison de ces questions de coordination et des répercussions tant sur le plan national qu'international, il est souhaitable de regrouper et de centraliser ces poursuites au niveau fédéral.

En s'opposant à la divulgation de renseignements sensibles en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹, le procureur général du Canada joue un rôle important pour la protection de la sécurité et de la défense nationales et des relations internationales. Les procureurs généraux provinciaux et le nouveau directeur des poursuites pénales ne disposent pas de tels pouvoirs. C'est donc dire que le procureur général du Canada joue un rôle clé dans les poursuites où des renseignements secrets sont susceptibles d'être divulgués.

Le consentement d'un procureur général provincial ou du procureur général du Canada est nécessaire pour engager une poursuite pour terrorisme – ce qui distingue également ce type de poursuite de plusieurs autres poursuites criminelles². Cette exigence vient restreindre le principe traditionnel de l'indépendance de la police, en vertu duquel on lui reconnaît généralement le pouvoir discrétionnaire d'engager une poursuite en déposant des accusations. Cette restriction à l'indépendance de la police découle du risque qu'une poursuite antiterroriste entraîne la divulgation de renseignements secrets et perturbe également des enquêtes de sécurité en cours.

Les caractéristiques propres aux poursuites antiterroristes ont aussi une incidence sur le pouvoir discrétionnaire du ministère public. Bien que la poursuite soit tenue d'exercer de façon indépendante son pouvoir en

¹ L.R.C. 1985, c. C-5.

² *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.24 [*Code criminel*].

matière de dépôt et de maintien d'accusations, il lui est possible d'exiger des renseignements d'autres branches du gouvernement pour la guider. Il serait convenable pour un ministre ou pour le conseiller à la sécurité nationale (CSN), à qui il est recommandé dans le présent volume d'accorder des pouvoirs accrus, de fournir des renseignements au poursuivant quant aux conséquences possibles d'une poursuite antiterroriste donnée sur les activités d'un organisme national ou étranger de renseignement de sécurité.

Les poursuites antiterroristes diffèrent des autres poursuites en ce que le procureur général du Canada est habilité à prendre le contrôle de poursuites engagées par un procureur général provincial³. Ce pouvoir fédéral extraordinaire tient à l'importance accordée, au niveau national, aux poursuites antiterroristes et aux préoccupations touchant la divulgation possible de renseignements sensibles produits par le Canada ou obtenus de ses alliés. De plus, les poursuites antiterroristes de l'ampleur du procès Air India grèveraient les ressources de plusieurs provinces. C'est pourquoi le gouvernement fédéral a participé très activement au procès Air India en vertu d'ententes de partage de frais avec la Colombie-Britannique.

Le rôle capital du procureur général en matière de poursuites antiterroristes soulève une question, à savoir si toutes les poursuites de cette nature devraient lui être confiées. Une approche centralisée de ce genre accroîtrait la coordination et l'intégration des poursuites antiterroristes. Dans une certaine mesure, cette approche s'harmoniserait avec le rôle de coordination proposé pour le CSN au chapitre II.

3.1 Limitation du pouvoir discrétionnaire de la police dans le cadre des enquêtes et des poursuites antiterroristes

D'aucuns pourraient soutenir que des fonctionnaires comme le CSN ne devraient pas participer à des discussions portant sur des poursuites individuelles, étant donné que cela risquerait de porter atteinte à l'indépendance de la police. De tels arguments ne prennent toutefois pas en compte les paramètres d'une telle indépendance dans le cadre des infractions de terrorisme.

L'indépendance de la police à l'égard du gouvernement est un principe important. Dans l'arrêt *Campbell*, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'un « policier qui enquête sur un crime n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit. Il occupe une charge publique qui a été définie à l'origine par la common law et qui a été établie par la suite dans différentes lois⁴ ». La Cour a souligné qu'elle avait devant elle un agent de la GRC « agissant dans le cadre d'une enquête criminelle, et, à cet égard, la police n'est pas sous le contrôle de la branche exécutive du gouvernement ». Ce principe

³ *Loi sur les infractions en matière de sécurité*, L.R.C. 1985, c. S-7, art. 4 (compétence du procureur général du Canada pour engager des poursuites relativement aux infractions qui constituent aussi des menaces envers la sécurité du Canada); *Code criminel*, art. 83.25(1) (compétence du procureur général du Canada pour engager des poursuites en matière d'infractions de terrorisme).

⁴ *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565 au para. 27.

« est lui-même à la base de la primauté du droit⁵ ». La Cour a ajouté que « [b]ien qu'à certaines fins, le Commissaire de la GRC rende compte au Solliciteur général, il ne faut pas le considérer comme un préposé ou un mandataire du gouvernement lorsqu'il effectue des enquêtes criminelles. Le Commissaire n'est soumis à aucune directive politique. Comme tout autre agent de police dans la même situation, il est redevable devant la loi et, sans aucun doute, devant sa conscience⁶ ».

Dans son rapport intérimaire portant sur les manifestations de 1997 à Vancouver visant l'APEC, le juge Hughes a fait observer ce qui suit :

À mon avis, il existe des motifs impérieux, inhérents à la politique publique, qui font qu'on ne saurait étendre la notion de l'indépendance de la police au-delà de ce qui est défini dans *Campbell*. Il s'agit ici d'une question d'équilibre. Il est clairement inacceptable que le gouvernement fédéral ait compétence pour diriger les activités d'application de la *Loi sur la GRC*, de [sic] dire à la police pourquoi elle doit enquêter et qui elle doit arrêter et poursuivre, que ce soit pour des raisons partisans ou autres. Parallèlement, il est également inacceptable que la GRC soit complètement indépendante et ne rende de comptes à personne, faisant en quelque sorte sa propre loi⁷.

Le commissaire O'Connor a reconnu le danger de la prise en charge d'enquêtes policières par le gouvernement :

Si le gouvernement pouvait ordonner à la police de faire enquête ou de ne pas faire enquête sur des personnes données, le Canada pourrait prendre la voie des États policiers où le gouvernement peut utiliser la police pour nuire à ses ennemis et protéger ses amis, plutôt que celle des sociétés libres et démocratiques qui respectent la primauté du droit⁸.

Cette interprétation de l'indépendance de la police concorde avec celle énoncée en 1981 par la Commission McDonald, qui a souligné que les ministres n'avaient

⁵ [1999] 1 R.C.S. 565 au para. 29.

⁶ [1999] 1 R.C.S. 565 au para. 33.

⁷ Commission des plaintes du public contre la GRC, *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* – Partie VII, para. 45.45(14), rapport intérimaire présenté par la Commission à la suite de l'audience publique sur les plaintes concernant les incidents survenus au cours des manifestations ayant eu lieu dans le cadre de la conférence de la Coopération économique Asie-Pacifique en novembre 1997 à Vancouver (Colombie-Britannique) sur le campus de l'Université de Colombie-Britannique (UBC) et aux détachements de la GRC à la UBC et à Richmond (Ottawa, Commission des plaintes du public contre la GRC, 2001), section 10.3.

⁸ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (Ottawa, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, 2006), p. 508 [*Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*].

pas le droit de donner des directives à la GRC sur la façon d'utiliser ses pouvoirs en matière d'enquête, d'arrestation et de poursuite⁹. Le commissaire O'Connor a toutefois relevé que l'indépendance de la police ne peut être absolue. Sinon, cela « créerait le risque d'un autre type d'État policier, où la police n'aurait de comptes à rendre à personne¹⁰ ».

Le principe de l'indépendance de la police a été restreint dans le contexte de la sécurité nationale :

[...] la GRC et d'autres services policiers doivent obtenir le consentement du procureur général avant de porter des accusations à l'égard d'une infraction terroriste en vertu du *Code criminel* ou de la *Loi sur la protection de l'information*, et avant de recourir aux pouvoirs extraordinaires des audiences d'investigation ou des arrestations préventives dans le cadre des enquêtes sur des activités terroristes. Comme cette exigence d'approbation se rapporte directement à des enquêtes criminelles individuelles, on peut y voir une restriction à la doctrine de l'indépendance de la police¹¹.

Bien que les dispositions législatives autorisant les arrestations à titre préventif et les investigations judiciaires soient maintenant abrogées, l'obligation d'obtenir le consentement du procureur général du Canada ou d'un procureur général provincial pour le dépôt d'accusations d'infraction de terrorisme subsiste selon l'article 83.24 du *Code criminel*¹².

Pourquoi restreindre l'indépendance des policiers quant au dépôt d'accusations dans les affaires de terrorisme? Une des raisons est que l'exigence d'obtenir le consentement préalable du procureur général permettra de faire en sorte que des accusations de terrorisme graves ne soient déposées que lorsque les circonstances le justifient. Le consentement du procureur général est déjà requis pour le dépôt d'accusations à l'égard de certaines autres infractions prévues au *Code criminel*¹³. Une autre raison, propre au contexte de la sécurité nationale, est que l'exigence d'obtenir le consentement préalable du procureur général favorisera la gestion de la relation entre le renseignement et la preuve. Normalement, le policier a le pouvoir discrétionnaire de déposer des accusations, lesquelles peuvent ultérieurement être suspendues par le procureur général ou son représentant autorisé. Dans un contexte de sécurité nationale, l'acte public qui consiste à déposer des accusations pourrait toutefois menacer le caractère secret des enquêtes de sécurité en cours.

⁹ Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, Deuxième rapport – vol. 2 (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981), p. 1069 [*La liberté et la sécurité devant la loi*].

¹⁰ *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 510.

¹¹ *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 511.

¹² L.R.C. 1985, c. C-46. Le consentement du procureur général du Canada doit être obtenu pour déposer des accusations en vertu de la *Loi sur la protection de l'information* : L.R.C. 1985, c. O-5, art. 24.

¹³ Voir, par exemple, les paragraphes 318(3) et 319(6).

L'exigence d'obtenir son consentement préalable donne au procureur général l'occasion d'empêcher le dépôt d'accusations si, à son avis, l'intérêt public milite en faveur de la continuation d'une enquête de sécurité ou de la protection de renseignements secrets – y compris l'identité de sources d'informations lorsqu'il s'agit de personnes – contre le risque d'une divulgation dans le cadre d'une poursuite antiterroriste. Le pouvoir du procureur général d'empêcher le dépôt d'accusations pour ces motifs implique qu'il a accès aux informations pertinentes en ce qui concerne les enquêtes de sécurité et les risques susceptibles de découler de la divulgation de renseignements secrets.

La Commission O'Connor a souligné la façon dont, au sein de la GRC, la surveillance centralisée accrue des enquêtes de sécurité nationale a permis de mieux encadrer le travail des policiers.

La surveillance centralisée au sein de la GRC ne soulève pas les mêmes préoccupations constitutionnelles pour ce qui est de la limitation du pouvoir discrétionnaire de la police. Elle reflète le fait que le maintien de la sécurité nationale peut comporter des incidences plus grandes que d'autres formes de maintien de l'ordre. Contrairement à d'autres enquêtes criminelles, les enquêtes relatives à la sécurité nationale pourraient être préjudiciables aux services de renseignement et même aux relations du Canada avec d'autres pays. Ainsi, plusieurs bonnes raisons donnent à penser que les policiers ne devraient pas avoir le pouvoir unilatéral d'engager des poursuites antiterroristes complexes qui pourraient avoir une incidence à la fois sur les services de renseignement nationaux et sur les services étrangers.

L'indépendance de la police ne serait pas mise en péril du simple fait que les pouvoirs additionnels que la Commission propose de conférer au conseiller à la sécurité nationale (CSN) permettraient à celui-ci d'obliger le SCRS à communiquer à la GRC des renseignements secrets. Le rôle élargi du CSN ne comprendrait pas celui de donner des directives à la police concernant la conduite de ses enquêtes antiterroristes ou le dépôt d'éventuelles accusations. Il serait simplement permis au CSN d'exiger que des renseignements soient fournis à la GRC, le cas échéant. La police demeurerait libre de disposer à sa guise des renseignements reçus du CSN.

D'autres autorités en matière de relations entre la police et l'État ont reconnu qu'il est possible pour le ministre responsable d'interagir avec la police sans porter atteinte à l'indépendance de la police. Par exemple, le commissaire O'Connor a souligné que « [b]ien que la direction des affaires opérationnelles soit davantage sujette à controverse, je suis d'accord avec la Commission McDonald que si elle "soulève une importante question d'intérêt public", le ministre peut alors aider le commissaire [de la GRC] et lui exprimer l'avis du gouvernement sur la question¹⁴ ». De son côté, la Commission McDonald a établi une distinction entre l'irrégularité commise par un ministre qui adresse une directive à la GRC concernant ses pouvoirs d'enquête, d'arrestation et de poursuite lorsqu'elle

¹⁴ *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 514.

applique la loi et le droit qu'a le ministre d'être informé de « toute question opérationnelle qui soulève une importante question d'intérêt public, même si elle concerne un cas particulier [...]. Il peut alors aider le commissaire [de la GRC] de ses conseils et lui exprimer l'avis du gouvernement sur la question, mais il ne doit pas avoir le pouvoir de lui donner des *directives*¹⁵. »

Le CSN devrait avoir les mêmes pouvoirs que le ministre responsable lorsqu'il s'agit de renseigner la GRC sur des questions de politique générale soulevées dans le cours d'enquêtes individuelles. En fait, les pouvoirs élargis du CSN proposés dans le présent volume lui permettraient de fournir à la GRC un éclairage unique en matière de politiques générales, en raison de la place qu'il occupe au cœur même du gouvernement.

Étant donné qu'en matière d'infractions de terrorisme prévues par le *Code criminel* les policiers ne jouissent pas de leurs pouvoirs habituels de déposer des accusations, les préoccupations concernant la possibilité pour le CSN de porter atteinte à l'indépendance de la police sont moins présentes. Comme nous l'avons vu, la police doit obtenir le consentement du procureur général pour déposer une accusation de terrorisme¹⁶. En conséquence, l'ultime acte d'indépendance de la police, soit la capacité de déposer des accusations, a déjà été réduite.

Le principe de l'indépendance de la police répond à un second problème, soit le risque d'ingérence politique par le biais de restrictions imposées à des enquêtes et décisions relatives au dépôt d'accusations dans le but de protéger des amis du gouvernement. De telles ingérences ébranleraient le principe de la primauté du droit, qui exige que la loi s'applique à tous. Cet aspect de l'indépendance de la police peut toutefois poser problème en matière de sécurité nationale car le CSN, et d'autres personnes au sein du gouvernement, peuvent détenir des renseignements secrets, provenant notamment d'autres gouvernements, qui se rapportent à une enquête policière en cours, mais qui ne peuvent être divulgués à la police en raison des risques de divulgation publique.

Le CSN pourrait aider à résoudre les différends entre le SCRS et la GRC en matière d'enquêtes de terrorisme. Il pourrait même être indiqué pour le CSN de faire connaître à toutes les parties intéressées, y compris la GRC, la position du gouvernement sur le bien-fondé d'une poursuite par opposition à une mesure qui préserve le caractère secret des renseignements et des enquêtes en cours.

L'idée selon laquelle la police devrait être informée de la position du gouvernement à l'égard d'une affaire criminelle n'est pas à l'abri de toutes critiques. Selon une recommandation de la Commission d'enquête sur l'pperwash de l'Ontario, le ministre responsable « n'a pas le pouvoir de donner des "conseils", par opposition à des "instructions" »¹⁷. Les réformes que propose la présente Commission ne prévoient pas que le CSN donne des « conseils » ou des « instructions » à la police, mais simplement des informations.

¹⁵ *La liberté et la sécurité devant la loi*, Deuxième rapport – vol. 2, p. 1069.

¹⁶ *Code criminel*, art. 83.24.

¹⁷ *Rapport de la Commission d'enquête sur l'pperwash*, vol. 2 – Analyse des politiques (Toronto, ministère du Procureur général, 2007), p. 426.

Il serait irréaliste d'empêcher le gouvernement de faire connaître sa position à la police dans des affaires de sécurité nationale. Les opérations policières en matière de sécurité nationale peuvent avoir des conséquences imprévues sur les relations du Canada avec les autres pays, sur la défense nationale et sur des enquêtes multilatérales de sécurité. Les opérations policières peuvent également avoir une incidence sur les renseignements secrets devant être divulgués dans le cadre de poursuites ultérieures et sur les mesures que le procureur général du Canada pourrait être appelé à prendre en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour protéger des renseignements. La nécessaire prise en compte de ces questions indique que la police et les poursuivants doivent obtenir des informations pertinentes du gouvernement du Canada.

3.2 Rôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite dans les affaires de terrorisme

La gestion de la difficile relation entre renseignement et preuve est rendue complexe non seulement du fait des préoccupations touchant au pouvoir discrétionnaire et à l'indépendance de la police, mais aussi en raison des questions que pose l'indépendance du procureur général et des poursuivants. En vertu d'un principe constitutionnel bien établi, le procureur général est indépendant du cabinet dont il fait partie lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire du ministère public d'intenter ou de continuer une poursuite. La Cour suprême du Canada a expliqué que « [l']importance du pouvoir d'intenter et de gérer des poursuites, ainsi que d'y mettre fin, qui est au cœur du rôle du procureur général, fait en sorte que l'on s'attend à ce qu'il soit libre, à cet égard, de toute pression politique de la part du gouvernement¹⁸ ».

La notion d'indépendance n'a toutefois jamais signifié que le procureur général ne peut recevoir d'informations pertinentes du premier ministre ou d'autres collègues du cabinet. Dans une déclaration célèbre concernant l'approche à privilégier à l'égard de l'indépendance du procureur général, lord Shawcross a fait une importante distinction entre, d'une part, la nécessité pratique et légitime pour le procureur général de demander à ses collègues du cabinet des informations pouvant être pertinentes dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite du ministère public, et d'autre part l'inopportunité de recevoir des directives sur la façon d'exercer ce pouvoir discrétionnaire¹⁹.

¹⁸ *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372 au para. 29.

¹⁹ Selon lord Shawcross [traduction], « le vrai principe peut s'énoncer de la façon suivante. Pour décider s'il y a lieu d'autoriser la poursuite, le procureur général doit se familiariser avec tous les faits pertinents dont, par exemple, l'effet que la poursuite, réussie ou non, est susceptible d'avoir sur le moral de la population et l'ordre public, ainsi qu'avec tout autre aspect touchant l'intérêt public. Pour ce faire, il peut – sans y être tenu à mon avis – consulter l'un ou l'autre de ses collègues au gouvernement; en fait, comme l'a dit un jour lord Simon, il serait même imprudent de ne pas le faire dans certains cas. Mais ses collègues peuvent seulement l'informer d'éléments particuliers susceptibles d'influer sur sa décision; leur assistance ne consiste pas (et ne doit pas consister) à lui dicter sa décision. » : John L. J. Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest* (London : Sweet & Maxwell, 1984), p. 318-319 [Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*]. Ron Basford, procureur général canadien, a utilisé cet énoncé pour expliquer sa décision de consentir ou non à une inculpation en vertu de la *Loi sur les secrets officiels* [traduction] : «Lorsqu'il doit prendre une décision à propos d'une question aussi délicate que celle-là, le procureur général a le droit de demander des renseignements et des conseils à d'autres, mais il n'est certainement pas soumis aux directives de ses collègues du gouvernement ou du Parlement lui-même.» : Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, p. 359-360.

La capacité du procureur général d'engager des discussions avec d'autres parties, et d'obtenir d'eux des informations pertinentes, revêt une importance particulière en matière de sécurité nationale, domaine où une poursuite antiterroriste peut mettre en cause des renseignements secrets et des considérations de politique étrangère allant bien au-delà de son expertise traditionnelle. Pour paraphraser les passages colorés de la célèbre déclaration de lord Shawcross, le procureur général serait « bien fou dans certains cas » de ne pas consulter ses collègues du Cabinet qui disposent d'informations se rapportant à l'exercice de ses fonctions de poursuivant en matière de sécurité nationale²⁰. De fait, le procureur général peut exceptionnellement avoir besoin d'informations sur le sort d'otages ou sur des ententes d'échange de renseignements avec des pays étrangers pour exercer son pouvoir discrétionnaire de façon pleinement éclairée²¹.

Dans la plupart des cas, le rôle du conseiller à la sécurité nationale consisterait à informer le procureur général du Canada ou le procureur général provincial compétent des conséquences imprévues de la décision d'engager une poursuite antiterroriste. Les renseignements fournis par le CSN pourraient être tout aussi importants pour un procureur général provincial ayant à décider de consentir ou non à une poursuite antiterroriste.

Le pouvoir exclusif du procureur général du Canada en matière de sollicitation d'ordonnances et de certificats de non-divulgence en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que les répercussions nationales des poursuites liées au terrorisme justifient la participation hâtive du gouvernement fédéral à de telles poursuites. Il n'est guère logique pour un procureur général provincial de consentir à une poursuite antiterroriste dans l'ignorance de la position qu'adoptera le procureur général du Canada sur les questions de confidentialité en matière de sécurité nationale suivant l'article 38 – questions susceptibles d'avoir une incidence cruciale sur une éventuelle poursuite. De plus, il est loisible au procureur général du Canada de faire appel aux pouvoirs prévus à l'article 2 de la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*²² pour prendre la direction des poursuites; cette disposition prévoit également le pouvoir de mettre fin à de telles poursuites.

20 Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, p. 319. Bien qu'il admette qu'il est difficile de [traduction] « tracer, avec toute la clarté que suppose l'énoncé d'un principe fondamental », une ligne de démarcation entre les renseignements obtenus d'autres ministres et leurs opinions sur une éventuelle marche à suivre, Edwards interprète les célèbres déclarations du lord Shawcross comme signifiant qu'il est « constitutionnellement illégitime [...] pour le premier ministre, un autre ministre ou le gouvernement d'exprimer leur point de vue personnel ou collectif sur l'opportunité pour le procureur général d'engager ou non une poursuite » : Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, p. 323-324.

21 Edwards estime « nettement plus défendable » le cas, en Angleterre, du procureur général tenant une réunion avec le lord chancelier, le premier ministre et d'autres ministres pour tenter de comprendre de quelle façon la vie d'otages serait mise en péril si des accusations étaient portées contre un pirate de l'air : Edwards, *The Attorney General, Politics and the Public Interest*, p. 324-325. Cet extrait a été cité avec approbation dans une affaire récente confirmant la légalité de la décision de ne pas engager de poursuites pour corruption, en partie en raison de renseignements indiquant qu'une telle poursuite entraînerait un appauvrissement dans l'échange de renseignements avec l'Arabie saoudite et mettrait la vie de ressortissants britanniques en danger. *R (on the application of Corner House Research and Others) c. Director of the Serious Fraud Office*, [2008] UKHL 60 au para. 39.

22 L.R.C. 1985, c. S-7.

La décision ultime de déposer des accusations et d'engager des poursuites liées au terrorisme repose toutefois sur le jugement indépendant du procureur général provincial compétent ou du procureur général du Canada. Néanmoins, ce dernier aura souvent besoin d'informations, voire même de directives, du gouvernement du Canada.

Recommandation 2:

Le rôle du conseiller à la sécurité nationale devrait être exercé de façon à tenir compte des principes d'indépendance et de pouvoir discrétionnaire de la police et de la poursuite, tout en reconnaissant les limites de ces principes dans les poursuites pour terrorisme. En dépit de l'indépendance de la police, l'obligation d'obtenir le consentement d'un procureur général avant de déposer des accusations pour infraction de terrorisme devrait être maintenue.

Le procureur général du Canada devrait continuer d'être habilité à recevoir des informations pertinentes de ses collègues du Cabinet, y compris le premier ministre et le conseiller à la sécurité nationale, en ce qui concerne les répercussions que pourrait avoir l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite sur la sécurité nationale et la politique étrangère.

3.3 Rôle du directeur fédéral des poursuites pénales à l'égard des poursuites liées au terrorisme

En 2006, le législateur fédéral a édicté la *Loi sur le directeur des poursuites pénales* dans le cadre de la *Loi fédérale sur la responsabilité*²³. La *Loi sur le directeur des poursuites pénales* prévoit la nomination d'un directeur des poursuites pénales (DPP) par le procureur général du Canada²⁴. Le DPP est nommé pour un mandat de sept ans et il peut être congédié pour un motif valable par résolution de la Chambre des communes²⁵.

Le DPP constitue une entité distincte du procureur général du Canada. Il a le pouvoir d'engager et de conduire des poursuites pour le compte du procureur général. En vertu de l'article 10 de la *Loi*, le procureur général peut donner des directives écrites au DPP. Les articles 13 et 14 prévoient que le DPP informe le procureur général de toute poursuite « soulevant d'importantes questions d'intérêt général », et que le procureur général peut intervenir de façon distincte dans ces instances. De plus, en vertu de l'article 15 de la *Loi*, le procureur général du Canada a le pouvoir de prendre en charge une poursuite, mais seulement si, au préalable, il a consulté le DPP, l'a « avisé de son intention de le faire » et a publié un avis en ce sens dans la *Gazette du Canada*.

Quels que soient les mérites de la *Loi sur le directeur des poursuites pénales* pour ce qui est des autres poursuites criminelles, elle cause des problèmes considérables de coordination dans le cas des poursuites antiterroristes.

²³ L.C. 2006, c. 9, art. 121.

²⁴ *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, L.C. 2006, c. 9, art. 121, art. 4 [*Loi sur le directeur des poursuites pénales*].

²⁵ *Loi sur le directeur des poursuites pénales*, art. 5(1).

Les poursuites antiterroristes sont plus complexes que d'autres poursuites criminelles – notamment en raison du rôle crucial de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'article 38 confère au procureur général du Canada la compétence exclusive de décider de divulguer des renseignements susceptibles de porter préjudice à la sécurité ou la défense nationales ou aux relations internationales. La gestion du renseignement et de la preuve comporte déjà suffisamment de difficultés sans qu'on y ajoute la division du processus judiciaire en deux parties, la conduite des poursuites étant confiée au DPP et la prise des décisions en vertu de l'article 38 relevant du procureur général du Canada. Un processus double, où la Cour fédérale tranche les questions de non-divulgaration en vertu de l'article 38 et où la cour de juridiction criminelle décide des mesures à prendre en réponse à une ordonnance de non-divulgaration, est source de complexité inutile dans le cas des poursuites antiterroristes. On ne sait plus qui est aux commandes et la responsabilité s'en trouve diluée d'autant.

La séparation des responsabilités en matière de poursuites suscite plus particulièrement des inquiétudes lorsqu'une demande de non-divulgaration est présentée par le procureur général en vertu de l'article 38, sans que celui-ci soit suffisamment au courant des répercussions possibles sur la viabilité d'une poursuite. Après tout, c'est le juge du procès qui doit prendre des mesures, y compris l'arrêt possible des procédures, pour répondre à une ordonnance de non-divulgaration afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable²⁶. Cette même séparation cause aussi des problèmes aux poursuivants. Comme le révèle l'exposé des faits de la poursuite intentée contre M. Reyat dans le présent rapport, un procureur provincial, M^e James Jardine, avait éprouvé des difficultés à prévoir la position que le SCRS et le procureur général prendraient quant à la divulgation de renseignements secrets du SCRS, même si cette question pouvait être cruciale pour la viabilité de la poursuite.

La séparation des fonctions se justifie habituellement par la création d'un système de freins et contrepoids. En matière de poursuites antiterroristes, l'opportunité d'un tel système n'a toutefois rien d'évident. On ne peut prétendre que le directeur des poursuites pénales prêterait une attention plus soutenue que le procureur général aux obligations de divulgation; le procureur général assume depuis longtemps le rôle de veiller à ce que justice soit rendue²⁷. Il est important que le poursuivant qui engage une poursuite antiterroriste soit pleinement informé dès le départ de la possibilité qu'il doive y avoir divulgation de renseignements secrets. Un poursuivant ne devrait pas pouvoir esquiver la question en faisant valoir que la protection des secrets relève du travail de quelqu'un d'autre. L'idée qu'il s'agissait du « travail de quelqu'un d'autre » a malheureusement imprégné presque toutes les enquêtes et les poursuites dans l'affaire Air India.

Bien qu'il puisse y avoir d'autres options, la Commission préfère donner au procureur général du Canada le pouvoir de mener les poursuites antiterroristes, en plus des pouvoirs que lui attribue présentement l'article 38 en matière de

²⁶ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 38.14.

²⁷ Voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 333, citant la déclaration du juge Rand dans *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16 aux p. 23-24.

divulgaration de renseignements secrets. La façon la plus pratique et la plus efficace de procéder serait de publier une directive qui établirait que c'est le procureur général du Canada, et non le DPP, qui conduit toutes les futures poursuites antiterroristes. Ce processus pourrait être implanté immédiatement sans qu'il soit nécessaire de modifier la *Loi sur le directeur des poursuites pénales* ou la *Loi sur le ministère de la Justice*²⁸, bien qu'il serait souhaitable de modifier éventuellement ces lois pour tenir compte de ce nouvel arrangement.

La décision du législateur fédéral de donner au procureur général du Canada des responsabilités et des pouvoirs particuliers en vertu de l'article 38 doit être respectée. Le procureur général du Canada se trouve dans la meilleure position pour pondérer les impératifs concurrents de divulgation et de protection du secret.

3.3.1 Nécessité de créer un poste de directeur spécialisé en poursuites antiterroristes

Il ne peut y avoir de poursuites antiterroristes sans expertise. Les poursuites de cette nature peuvent impliquer des accusations multiples et complexes en vertu de la *Loi antiterroriste*²⁹ ainsi que des questions complexes d'équilibre entre secret et divulgation relevant de l'article 38. Selon le rapport annuel 2007-2008 du Service des poursuites pénales du Canada, les avocats du Service ont consacré aux poursuites antiterroristes seulement 3 p. 100 de leur temps³⁰. Il serait donc indiqué de créer un poste de directeur des poursuites antiterroristes, sous la supervision du procureur général du Canada, afin de constituer un bassin d'avocats expérimentés en matière de poursuites antiterroristes. Cette équipe restreinte pourrait également prodiguer des avis juridiques sur la conduite des instances en matière de confidentialité pour raisons de sécurité nationale sous le régime de l'article 38 et conseiller les services qui recueillent des renseignements et des éléments de preuve dans le cadre d'enquêtes antiterroristes.

Le procureur général du Canada ne devrait pas pouvoir communiquer avec le bureau du directeur des poursuites antiterroristes, sauf pour lui donner des directives publiques telles que celles prévues par la *Loi sur le directeur des poursuites pénales*. Les directives ne sont pas indiquées en matière de poursuites antiterroristes où des questions telles que la décision d'engager ou non des poursuites, ou le choix des accusations, peuvent dépendre de la capacité d'empêcher la divulgation de renseignements secrets. Dans les affaires de terrorisme, le juste équilibre entre secret et divulgation commande des discussions exhaustives, franches et confidentielles.

Le bureau du directeur des poursuites antiterroristes ne devrait pas mettre en place une bureaucratie trop lourde. Le directeur serait nommé par le procureur

²⁸ L.R.C. 1985, c. J-2.

²⁹ L.C. 2001, c. 41.

³⁰ Service des poursuites pénales du Canada, *Rapport annuel 2007-2008 du Service des poursuites pénales du Canada*, p. 8, en ligne : <<http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/ra08-ar08/ra08-ar08.pdf>> (consulté le 28 juillet 2009).

général du Canada et, au besoin, il travaillerait en étroite collaboration avec ce dernier et le sous-procureur général. Il demeurerait en fonction selon le bon vouloir du procureur général du Canada. Le bureau du directeur des poursuites antiterroristes devrait, au besoin, pouvoir s'appuyer sur l'expertise des provinces et du secteur privé, aussi bien que sur celle du Service des poursuites pénales du Canada.

Les avocats du bureau du directeur des poursuites antiterroristes pourraient fournir des avis juridiques au SCRS et à la GRC quant aux enquêtes en matière de terrorisme et ils pourraient prendre en charge tous les aspects des poursuites antiterroristes, y compris le traitement des questions relevant de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Des rencontres pourraient également être tenues entre le directeur des poursuites antiterroristes et des procureurs généraux provinciaux pour la coordination des mesures à prendre dans les affaires de terrorisme. Cette coordination risque de ne pas recevoir priorité si le Service des poursuites pénales continue de mener les poursuites antiterroristes, étant donné que ce service n'y consacre qu'une très petite partie de son temps. Le fait de rattacher le poste de directeur des poursuites antiterroristes au ministère du Procureur général du Canada devrait également favoriser la coopération et les négociations nécessaires sur le plan politique avec les provinces quant au partage des responsabilités, des coûts et questions connexes.

Le directeur des poursuites antiterroristes pourrait prendre en charge la participation du gouvernement fédéral aux poursuites antiterroristes en fournissant des avis juridiques aux équipes intégrées de la sécurité nationale (EISN) ainsi que des avis juridiques concernant les activités antiterroristes de la GRC et du SCRS. Ces deux organisations reçoivent à l'heure actuelle des conseils juridiques inadéquats touchant ces sujets en raison du nombre limité d'avocats « internes » dédiés à ces questions. Le manque de continuité et de cohérence dans les conseils juridiques a occasionné des malentendus sur les obligations complexes en matière de divulgation, ce qui a nui à la relation entre la GRC et le SCRS³¹. La continuité des conseils juridiques s'impose en matière d'enquêtes antiterroristes, de la collecte initiale de renseignements secrets et d'éléments de preuve jusqu'à la conclusion des poursuites. Les conseils juridiques destinés aux services concernés devraient provenir d'une seule et même source fiable.

Le directeur des poursuites antiterroristes pourrait dispenser des conseils juridiques du début de l'enquête jusqu'à l'introduction de la poursuite, de façon à ce que la position du SCRS et des autres organismes sur les questions de divulgation soit pleinement comprise par les personnes concernées. Le rôle prééminent du directeur écarterait le danger que les avocats représentant respectivement le SCRS et la GRC fassent valoir uniquement les intérêts des organisations qui sont leurs clients, sans tenir compte de l'intérêt public, plus

³¹ Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, *Coopération du SCRS avec la GRC – Partie I* (étude du CSARS 1998-04), le 16 octobre 1998, p. 18 [Étude du CSARS 1998-04].

général. Le directeur chercherait à comprendre le point de vue du SCRS et de la GRC en matière de divulgation, mais sa décision serait fondée sur l'intérêt public.

Le directeur des poursuites antiterroristes participerait aussi nécessairement au filtrage pré-*inculpation* en raison de la nécessité d'obtenir l'assentiment du procureur général pour engager des poursuites. La participation des procureurs de la Couronne pourrait poser problème à l'étape de l'enquête comme à celle de l'*inculpation*. Toutefois, les poursuites antiterroristes sont susceptibles de soulever des questions d'une telle complexité juridique que la nécessité d'assurer la continuité des avis juridiques d'experts en la matière s'impose, et ce, du début de l'enquête jusqu'à l'*inculpation*.

Il convient toutefois d'imposer une limite à la capacité du directeur des poursuites antiterroristes d'offrir des services juridiques dans des affaires de terrorisme. Comme nous l'avons vu dans le présent rapport, l'avocat représentant le gouvernement du Canada dans le cadre de l'action civile concernant l'attentat à la bombe contre Air India a assisté à de nombreuses réunions cruciales intéressant la poursuite. Bien que l'avocat agissant au civil ait, selon la preuve, reçu instruction de faire passer les intérêts de la poursuite criminelle avant ceux de l'action civile, les considérations de responsabilité civile se conjuguent difficilement avec la nécessité d'exercer le pouvoir discrétionnaire du poursuivant dans l'intérêt public. Afin d'éviter un conflit d'intérêts, ou l'apparence d'un tel conflit, il serait donc préférable que le directeur ne représente pas le gouvernement du Canada dans le cadre d'une action civile.

Comme tous les représentants du procureur général du Canada, le directeur devrait exercer les pouvoirs de la poursuite d'une façon objective, indépendante et impartiale dans le respect des traditions établies par le bureau du procureur général³².

La mise en place d'une expertise dédiée aux poursuites antiterroristes s'accorde avec les meilleures pratiques en vigueur à l'étranger. Par exemple, le British Crown Prosecution Service dispose d'une division de lutte contre le terrorisme qui lui est dédiée, regroupée à Londres, pour mener les poursuites antiterroristes³³. Ce service gère à la fois les poursuites antiterroristes et les demandes d'immunité d'intérêt public visant à protéger les renseignements secrets. Aux États-Unis, une division de la sécurité nationale a été créée par le ministère de la Justice afin de consolider les activités de sécurité nationale³⁴. Cette division appuie les services secrets dans tous les domaines, y compris les demandes de mandats, et elle fournit son assistance durant l'instruction des poursuites pour toutes les questions touchant la divulgation. La division s'occupe également de coopération étrangère dans le domaine des poursuites antiterroristes et d'élaboration de politiques en matière d'antiterrorisme.

³² *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297.

³³ Crown Prosecution Service (Royaume-Uni), « Prosecuting terrorists – Counter Terrorism Division », en ligne : <http://www.cps.gov.uk/your_cps/ctd.html> (consulté le 31 juillet 2009).

³⁴ United States Department of Justice, National Security Division, « Mission and Functions », en ligne : <http://www.usdoj.gov/nsd/mission_functions.htm> (consulté le 28 juillet 2009).

Recommandation 3:

À l'échelon du fédéral, un directeur des poursuites antiterroristes nommé par le procureur général du Canada devrait superviser et mener les poursuites antiterroristes.

Recommandation 4:

Le bureau du directeur devrait être rattaché au bureau du procureur général du Canada et non au Service des poursuites pénales du Canada. La conduite intégrée des poursuites antiterroristes commande que le poste proposé de directeur des poursuites antiterroristes soit rattaché au ministère du procureur général, étant donné le rôle crucial joué par ce dernier en vertu des dispositions de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* relatives aux revendications de confidentialité pour raisons de sécurité nationale.

Recommandation 5:

Le directeur des poursuites antiterroristes devrait également donner des conseils juridiques pertinents aux équipes intégrées de la sécurité nationale ainsi qu'à la GRC et au SCRS relativement à leurs activités de lutte contre le terrorisme afin d'assurer la continuité et la cohérence des avis juridiques, ainsi que d'assurer des services de représentation dans le cadre des enquêtes et des poursuites antiterroristes.

Recommandation 6:

De préférence, le directeur des poursuites antiterroristes ne devrait pas représenter le gouvernement du Canada dans les affaires civiles susceptibles de découler d'une enquête ou d'une poursuite antiterroriste en cours, et ce, afin d'éviter toute possibilité de conflit d'intérêts.

3.3.2 Rôle des procureurs généraux des provinces et des territoires à l'égard des poursuites antiterroristes

La solution logique aux problèmes de coordination des poursuites antiterroristes consisterait à recommander au procureur général du Canada d'exercer le pouvoir unilatéral (*fiat*) que lui confère l'article 2 de la *Loi sur les infractions en matière de sécurité* de mener toutes les procédures antiterroristes au motif que les crimes de terrorisme constituent des menaces pour la sécurité du Canada. Ce geste permettrait de laisser au gouvernement fédéral le soin d'assurer la difficile coordination de la relation entre les poursuites antiterroristes et les instances relatives à la confidentialité pour raisons de sécurité nationale relevant de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. On reconnaîtrait également ainsi que le terrorisme est susceptible d'avoir un effet néfaste sur la vie politique, sociale et économique de la nation tout entière.

Le Canada n'a cependant jamais été un pays gouverné par la seule logique. En vertu de la *Loi antiterroriste*, les procureurs généraux fédéral et provinciaux ont les pouvoirs nécessaires pour intenter des poursuites à l'égard d'infractions de terrorisme. Comme l'ont démontré les poursuites dans l'affaire Air India, il se trouve un nombre considérable de procureurs d'expérience et de talent au niveau provincial. De plus, les procureurs généraux du fédéral et des provinces ont eu l'occasion de collaborer les uns avec les autres à l'occasion d'un certain nombre de poursuites antiterroristes récentes. Rien n'indique que le rôle que jouent les provinces en matière de poursuites antiterroristes ait posé problème à l'égard de quelque poursuite que ce soit. Pour ce motif, rien ne justifie à ce jour de mettre fin à ce rôle provincial.

Des éléments de preuve ont tout de même été présentés au sujet des défis susceptibles de se présenter aux provinces, dont ceux liés aux coûts, dans le cadre d'une poursuite antiterroriste d'une grande complexité. Nombreuses sont les provinces qui consentiraient probablement d'avance à ce que le fédéral joue un rôle important, voire exclusif, en matière de poursuites antiterroristes. Aucun des procureurs généraux provinciaux n'a présenté d'observations à ce chapitre. Cette absence d'intérêt pourrait laisser croire que la plupart des provinces seraient disposées à céder leur pouvoir de poursuivre à un nouveau directeur fédéral des poursuites antiterroristes. Quoi qu'il en soit, il est toujours possible pour le procureur général du Canada de délivrer un fiat en vertu de l'article 2 de la *Loi sur les infractions en matière de sécurité* afin de faire valoir la préséance ou de prendre en charge une poursuite antiterroriste provinciale.

Le directeur des poursuites antiterroristes devrait s'entendre avec les procureurs généraux provinciaux sur une approche coordonnée en matière de poursuites antiterroristes. On pourrait ainsi convenir à l'avance que le procureur général du Canada mènera les poursuites de cette nature dans une province donnée. Il serait également souhaitable de discuter à l'avance de certains autres aspects du rôle du fédéral, dont sa participation au partage des coûts.

Recommandation 7:

Il conviendrait de maintenir le leadership fédéral en matière de poursuites antiterroristes, en raison de l'importance nationale que celles-ci revêtent et du rôle de premier plan que le procureur général du Canada est appelé à jouer dans la plupart des cas au titre de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le procureur général du Canada devrait être prêt à exercer le droit que lui reconnaît la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*, soit celui de faire valoir la préséance ou de prendre en charge des poursuites antiterroristes provinciales si les difficultés de coordination du processus décisionnel en matière de poursuite semblent le justifier ou s'il est dans l'intérêt public de le faire.

3.3.3 Nécessité pour les autorités provinciales d'aviser leur contrepartie fédérale d'éventuelles poursuites antiterroristes

Les procureurs généraux provinciaux devraient aviser le directeur des poursuites antiterroristes de leur intention d'engager toute poursuite en ce domaine. Cette démarche s'impose pour assurer que le procureur général du Canada soit avisé à l'avance des instances mettant en cause des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Selon l'article 38.02 de la *Loi sur la preuve au Canada*, les procureurs généraux provinciaux sont de fait tenus d'aviser le procureur général du Canada de ces instances.

Le fait d'aviser à l'avance le directeur des poursuites antiterroristes d'éventuelles poursuites concernant un groupe ou des activités terroristes donnerait également au directeur l'occasion d'examiner la façon dont la poursuite provinciale s'intègre dans la stratégie fédérale globale à l'égard d'une menace précise à la sécurité du Canada. En consultation avec le CSN, le directeur serait en mesure d'indiquer s'il serait prématuré d'engager une poursuite – par exemple, lorsqu'une poursuite provinciale risquerait d'interrompre une enquête en matière de renseignement conduite par des services étrangers.

Le directeur des poursuites antiterroristes serait également bien placé pour donner son avis quant à l'opportunité d'engager une poursuite pour une infraction sur le fondement des dispositions du *Code criminel* visant le terrorisme, ou sur le fondement d'autres dispositions du Code ne visant pas expressément le terrorisme. Par exemple, la protection de renseignements sensibles serait peut-être facilitée par l'introduction d'une poursuite pour une infraction criminelle non liée au terrorisme. Le directeur des poursuites antiterroristes pourrait également demander l'avis du CSN quant à des solutions de rechange aux poursuites. Comme nous l'avons vu au chapitre II, ces autres solutions pourraient comprendre des procédures d'immigration, le gel ou la confiscation d'éléments d'actif terroristes, la révocation du statut d'organisme de charité ou simplement la surveillance continue d'un suspect terroriste pour étoffer un dossier.

L'obligation pour les provinces de consulter les autorités fédérales aurait pu changer le cours des poursuites engagées en 1986 contre MM. Reyat et Parmar en ce qui a trait à l'utilisation d'explosifs à Duncan. Ces poursuites ont été engagées alors que l'enquête sur l'attentat à la bombe contre Air India en était encore au stade préliminaire. L'absence de consultation pourrait peut-être expliquer la raison pour laquelle aucune preuve n'a été présentée contre M. Parmar, le cerveau présumé de l'attentat, et qu'une amende de 2 000 \$ seulement a été infligée à M. Reyat, lequel a ultérieurement été reconnu coupable d'homicide involontaire, d'abord relativement à l'explosion à Narita, puis relativement à l'attentat à la bombe contre le vol 182. Selon la Commission, la poursuite relative à l'explosion de Duncan était prématurée et n'était pas d'intérêt public.

Recommandation 8:

Les procureurs généraux provinciaux devraient aviser le procureur général du Canada, par l'intermédiaire du directeur des poursuites antiterroristes (poste proposé), de toute poursuite éventuelle pouvant impliquer un groupe terroriste ou une activité terroriste, que l'auteur de l'infraction soit poursuivi ou non pour la perpétration d'une infraction de terrorisme. Le conseiller à la sécurité nationale devrait également être avisé.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE IV: COLLECTE ET CONSERVATION DES RENSEIGNEMENTS: MODERNISATION DE LA LOI SUR LE SCRS

4.0 Introduction

La GRC était chargée de faire enquête et de prévenir les actes terroristes, y compris le complot, l'encouragement et la tentative de meurtre, et cela avant même que la *Loi antiterroriste*¹ ne criminalise de nouvelles formes d'activités comme le financement et la facilitation d'activités terroristes ainsi que l'appartenance à des groupes terroristes².

Le SCRS a été mis sur pied en 1984 avec le mandat de conseiller le gouvernement du Canada en matière de menaces à l'égard de la sécurité du Canada, dont les menaces liées au terrorisme. La création du SCRS se voulait également une réponse aux révélations concernant la perpétration d'actes répréhensibles par le Service de sécurité de la GRC et aux recommandations qu'avait formulées en conséquence la Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). Le SCRS a été conçu comme un service de sécurité à caractère civil, dépourvu de pouvoirs en matière d'application de la loi, qui devait être soumis plus étroitement que les forces policières aux directives et au contrôle politiques et à la surveillance³. Dans la mesure où cela était strictement nécessaire, le SCRS était autorisé à faire la collecte d'informations et de renseignements concernant des activités dont il existait des motifs raisonnables de suspecter qu'elles constituaient des menaces pour la sécurité du Canada, d'en faire rapport au gouvernement du Canada et de le conseiller à cet égard⁴. Le SCRS pouvait également obtenir la délivrance de mandats de perquisition et de surveillance électronique lorsque son directeur avait des motifs raisonnables de croire que cela était nécessaire pour enquêter sur une menace à l'égard de la sécurité du Canada⁵.

¹ L.C. 2001, c. 41.

² Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006), p. 340 [rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations].

³ Wesley Wark, « Le lien entre le renseignement et la police : Étude de la coopération entre le Service canadien du renseignement de sécurité et la Gendarmerie royale du Canada, entre 1984-2006, dans le contexte de l'attentat contre le vol d'Air India », vol. 1 des études de recherche : *L'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS*, p. 169-170 [rapport de W. Wark sur le lien entre le renseignement et la police].

⁴ *Loi sur le SCRS*, L.R.C. 1985, c. C-23, art. 12 [*Loi sur le SCRS*].

⁵ *Loi sur le SCRS*, art. 21.

Complémentaire à la *Loi sur le SCRS*⁶, la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*⁷ a été édictée en 1984. Cette loi a reconnu le rôle continu des organismes d'application de la loi en matière de sécurité nationale. Elle a confié à la GRC et au procureur général du Canada le rôle d'acteurs principaux en matière d'enquête et de poursuite liée à des crimes qui constituaient également des menaces pour la sécurité du Canada au sens de la *Loi sur le SCRS*. Cette loi prévoyait que le SCRS pouvait communiquer des renseignements à la police⁸. Les deux textes législatifs reconnaissaient que le SCRS devrait à l'occasion travailler avec les organismes d'application de la loi étant donné qu'il n'avait aucun pouvoir d'arrêter et de détenir quiconque était sur le point de perpétrer ou avait déjà perpétré un crime.

Dans ses observations présentées à la Commission, le procureur général du Canada a souligné que les réformes qui ont suivi la Commission McDonald ont donné à la GRC et au SCRS « des mandats séparés, mais complémentaires, concernant les menaces à la sécurité nationale⁹ ».

Bien que la *Loi sur le SCRS*, combinée à la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*, ait prévu l'échange d'information entre le SCRS et la GRC à propos de menaces pour la sécurité du Canada qui constituaient également des crimes, les défis propres aux poursuites antiterroristes n'ont pas retenu l'attention du législateur au moment de la rédaction de la *Loi sur le SCRS*. La guerre froide était encore perçue à l'époque comme la principale menace à l'égard de la sécurité du Canada¹⁰. Les actes terroristes qui ont été commis durant cette période – tels que l'attentat à la bombe contre Litton Systems perpétré par Direct Action ainsi que des attaques en série, avec meurtres et prises d'otages, visant des intérêts turcs au Canada – n'ont pas eu d'impact majeur sur les Canadiens ou sur l'élaboration de politiques¹¹.

La *Loi sur le SCRS* n'a pas été modifiée en profondeur même après les événements du 11 septembre. Il convient donc de se demander si cette loi, qui date d'un quart de siècle, ne devrait pas être modernisée. Doit-elle se faire le miroir de l'accent mis sur le terrorisme, des changements fondamentaux apportés aux lois du Canada et de l'évolution de la jurisprudence relative à la *Charte* ainsi que de la création de nouveaux crimes en matière de terrorisme? Le présent chapitre aborde ces questions prédominantes.

⁶ L.R.C. 1985, c. C-23.

⁷ L.R.C. 1985, c. S-7.

⁸ *Loi sur le SCRS*, art. 19.

⁹ Observations finales du procureur général du Canada, Vol. 1, 29 février 2008, p. 19, para. 38

[Observations finales du procureur général du Canada].

¹⁰ Peter M. Archambault, « Tout est dans le contexte : l'attentat à la bombe commis contre le vol d'Air India et les attentats du 11 septembre, et jusqu'où peut aller l'analogie », vol. 1 des études de recherche : *L'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS*, p. 92.

¹¹ David A. Charters, « The (Un) Peaceable Kingdom? Terrorism and Canada before 9/11 », *Enjeux publics IRPP*, vol. 9, no 4, octobre 2008.

4.1 Absence de secret absolu et de cloison entre le renseignement et la preuve

La *Loi sur le SCRS* n'a jamais visé à instaurer le secret absolu ou à ériger une cloison pour éviter que les renseignements de sécurité soient utilisés comme preuve par la police et les poursuivants. Le paragraphe 19(2) prévoit que le SCRS « peut [...] communiquer les informations » aux agents de la paix ou au procureur général du Canada ou au procureur général d'une province dans le cadre d'enquêtes ou de poursuites. Bien que les renseignements acquis par le SCRS ainsi que l'identité de ses sources confidentielles et de ses agents secrets doivent normalement rester secrètes, l'article 18 prévoit leur communication à d'autres organismes pour différentes raisons, dont leur utilisation dans des enquêtes et poursuites criminelles. Or ce processus risque d'entraîner la divulgation publique des informations acquises par le SCRS.

Malheureusement, les incidences de ces dispositions législatives prévoyant l'échange d'informations entre le SCRS et la police n'ont pas été pleinement appréhendées à l'époque de l'adoption de la loi. Par exemple, dans un rapport influent publié en 1983, un comité sénatorial spécial présidé par le sénateur Michael Pitfield a souligné les différences existant entre l'application de la loi et le renseignement. Il y définissait l'application de la loi comme une activité essentiellement « réactive », ignorant le rôle proactif que joue la police lorsqu'elle prévient les crimes et enquête sur les complots et les tentatives :

L'application des lois est une activité réactive qui, si elle n'exclut pas la collecte de renseignements et des mesures de prévention, n'intervient, dans l'ensemble, qu'après la perpétration d'un acte criminel précis. La protection de la sécurité ne se contente pas seulement de réagir aux événements, elle vise à détecter à l'avance les menaces à la sécurité et ne s'intéresse pas nécessairement aux infractions à la loi. Une publicité considérable accompagne les activités visant à faire respecter la loi et en fait même essentiellement partie. Le travail du renseignement de sécurité, à l'inverse, exige le secret. Faire respecter la loi est une activité « qui cherche des résultats », notamment l'appréhension et le jugement du coupable, les « intervenants » du système — policiers, procureurs, avocats de la défense et juges — jouissant d'une très grande autonomie d'action. Le renseignement de sécurité est, tout au contraire, « tourné vers l'information ». Le rôle des intervenants est beaucoup moins clairement défini et la direction et le contrôle dans un cadre hiérarchique sont absolument nécessaires. Enfin, faire respecter la loi est une activité qui se déroule pratiquement en « vase clos » et dans des limites bien définies — perpétration,

enquête, appréhension, jugement. Les opérations du renseignement de sécurité sont beaucoup moins délimitées : l'accent est mis sur l'enquête, l'analyse et l'énoncé de renseignements¹².

Ces remarques souvent citées¹³ établissent une définition du renseignement qui met l'accent sur le secret. Cette définition omet toutefois de prendre en compte des situations où la nécessité légitime de garder le secret doit céder le pas aux impératifs de la divulgation en vue de prévenir la commission de crimes affectant la sécurité du Canada et d'engager des poursuites à leur égard.

La Cour suprême du Canada a récemment cité l'analyse du comité sénatorial spécial, mais a formulé, à juste titre, la mise en garde qui suit : « [l]e partage des tâches accomplies par le SCRS et la GRC, en matière d'enquête sur des activités terroristes, tend à devenir moins net que les auteurs des [rapports, dont celui du Sénat] semblaient l'envisager à l'origine¹⁴ ».

Même en 1984, la nécessité que le SCRS communique certains renseignements à la GRC aurait dû paraître évidente. Par exemple, les agents du SCRS ne sont pas des agents de la paix habilités à faire appliquer la loi. Si le SCRS découvrait des éléments de preuve concernant la commission d'un crime, ces informations devaient être communiquées à la police qui pourrait alors procéder à des arrestations et déposer des accusations. Le problème qui s'est immédiatement posé, et qui a perduré, se situait au niveau du pouvoir discrétionnaire du SCRS de soustraire des informations à la police. Le SCRS pouvait ainsi poursuivre une opération de renseignement dans l'espoir d'en apprendre davantage ou de prendre dans ses filets des cibles plus importantes. Le refus de transmettre les

¹² Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité, *Équilibre délicat : Un service du renseignement de sécurité dans une société démocratique* (Ottawa, Approvisionnement et services Canada, 1983), p. 9.

¹³ À la Conférence commémorative John-Tait en 2003, Ward Elcock, alors directeur du SCRS, a déclaré : « L'exécution de la loi est généralement réactive; essentiellement, elle s'effectue après la perpétration d'une infraction criminelle donnée. Les policiers veulent des résultats, veulent que les malfaiteurs soient poursuivis en justice. Ils utilisent un cadre "fermé" défini par le *Code criminel*, d'autres lois et les tribunaux. Et dans ce cadre, ils ont souvent tendance à agir de façon hautement décentralisée. Les preuves recueillies par les policiers servent à obtenir une condamnation au criminel devant des tribunaux où les témoins sont tenus de comparaître. Les procès sont des événements publics dont les médias parlent beaucoup. En revanche, le travail des services de renseignements est préventif et axé sur l'information. Au mieux, il s'effectue avant que ne survienne un événement violent afin que la police et les autres autorités puissent intervenir. Les informations sont recueillies auprès de gens qui ne sont pas tenus par la loi de les communiquer. Les agents de renseignements jouent un rôle nettement plus vague, rôle dont ils s'acquittent le mieux au sein d'une structure de gestion hautement centralisée. Ils s'intéressent à des personnes qui ne commettront peut-être jamais un acte criminel, mais qui fréquentent des gens qui, eux, font peut-être peser une menace directe sur les intérêts de l'État. » Allocution de Ward Elcock, directeur du Service canadien du renseignement de sécurité, à la conférence de l'Association canadienne pour l'étude de la sécurité et du renseignement, tenue du 16 au 18 octobre 2003, à Vancouver (Colombie-Britannique) – « Discours à la mémoire de John Tait », en ligne : Service canadien du renseignement de sécurité <<http://www.csis.gc.ca/nwsrm/spchs/spch17102003-fra.asp>> (consulté le 29 juillet 2009).

¹⁴ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 26.

informations, toutefois, signifiait que le « menu fretin » risquait de n'être jamais porté à l'attention des services d'application de la loi et donc d'échapper aux poursuites.

Immédiatement après les révélations concernant la commission d'actes répréhensibles par le Service de sécurité de la GRC dans les années 1970, dont la surveillance induue de partis politiques et de dissidents, et après la création d'un organisme civil de renseignement sans pouvoirs en matière d'application de la loi, on s'est attaché davantage à définir les différences existant entre la GRC et le SCRS¹⁵ qu'à souligner la nécessité pour ces organismes de coopérer et d'échanger des informations. Il n'empêche que la *Loi sur le SCRS* et la *Loi sur les infractions en matière de sécurité* prévoyaient et exigeaient que le SCRS et la GRC coopèrent en matière de crimes, tel l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India, qui constituaient également des menaces à l'égard de la sécurité du Canada¹⁶.

4.2 Article 12 de la *Loi sur le SCRS*, collecte et conservation des renseignements et incidences de l'arrêt *Charkaoui c. Canada*

L'article 12 constitue la pierre angulaire de la *Loi sur le SCRS*. Cet article régit le travail du SCRS lorsqu'il recueille, analyse et conserve des informations sur les menaces à l'égard de la sécurité du Canada. Cette disposition impose également au SCRS l'obligation de faire rapport au gouvernement du Canada sur ces menaces pour la sécurité et de le conseiller à cet égard. L'article 12 dispose :

Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

Les questions relatives à la collecte et à la conservation des renseignements ont constitué un élément central des enquêtes portant sur Air India et continueront d'être au cœur des enquêtes antiterroristes que mènera le SCRS dans l'avenir. C'est pourquoi ces questions ont été examinées en détail par la Commission.

4.2.1 Destruction d'informations lors de l'enquête sur Air India

Les représentants du SCRS ont justifié l'effacement des enregistrements de M. Parmar en disant que c'était là une exigence des dispositions de l'article 12

¹⁵ Rapport de W. Wark sur le lien entre le renseignement et la police, p. 169; Jean-Paul Brodeur, « La Gendarmerie royale du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité – Analyse comparée des cultures organisationnelles et professionnelles », vol. 1 des études de recherche : *L'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS*, p. 216-218 [rapport de J.-P. Brodeur sur l'analyse comparée des cultures de la GRC et du SCRS].

¹⁶ Kent Roach, « Particularités des poursuites pour terrorisme : Vers une meilleure conciliation du renseignement de sécurité et de la preuve » vol. 4 des études de recherche : *Particularités des poursuites pour terrorisme*, p. 20-21 [rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes].

de la *Loi sur le SCRS* relative à la collecte et à la conservation des renseignements. L'effacement de la quasi-totalité des enregistrements a forcé le ministère public à admettre, et le juge du procès à conclure, dans l'affaire Malik et Bagri, que le SCRS avait contrevenu à l'article 7 de la *Charte* et avait fait preuve d'une négligence inacceptable en ne conservant pas ces éléments matériels¹⁷. L'honorable Bob Rae a estimé que l'effacement des enregistrements « pose problème » et qu'il justifiait l'examen approfondi des relations entre le renseignement et la preuve¹⁸.

Reid Morden, un ancien gestionnaire du SCRS, a été l'un des plus ardents défenseurs de l'effacement des enregistrements. Dans une entrevue réalisée par le réseau CBC en 1987, il a fait valoir que [traduction] « bien entendu les enregistrements sont détruits, non pas selon [...] une procédure bureaucratique, lorsqu'il est question d'une politique car nous devons être très prudent, au regard de l'article 12 de notre loi, de ne recueillir que les informations strictement nécessaires pour une enquête en cours¹⁹ ». Interrogé au sujet de cette déclaration lors de son témoignage devant la Commission, M. Morden a déclaré ce qui suit :

[Traduction]

Alors, tirant son origine de [la Commission McDonald] nous arrive la *Loi sur le SCRS* et, à mon sens, les dispositions très

¹⁷ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 864 aux paras. 7, 12. Voir également *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39 aux paras. 19, 22.

¹⁸ Bob Rae a fait remarquer ceci : « Le juge Josephson a fait savoir que la destruction de ces enregistrements constituait un [traduction] "acte de négligence inacceptable". En 1992, le CSARS a conclu que la destruction des enregistrements n'avait eu aucune incidence importante sur l'enquête de la GRC. Ce n'est toutefois pas l'avis de la GRC, qui est exposé clairement dans des notes de service des 9 et 16 février 1996 et rédigées par Gary Bass, commissaire adjoint de la GRC et enquêteur principal sur l'attentat à la bombe contre Air India depuis 1996. L'effacement des enregistrements pose problème tout particulièrement à la lumière de l'arrêt-clé de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Stinchcombe*, qui a statué que la Couronne avait l'obligation de divulguer à la défense toutes les preuves pertinentes, et ce, même si elle n'entendait pas les utiliser lors du procès. Le juge Josephson a statué que toutes les autres informations détenues par le SCRS devaient être divulguées par la Couronne, conformément aux normes établies dans l'affaire *Stinchcombe*. Par conséquent, des renseignements que possédait le SCRS n'auraient pas dû être cachés à l'accusé. Lors du procès de MM. Malik et Bagri, les avocats de la défense ont soutenu que les enregistrements effacés auraient pu fournir des renseignements qui auraient exonéré leurs clients. Ne serait-ce que pour cette raison, les enregistrements n'auraient jamais dû être détruits. La question des rapports entre le SCRS et la GRC dont le juge Josephson avait été saisi fait ressortir les préoccupations au sujet des liens entre le renseignement, la destruction d'éléments de preuve, la divulgation requise et les éléments de preuve recevables. Il est clair que les relations entre ces institutions et l'action réciproque entre le renseignement et la preuve doivent faire l'objet d'un examen approfondi. » : *Leçons à retenir : Rapport de l'honorable Bob Rae, conseiller indépendant de la ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada, sur les questions en suspens relatives à l'explosion survenue à bord du vol 182 d'Air India* (Ottawa, Secrétariat pour l'examen d'Air India, 2005), p. 19 [*Leçons à retenir*]. [Les notes en bas de page de l'original ont été omises.]

¹⁹ Transcriptions, vol. 46, 17 septembre 2007, p. 5516, d'après « The vanishing trail », narration par Brian Stewart, *The Journal*, CBC (14 décembre 1987), 11 h 45-12 h 47, en ligne : CBC Digital Archives <http://archives.cbc.ca/society/crime_justice/clips/5691/> (consulté le 29 juillet 2009). Voir le témoignage de Reid Morden, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11429-11430, dans lequel il formule des commentaires sur ses déclarations lors de l'entrevue de CBC.

importantes de l'article 12 enjoignant au service de ne recueillir des informations que dans la mesure strictement nécessaire. C'est le fondement, selon moi, de la politique qui s'est implantée selon laquelle vous devez recueillir – vous ne recueillez pas de preuve, mais vous recueillez des informations qui pourront devenir des renseignements secrets. Si les informations ne semblent pas remplir le critère de l'article 12, alors elles devraient être détruites et non conservées, comme c'était le cas auparavant²⁰.

Le contenu des communications détruites de M. Parmar est depuis longtemps un sujet de controverse. Lorsque la Commission s'est penchée sur la question, elle a conclu que, vu l'interprétation donnée par Reid Morden à la *Loi sur le SCRS*, le SCRS pouvait être excusé d'avoir effacé des enregistrements avant les attentats terroristes à l'origine de l'écrasement du vol 182 et de l'explosion à Narita, mais qu'il avait eu tort de continuer à les effacer après ces événements.

Il va sans dire que la compréhension d'une menace particulière à la sécurité nationale évolue avec le temps. Il est rare qu'on puisse avoir une bonne idée d'une menace éventuelle en se fondant sur une évaluation initiale. D'où la nécessité de conserver les renseignements pour les réévaluer et les analyser. Voici ce qu'a déclaré le sous-commissaire Gary Bass à ce sujet :

[Traduction]

L'effacement des enregistrements est important pour des raisons qui vont au-delà de ce qui s'est produit dans l'affaire Air India. J'estime que la politique régissant le traitement des enregistrements par le SCRS (laquelle est demeurée pratiquement inchangée, si j'ai bien compris) est gravement viciée et qu'elle est susceptible de causer des problèmes à de futures [enquêtes antiterroristes]. Quiconque possède de l'expérience en matière d'enquêtes avec écoute électronique comprend que les transcriptions et traductions initiales sont notoirement peu fiables. Ainsi, la transcription exacte d'un élément enregistré de diverses façons, notamment dans une salle d'audiométrie ou par un micro miniature placé dans une voiture, requiert une quantité énorme de temps et de ressources. Deuxièmement, certains enregistrements ne peuvent être interprétés ou appréciés à leur juste valeur avant que d'autres enregistrements « clés » soient réalisés plus tard à un certain moment donné dans le futur. La politique exigeant la destruction des enregistrements dans un délai de 30 jours présente des problèmes et devrait être modifiée pour refléter la réalité de ce que représente la conduite de poursuites

²⁰ Témoignage de Reid Morden, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11430.

criminelles efficaces en ces temps actuels de divulgation. À cet égard, la décision dans l'affaire Air India sera certainement considérée comme un « avertissement raisonnable » dans le contexte de futures situations factuelles similaires²¹.

La Commission O'Connor a souligné l'importance de l'exactitude et de la précision en matière de renseignement²². La Cour suprême du Canada a reconnu que la conservation du renseignement brut peut contribuer à assurer l'exactitude et la précision du renseignement²³. Pourtant, le SCRS a d'office détruit des informations qu'il avait recueillies de façon régulière en raison de l'opinion ayant cours selon laquelle il ne devait conserver que ce qui était strictement nécessaire.

Au fil des ans, certains aspects de la politique de conservation ont varié et des incohérences internes sont apparues. Il est toutefois clair que le SCRS a appliqué une politique de destruction systématique des communications interceptées dans des situations où il n'était pas en mesure de reconnaître ou d'apprécier la pertinence de l'information.

La politique de destruction s'appliquait non seulement aux bandes d'écoute électronique, mais aussi aux originaux des notes et documents de travail. Encore là, cette pratique a grandement nui à la poursuite dans le procès de MM. Malik et Bagri²⁴. Dans son jugement, le juge Josephson a relevé le témoignage d'un agent du SCRS qui a déclaré que, lors de réunions avec un témoin important, il [traduction] « avait pris des notes soignées, écrivant mot à mot ce qu'elle avait dit ou s'efforçant de le résumer du mieux possible. Il avait réalisé un certain nombre de rapports internes en se fondant sur ces notes, rapports qui ont été déposés comme pièces au procès. Ses notes manuscrites relatives à ces réunions ont été détruites conformément à la politique, à l'exception de cinq pages concernant la réunion du 29 octobre 1997²⁵ ». Le juge Josephson a de plus fait remarquer que l'agent du SCRS avait souligné « qu'il n'avait pas préparé ses rapports en se disant qu'ils seraient utilisés en cour » et que, bien qu'il ait tenté de résumer et de rapporter les entrevues avec le plus d'exactitude possible, il avait fait un compte rendu sélectif et utilisé ses propres mots et non ceux du témoin important²⁶.

Un second agent du SCRS a interrogé un autre témoin clé, M^{me} E, sans toutefois prendre de notes au même moment. Il [traduction] « n'a pas cherché à reprendre textuellement les propos de M^{me} E dans ses rapports, étant donné que ceux-ci étaient préparés aux fins de collecte de renseignements et non aux fins d'établissement de la preuve²⁷ ». Le juge Josephson a conclu que la destruction

21 Pièce CAA1007 : Gary Bass, note d'information de la Gendarmerie royale du Canada au commissaire, p. 3. Voir également le témoignage de Gary Bass, vol. 87, 3 décembre 2008, p. 11274-11276.

22 *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, p. 123.

23 *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 aux paras. 39-42.

24 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350.

25 2005 BCSC 350 au para. 386.

26 2005 BCSC 350 au para. 386.

27 2005 BCSC 350 au para. 999.

de l'enregistrement des conversations avec M^{me} E constituait « un acte de négligence inacceptable » qui contrevenait aux dispositions de l'article 7 de la *Charte*²⁸. Il a également conclu que la promesse faite à M^{me} E, selon laquelle ses déclarations demeureraient confidentielles, et donc qu'elles ne pourraient être contestées, augmentait la possibilité qu'une question de crédibilité soit soulevée²⁹. Des questions concernant la fiabilité des rapports ont également été soulevées en raison de leur nature incomplète³⁰.

4.2.2 Interprétation de l'article 12 de la *Loi sur le SCRS*

À l'époque de la tenue des audiences de la Commission, le SCRS interprétait l'article 12 de la *Loi sur le SCRS* comme imposant une obligation de conserver les informations dans la seule mesure où cela était strictement nécessaire. Lors de son témoignage, M. Andrew Ellis, directeur général de la Région de Toronto, a correctement énoncé la position officielle du SCRS en ces termes [traduction] : « [n]ous devons nous en remettre à la *Loi sur le SCRS*, et cette loi prévoit que nous ne conserverons les informations que dans la mesure où cela est strictement nécessaire. C'est la balise que nous utilisons constamment pour décider ce que nous conservons ou pas³¹ ».

On peut douter de l'exactitude de cette interprétation. À l'article 12, l'expression « dans la mesure strictement nécessaire » qualifie le terme « recueille ». L'expression *ne* qualifie *pas* les mots « analyse » ou « conserve »³². Une fois les informations recueillies de façon régulière, le SCRS a l'obligation distincte de les analyser et de les conserver, sans que rien ne l'oblige à le faire uniquement dans la mesure où cela est strictement nécessaire. Il serait illogique en effet de n'exiger l'analyse et la conservation que dans la mesure où cela est « strictement nécessaire ».

À l'évidence, la conservation d'informations peut mettre en cause des droits à la protection de la vie privée. Une des préoccupations qui a mené à la création du SCRS était le fait que le Service de sécurité de la GRC détenait des dossiers sur de nombreux Canadiens, dont des personnes ayant des activités politiques et syndicales légitimes ou affichant démocratiquement leur dissidence. Quoi qu'il en soit, [traduction] « la première atteinte à la vie privée est la collecte des informations en soi³³ ». Cette collecte ne devrait se produire que dans la mesure où il est strictement nécessaire d'enquêter sur des « activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la

28 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39.

29 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 aux paras. 1128, 1232.

30 2005 BCSC 350 au para. 1132.

31 Témoignage de Andrew Ellis, vol. 82, le 23 novembre 2007, p. 10537.

32 Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 156.

33 M. Roach ajoute : « Il faut cependant veiller à ce que seules les informations satisfaisant au critère du "strictement nécessaire" soient conservées. On avait le souci légitime, surtout au moment de la création du SCRS, de ne pas conserver les informations qui n'avaient pas obtenues conformément à la norme rigoureuse de la stricte nécessité. » Kent Roach, « Les défis uniques posés par les poursuites relatives aux activités terroristes : la recherche d'une relation harmonieuse entre le renseignement de sécurité et la preuve » vol. 3 des études de recherche : *Les poursuites liées au terrorisme*, p. 376.

sécurité du Canada ». La Cour suprême du Canada a récemment paraphrasé l'article 12 en ces termes : « le SCRS doit acquérir de l'information dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de son mandat, puis analyser et conserver les informations et renseignements pertinents³⁴ ».

Quoi qu'il en soit, le SCRS a modifié sa politique après les événements du 11 septembre. Jim Judd, directeur du SCRS au moment de son témoignage, a dit que le SCRS conserve plus d'informations aujourd'hui, en particulier celles qu'il communique à la GRC. M. Judd a déclaré que, [traduction] « en ce qui concerne les enquêtes antiterroristes, certainement depuis le 11 septembre, la conservation prolongée est d'usage³⁵ ». Des périodes de conservation plus longues sont justifiées, surtout dans les enquêtes antiterroristes, mais il ressort que l'article 12 de la *Loi sur le SCRS* n'aurait jamais dû servir de barrière à la conservation d'informations recueillies de façon régulière, comme les conversations enregistrées de M. Parmar et des notes d'entrevues avec des témoins clés.

4.2.3 Interprétation par la Cour suprême du Canada de l'article 12 de la *Loi sur le SCRS* dans l'arrêt *Charkaoui*

Il n'est désormais plus possible de justifier l'interprétation de l'article 12 à laquelle le SCRS s'en était remis au fil des ans, à la lumière de la décision de la Cour suprême du Canada rendue en 2008 dans *Charkaoui c. Canada*³⁶, soit après la fin des audiences de la Commission. La Cour a critiqué la politique du SCRS qui interprétait l'article 12 comme exigeant la conservation des notes opérationnelles seulement lorsqu'il était possible que « les informations contenues dans leurs notes soient cruciales dans le cadre d'une enquête menée sur une activité illicite de nature grave et qu'ils aient besoin de leurs notes pour se rafraîchir la mémoire avant de relater³⁷ ». La Cour a conclu que cette politique n'était pas compatible avec les termes clairs de l'article 12 et qu'elle ne respectait pas les obligations prévues à l'article 7 de la *Charte* quant à la conservation de documents susceptibles d'être divulgués à une personne visée par un certificat de sécurité délivré en vertu des lois canadiennes sur l'immigration.

La Cour a conclu que « l'art. 12 de la *Loi sur le SCRS*, ainsi que des raisons pratiques exigent que les notes opérationnelles soient conservées par les agents du SCRS lorsqu'ils quittent le domaine de l'enquête générale. En effet, dans tous les cas où le SCRS mène une enquête ciblée sur une personne ou un groupe en particulier, cet organisme peut avoir à remettre cette information à des autorités externes ou à un tribunal³⁸. » Le raisonnement de la Cour était que le

³⁴ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 38.

³⁵ Témoignage de Luc Portelance, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11496-11497; témoignage de Jim Judd, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11875.

³⁶ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

³⁷ La politique du SCRS a été désignée comme étant la politique OPS-217 dont le libellé particulier du paragraphe 3.5 est cité dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 35.

³⁸ 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 43.

terme « renseignements » à l'article 12 « ne devrait pas être limité de manière à n'inclure que les résumés rédigés par les agents » parce que les notes originales constituaient « une meilleure source d'information, *voire de preuve*³⁹ ». La Cour a ajouté qu'il ne faisait « aucun doute, en effet, que les originaux des notes et des enregistrements constituent la *meilleure preuve*⁴⁰ ». Elle a rejeté l'idée que l'article justifie la destruction de renseignements recueillis de façon régulière :

Rien n'indique, dans cette disposition, que le SCRS est tenu de détruire l'information recueillie. Nous sommes plutôt d'avis que l'art. 12 de la *Loi sur le SCRS* lui impose une obligation de conserver ses notes opérationnelles. Pour paraphraser l'art. 12, le SCRS doit acquérir de l'information dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de son mandat, puis analyser et conserver les informations et renseignements pertinents⁴¹.

Cette décision unanime de la Cour suprême discrédite la politique qui a mené à la destruction des enregistrements de M. Parmar.

Lorsque les renseignements auront été recueillis de façon régulière, ils devraient à l'avenir être conservés. Plus particulièrement, les notes et les enregistrements originaux devraient être conservés — vraisemblablement jusqu'à ce qu'ils n'aient plus aucune valeur — étant donné qu'ils constituent la meilleure source de renseignements et la meilleure preuve.

La conservation des renseignements originaux ne signifie pas nécessairement qu'ils seront utilisés lors de poursuites judiciaires ultérieures ou divulgués à la personne ciblée par l'enquête. Il sera toujours nécessaire de démontrer qu'une poursuite criminelle est d'intérêt public. Même lorsque la poursuite est engagée, la divulgation de renseignements ne sera d'aucune façon automatique. Il est loisible au procureur général du Canada de présenter une demande d'ordonnance de non-divulgaration au motif que la divulgation serait plus préjudiciable à la sécurité ou à la défense nationales ou aux relations internationales que la non-divulgaration⁴².

L'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême a confirmé que l'interprétation correcte de l'article 12 de la *Loi sur le SCRS* exige la conservation des renseignements recueillis de façon régulière, notamment parce qu'ils sont aussi susceptibles de constituer la « meilleure preuve⁴³ ». La décision de la Cour, selon laquelle les notes d'entrevue concernant une personne en particulier devraient être

39 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 39 [Italique ajouté].

40 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 49 [Italique ajouté].

41 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 38.

42 *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 38 [*Loi sur la preuve au Canada*]. Ce sujet fait l'objet d'un examen plus approfondi au chapitre VII.

43 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 aux paras. 39, 49.

conservées suivant l'article 12, est également conforme à la décision du juge Josephson qui précisait quant à elle que le SCRS avait le devoir de conserver de telles notes dans l'enquête Air India⁴⁴.

Il serait erroné de limiter l'interprétation donnée à l'article 12 dans *Charkaoui* au seul contexte de l'immigration. La Cour suprême a souligné qu'une importante partie des renseignements relatifs à la sécurité nationale que reçoit la GRC provient du SCRS⁴⁵ et qu'en vertu de l'article 19 de la *Loi sur le SCRS*, celui-ci « peut communiquer de l'information aux agents de la paix, au procureur général du Canada, au procureur général d'une province, au ministre des Affaires étrangères et au ministre de la Défense nationale⁴⁶ ». La Cour a également examiné l'importance de conserver le renseignement brut original en prévision d'éventuelles contestations du refus d'accorder des cotes de sécurité⁴⁷. La Cour a énoncé un principe général qui n'était pas limité aux certificats de sécurité en matière d'immigration :

À notre avis, l'art. 12 de la *Loi sur le SCRS*, ainsi que des raisons pratiques exigent que les notes opérationnelles soient conservées par les agents du SCRS lorsqu'ils quittent le domaine de l'enquête générale. En effet, dans tous les cas où le SCRS mène une enquête ciblée sur une personne ou un groupe en particulier, cet organisme peut avoir à remettre cette information à des autorités externes ou à un tribunal⁴⁸.

L'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême n'aborde pas directement la question de la conservation de renseignements obtenus au moyen de l'écoute électronique autorisée en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*. Cependant, si des notes d'entrevues de personnes susceptibles de témoigner devaient être conservées notamment parce qu'elles pourraient constituer la meilleure preuve, le simple bon sens dicte que les conversations enregistrées de suspects susceptibles d'être accusés de terrorisme devraient également être conservées.

4.2.4 Nécessité pour le SCRS d'établir de nouvelles politiques sur la conservation des renseignements

L'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême n'est pas sans bénéfice pour le SCRS. Une période prolongée de conservation lui permettra en effet de mieux saisir et analyser les conversations interceptées pour déterminer l'étendue d'une menace terroriste, sans se croire tenu de détruire prématurément les renseignements.

Pour des raisons d'ordre pratique et touchant à la vie privée, il y aurait lieu d'établir une politique pour empêcher que les renseignements recueillis par le SCRS ne soient conservés indéfiniment. Une longue période de conservation

⁴⁴ *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39.

⁴⁵ 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 27.

⁴⁶ 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 47.

⁴⁷ 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 39.

⁴⁸ 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 43.

est néanmoins requise. De nombreuses enquêtes nationales, comme celle d'Air India, sont beaucoup plus longues que des enquêtes criminelles habituelles. L'information recueillie à un certain moment peut prendre une tout autre signification des années plus tard et pourrait être requise à titre de renseignement ou de preuve. Par exemple, une personne ne présentant qu'un intérêt limité dans une enquête peut se retrouver au cœur d'une enquête subséquente. La situation des personnes visées dans une enquête peut évoluer et celles-ci peuvent devenir des informateurs des années plus tard. Il est possible que des partenaires étrangers du Canada ne s'intéressent à une personne ciblée que lorsque celle-ci quitte le pays. De telles éventualités militent en faveur d'une période prolongée de conservation.

Lorsque le renseignement a été recueilli de façon régulière – c'est-à-dire s'il a été recueilli dans la mesure strictement nécessaire pour une enquête portant sur des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces pour la sécurité du Canada –, ce renseignement devrait être conservé. On a établi devant la Commission que le SCRS conserve maintenant des renseignements plus longtemps dans certaines enquêtes antiterroristes. Ces périodes prolongées de conservation devraient être la norme.

De façon générale, des informations détenues par le SCRS concernant des cibles précises pourraient être détruites si son directeur certifiait qu'elles ne sont plus liées à des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces pour la sécurité du Canada. Ce critère a comme avantage de dériver de l'article 12 de la *Loi sur le SCRS* dont la portée a été précisée par l'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême. Il pourrait également être opportun de conserver des informations à des fins archivistiques, auquel cas s'impose alors la prise de mesures propres à assurer la protection de la vie privée.

Quant à la durée précise de la période de conservation, il est préférable de laisser au SCRS le soin de la déterminer en consultation avec les autres parties intéressées. Une période de 25 ans ne semble toutefois pas déraisonnable ou problématique aux yeux de la Commission.

L'idée selon laquelle un organisme civil de sécurité pourrait conserver des renseignements susceptibles de s'avérer utiles à la police n'est ni radicale ni dangereuse. Des modifications ont été apportées aux lois britanniques reconnaissant que les services nationaux et étrangers de renseignement devraient être prêts à divulguer des renseignements aux fins de prévention, de détection et de poursuite de crimes graves⁴⁹.

Les politiques du SCRS doivent également prendre en compte la position de la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui* selon laquelle les renseignements recueillis

⁴⁹ *Security Services Act 1989* (UK), 1989, c. 5, art. 2(2)(a); *Intelligence Services Act 1994* (UK), 1994, c. 13, art. 2(2)(a).

concernant une personne ou un groupe particulier doivent être conservés. Il pourrait également être opportun de revoir l'article 21 du protocole d'entente de 2006 conclu entre la GRC et le SCRS. Il y est déclaré que « les deux parties reconnaissent que le SCRS ne recueille pas normalement des informations ou des renseignements pour s'en servir comme preuves⁵⁰ ».

La modification de l'article 12 pourrait être vue comme une autre solution. Cet article a toutefois fait l'objet d'une clarification dans une décision unanime de la Cour suprême et sa modification risquerait de créer à nouveau de l'incertitude quant à l'étendue des obligations du SCRS en matière de conservation des renseignements. De plus, l'actuelle version de l'article 12 établit un équilibre délicat entre les questions de sécurité et les droits à la vie privée en n'autorisant le SCRS à recueillir des informations et des renseignements secrets que « dans la mesure strictement nécessaire » et uniquement sur des « activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada ».

4.2.5 Conditions en matière de collecte de renseignements

Dans la mesure où il devient nécessaire de conserver plus longtemps les renseignements secrets comme l'enseigne l'arrêt *Charkaoui*, il importe de reconsidérer le moment où les renseignements devraient initialement être recueillis. L'article 12 de la *Loi sur le SCRS* a été rédigé à la suite de révélations selon lesquelles le Service de sécurité de la GRC s'était livré à des enquêtes inutiles sur une brochette de dissidents, dont des personnes militant dans divers partis politiques comme le Parti Québécois et le Nouveau Parti démocratique⁵¹. En réponse, la Commission McDonald a recommandé que les activités de l'organisme civil de renseignement dont elle proposait la création soient limitées par un mandat soigneusement défini. De plus, la collecte de renseignements secrets devait être subordonnée au principe selon lequel « [l]e moyen d'enquête utilisé doit être proportionné à la gravité de la menace et la probabilité de sa mise à exécution⁵² ».

L'article 12 reflète les principes de la Commission McDonald prônant un mandat soigneusement défini ainsi que la proportionnalité en matière d'enquêtes et de collecte des renseignements. La disposition prévoit notamment que le SCRS « recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire [des] [...] renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada ».

La Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui* souligne que « le SCRS doit acquérir de l'information dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de son

⁵⁰ Production publique 1374 : protocole d'entente 2006 entre la GRC et le SCRS, para. 21 a).

⁵¹ Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, Deuxième rapport – vol. 1 (Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981), p. 355-374 [*La liberté et la sécurité devant la loi*].

⁵² *La liberté et la sécurité devant la loi*, Deuxième rapport – vol. 1, p. 539.

mandat⁵³ ». Cela signifie que les renseignements ne devraient être recueillis que s'ils sont liés à des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces pour la sécurité du Canada. En vertu de la norme des soupçons raisonnables, l'enquête sur des menaces à l'égard de la sécurité du Canada au sens de la *Loi sur le SCRS* doit être fondée sur des motifs objectifs et précis. Même en présence d'un soupçon raisonnable, il serait de mise que le SCRS applique les principes de proportionnalité et ne recueille des renseignements de sécurité que dans la mesure où cela est « strictement nécessaire ».

Le sens qu'il convient de donner à l'expression « strictement nécessaire » dépendra invariablement de l'enquête, ainsi que de la gravité de la menace et de son imminence, et de préoccupations tout aussi valables que la vie privée et la liberté d'afficher démocratiquement sa dissidence dans le respect de la loi.

Il est possible que certaines informations recueillies de sources électroniques ou humaines ne soient pas liées à des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces pour la sécurité du Canada, ou dont la collecte n'est peut-être pas strictement nécessaire à la conduite d'une enquête sur de telles menaces. Par exemple, ces sources peuvent révéler des informations liées à des transgressions de droit privé ou à des activités licites, qui en soi ne représentent possiblement aucune menace pour la sécurité. Dans d'autres cas, des activités peuvent avoir une certaine pertinence par rapport à une enquête portant sur des menaces à la sécurité du Canada, mais ne devraient pas être au centre de l'enquête en raison des répercussions préjudiciables que cela risque d'entraîner sur la vie privée.

Si de telles informations ont été recueillies par inadvertance, elles ne devraient pas être conservées⁵⁴. L'obligation de conservation découlant de l'article 12 de la *Loi sur le SCRS* ne devrait s'appliquer qu'aux informations recueillies conformément aux dispositions de cet article. Lorsqu'il doit prendre position à cet égard, le SCRS devrait veiller à ne pas détruire des informations susceptibles d'aider l'enquête ou les personnes qu'elle vise. Par exemple, des informations concernant une transgression de droit privé devraient être conservées si elles sont susceptibles d'étayer l'alibi d'une cible.

Dans l'arrêt *Charkaoui* rendu en 2008, la Cour suprême du Canada a établi une distinction de principe entre les enquêtes ciblées et les enquêtes générales. Cette distinction semble être fondée sur l'observation de pur bon sens voulant qu'une enquête ciblée, axée sur une personne ou un groupe en particulier, soit susceptible d'entraîner des conséquences plus graves qu'une enquête générale

⁵³ 2003 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 38.

⁵⁴ L'inspecteur général du SCRS en 1996 a décrit l'approche en ces termes [traduction] : « On s'attend à ce que le SCRS utilise une norme objective, notamment des motifs vérifiables de soupçon, et qu'il les documente. » Il a ajouté que les documents devaient démontrer que « des techniques d'enquête susceptibles de percer des aspects de la vie privée [n'avaient été] utilisées que lorsqu'elles étaient justifiées en raison de la gravité ou l'imminence d'une menace à la sécurité nationale. » Craig Forcese, *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective* (Toronto, Irwin Law, 2008), p. 83.

visant des phénomènes, comme l'extrémisme ou des pays étrangers, qui sont susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale du Canada. C'est cette idée que traduit la Cour lorsqu'elle déclare que « dans tous les cas où le SCRS mène une enquête ciblée sur une personne ou un groupe en particulier, cet organisme peut avoir à remettre cette information à des autorités externes ou à un tribunal⁵⁵ ». Si l'information est remise à des autorités externes, comme la police, des services étrangers ou les tribunaux, le risque de conséquences graves pour une personne s'accroît. Par exemple, l'information concernant une personne en particulier pourrait être utilisée pour lui refuser une attestation de sécurité. Elle est également susceptible de déclencher une enquête criminelle ou de mener à la détention en pays étranger.

Dès lors qu'une personne ou un groupe particulier est visé par une enquête, l'information recueillie au cours de cette enquête devrait être conservée même si elle concerne des personnes qui ne sont pas ciblées. Bien que l'analogie ne soit pas parfaite en ce qu'il s'agissait d'une enquête criminelle, le commissaire O'Connor a conclu qu'il était raisonnable pour la GRC d'enquêter sur Maher Arar en raison de ses liens avec la cible de l'enquête du Projet A-O Canada⁵⁶. Si la GRC a agi de façon raisonnable en recueillant de l'information concernant M. Arar, tout indique que le SCRS, dans l'exercice de son mandat plus large en matière de renseignement de sécurité, serait également justifié de recueillir de l'information concernant une personne s'étant liée à la cible de son enquête dans des circonstances suspectes. Il n'est pas toujours évident, particulièrement dans des enquêtes antiterroristes, d'établir une distinction entre les cibles et les personnes avec qui elles ont des liens.

Dans la mesure du possible, la collecte et la conservation des renseignements devraient être effectuées en portant une attention particulière à leur pertinence, leur exactitude et leur fiabilité ainsi que leurs répercussions sur les droits de la personne et le droit à la vie privée. L'information recueillie conformément au mandat du SCRS et des dispositions de l'article 12 de la *Loi sur le SCRS* devrait être conservée pour deux raisons : elle assure aux personnes un traitement équitable fondé sur une information précise, exacte et vérifiée; elle pourrait s'avérer utile dans des enquêtes légitimes sur la sécurité nationale. La conservation de l'information dans la forme sous laquelle elle a été recueillie permettra d'assurer l'exactitude et la précision de son analyse par les enquêteurs.

De plus, la conservation des données originales est considérée comme une très bonne pratique dans de nombreux domaines, et le SCRS devrait la suivre. Les scientifiques et les spécialistes des sciences sociales conservent leurs données brutes même si le produit final de leur travail consiste en l'analyse et

⁵⁵ 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 au para. 43.

⁵⁶ *Rapport sur les événements concernant Maher Arar – Analyse et recommandations*, p. 19. Le Projet A-O Canada a été lancé à la suite des attentats du 11 septembre en vue d'enquêter sur les activités de Abdullah Almalki. Le projet avait également pour mission d'examiner les indices concernant la menace d'une deuxième vague d'attentats. La portée de l'enquête a subséquemment été étendue avec la réception de nouvelles informations concernant d'autres personnes et activités : *Rapport sur les événements concernant Maher Arar – Analyse et recommandations*, p. 16.

l'interprétation de ces données. Le SCRS devrait conserver les données brutes pour permettre aux enquêteurs et aux personnes ou organismes susceptibles de contrôler leur travail – tels les superviseurs, le CSARS et, à l'occasion, les juges – de vérifier l'exactitude, l'équité et la fiabilité de l'information rendue sous forme de produit final.

4.3 Questions relatives à la protection de la vie privée

La destruction d'enregistrements et de notes originales dans l'enquête Air India et le récent arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême du Canada ont démontré la nécessité de conserver les renseignements bruts. Cependant, cela ne devrait pas servir de prétexte pour revenir à la situation antérieure à la création du SCRS, alors que le Service de sécurité de la GRC fichait des individus participant à des activités politiques ou religieuses légitimes et qu'il effectuait sur eux des enquêtes intrusives.

Une conservation plus étendue et plus longue des renseignements par le SCRS soulève des questions concernant le respect de la vie privée. Stanley Cohen, par exemple, a fait valoir que les dossiers de renseignement peuvent contenir [traduction] « un vaste éventail de renseignements, dont une grande partie n'a pas été filtrée, ainsi que des insinuations, des oui-dire et des spéculations ». Il a ajouté que le fait de recueillir des renseignements détaillés mène « à la création de dossiers et de listes de suspects généralisées »⁵⁷. Ces inquiétudes sont légitimes.

La *Loi sur le SCRS* impose déjà des contraintes pour prévenir ce genre de situation. L'article 12 exige que le SCRS recueille des renseignements concernant des « activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada ». Les « menaces à la sécurité du Canada » sont définies avec soin à l'article 2 de la *Loi*. De la même manière, l'article 12 exige que les enquêtes respectent le critère du « soupçon raisonnable » avant que des renseignements puissent être recueillis. La notion de soupçon raisonnable est reconnue dans d'autres domaines du droit et ce critère s'apparente à celui qu'utilise la police au moment de commencer une enquête⁵⁸. De plus, le SCRS doit respecter des principes de proportionnalité; les renseignements devraient être recueillis dans la seule mesure où ils sont « strictement nécessaires ». L'imposition de ces contraintes devrait faire en sorte que la conservation des renseignements recueillis ne posera pas problème.

Dans certains cas, la conservation des renseignements originaux protégera ceux qui feront ultérieurement l'objet de mesures d'application de la loi ou autres, en ce qu'elle permettra de révéler des inexactitudes dans l'analyse du SCRS ou des irrégularités dans la collecte. Dans d'autres cas, la conservation des renseignements originaux aidera à protéger la sécurité des Canadiens en fournissant des pistes et en révélant des connexions qui n'étaient pas apparentes

⁵⁷ Stanley A. Cohen, *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril* (Markham, LexisNexis, 2005), p. 404 [Cohen, *Privacy, Crime and Terror*].

⁵⁸ Observations finales du procureur général du Canada, Vol. I, para. 381.

lorsque les renseignements ont été recueillis et analysés initialement. Dans tous les cas, la conservation des renseignements originaux permettra de voir à ce que l'important travail d'analyse effectué par le SCRS soit précis et fiable parce qu'il pourra être comparé aux données brutes.

Les pouvoirs de perquisition du SCRS, qui comprennent le pouvoir de mener des activités d'écoute électronique, doivent respecter un critère plus rigoureux que celui de l'article 12 régissant la collecte, l'analyse et la conservation des renseignements. Pour être autorisés à faire une perquisition, les enquêteurs du SCRS doivent en effet *croire* pour des motifs raisonnables, et non simplement suspecter, qu'un mandat est nécessaire pour enquêter sur une menace à la sécurité du Canada. De plus, il faut, selon l'article 21, que d'autres méthodes d'enquête aient été essayées en vain, qu'elles aient peu de chances de succès ou que l'affaire soit urgente.

Il existe également un deuxième niveau de protection de la vie privée. Le SCRS est assujéti à un examen complet de ses activités, ce qui comprend ses politiques et ses pratiques concernant la conservation et l'échange de renseignements. L'inspecteur général du SCRS doit aviser le ministre de la Sécurité publique du Canada si le SCRS s'engage dans des activités opérationnelles non autorisées par la *Loi sur le SCRS* ou qui contreviennent aux instructions ministérielles. Ces instructions, par exemple, limitent les enquêtes dans les secteurs sensibles ainsi que les enquêtes qui amèneraient le SCRS à exercer ses pouvoirs de façon abusive ou inutile⁵⁹. De plus, les certificats de l'inspecteur général sont transmis au Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS), lequel examine les agissements du SCRS et entend les plaintes portées contre lui⁶⁰. Tant dans les examens que lors des audiences portant sur les plaintes de personnes à qui on a refusé une attestation de sécurité, le SCRS devrait se soucier de la précision et de la fiabilité des renseignements qu'il échange avec d'autres services et qui le conduisent à agir. Les examens du SCRS devraient fournir une certaine protection contre la mauvaise utilisation de dossiers de renseignement qui contiennent des données non vérifiées.

La *Loi sur la protection des renseignements personnels*⁶¹ prévoit des protections supplémentaires. Toute communication de renseignements doit être justifiée en vertu d'une des exceptions restreintes, qui comprennent les usages compatibles, l'application de la loi et l'intérêt public⁶². Le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada peut même vérifier et examiner les « fichiers inconsultables » de données détenus par le SCRS.

⁵⁹ *Loi sur le SCRS*, art. 33.

⁶⁰ *Loi sur le SCRS*, art. 34-55.

⁶¹ L.R.C. 1985, c. P-21.

⁶² Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006), p. 320, 480-483 [*Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*]; *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin* (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008), p. 89, 100, 417-419, 463 [*Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin*].

Enfin, les préoccupations touchant la protection de la vie privée sont atténuées en raison de l'usage limité que le SCRS peut faire des renseignements qu'il conserve. Les renseignements détenus par le SCRS sont généralement gardés secrets. S'ils sont transmis à d'autres services, ils devraient, comme le juge O'Connor l'a recommandé, être examinés pour qu'en soient évaluées la pertinence, la fiabilité, l'exactitude et les atteintes possibles au respect de la vie privée, et leur transmission devrait s'accompagner des restrictions ou réserves voulues⁶³.

Recommandation 9:

En conformité avec l'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême du Canada rendu en 2008, le SCRS devrait conserver les renseignements qui ont été dûment recueillis au cours d'une enquête sur des menaces pour la sécurité nationale en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le SCRS*. Le SCRS devrait détruire ces renseignements après 25 ans ou après toute autre période fixée par le législateur fédéral, mais seulement si le directeur du SCRS certifie qu'ils ne sont plus pertinents.

4.4 Article 19 de la *Loi sur le SCRS* et échange d'informations

L'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur le SCRS* constitue une reconnaissance importante du fait que les renseignements recueillis par le SCRS devraient, dans certains cas, être transmis aux policiers et aux procureurs. Cette transmission aurait lieu dans le cas où les renseignements seraient pertinents pour des enquêtes et des poursuites à l'égard de crimes tel le terrorisme qui constituent également une menace à l'égard de la sécurité du Canada. L'alinéa 19(2)a) reconnaît que le mandat du SCRS consistant à enquêter sur les menaces à la sécurité du Canada chevauche le mandat de la police et des procureurs qui est d'enquêter sur les crimes graves, tels que le terrorisme et l'espionnage, et d'en poursuivre les auteurs.

Traduisant l'importance qu'occupe le secret dans les activités d'un service de renseignement, le paragraphe 19(1) établit la règle générale voulant que les « informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées ». Cette règle générale est toutefois restreinte par l'alinéa 19(2)a) :

Le Service *peut*, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1). Il peut aussi les communiquer aux autorités ou personnes suivantes :

- a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents

⁶³ Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations, p. 374.

pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction. [Italique ajouté]

Les alinéas 19(2)b) c) et d) portent sur la communication de renseignements en la possession du SCRS à différents ministres, dont le ministre des Affaires étrangères et le ministre de la Défense nationale. L'ennui avec ces dispositions est qu'elles donnent au SCRS le pouvoir discrétionnaire exclusif de fournir ou non des renseignements à un autre organisme. Ainsi, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, le SCRS peut décider de ne pas communiquer de renseignements au sujet d'un crime.

4.4.1 Pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de communiquer des informations pertinentes à la police conféré au SCRS par l'article 19(2)a)

La preuve indique que le SCRS s'est servi du pouvoir discrétionnaire conféré à l'article 19(2)a), surtout au début de l'enquête sur l'attentat à la bombe, pour éviter de collaborer pleinement avec la GRC. Dans son témoignage devant la Commission, Jacques Jodoin, directeur général, Renseignement sur les communications et Mandats, a confirmé avoir rédigé une note de service indiquant que [traduction] « conformément à l'avis juridique que nous avons reçu concernant l'alinéa 19(2)a), nous ne pouvons accorder à la GRC un accès direct aux transcriptions [des enregistrements des communications de M. Parmar]; nous ne pouvons que leur fournir des pistes d'enquête⁶⁴ ». Merv Grierson, qui a été sous-chef du Contre-espionnage et sous-directeur de l'Antiterrorisme pour la Région de la Colombie-Britannique, a témoigné qu'il y avait eu de fréquentes confrontations entre le SCRS et la GRC au sujet de l'alinéa 19(2)a) au cours de l'enquête⁶⁵.

James (« Jim ») Warren, agent du SCRS à la retraite, a même témoigné qu'il s'était opposé à un programme de liaison entre la GRC et le SCRS parce que cela supplanterait le pouvoir discrétionnaire du directeur de ne pas communiquer de renseignements à la police⁶⁶. Bien que le programme de liaison ait raisonnablement été introduit malgré ces objections, le fait que celles-ci aient été soulevées démontre que le SCRS était réticent à l'idée d'entrer sur le terrain de l'application de la loi, de la divulgation et des tribunaux⁶⁷.

Jack Hooper, ancien sous-directeur au SCRS, a témoigné qu'il pensait que cela équivaldrait à [traduction] « décevoir les attentes du législateur et à retirer au

⁶⁴ Témoignage de Jacques Jodoin, vol. 49, 20 septembre 2007, p. 6056.

⁶⁵ Témoignage de Merv Grierson, vol. 75, 14 novembre 2007, p. 9474-9475.

⁶⁶ Témoignage de James Warren, vol. 48, 19 septembre 2007, p. 5909.

⁶⁷ Concernant l'argument selon lequel le manque de coopération du SCRS dans la période qui a suivi l'attentat à la bombe était davantage lié à des rivalités internes qu'à des différences essentielles à cette époque entre le SCRS à titre de service de renseignement et la GRC à titre de service de police, voir le rapport de J.-P. Brodeur sur l'analyse comparée des cultures de la GRC et du SCRS, p. 191, 202-203.

directeur le pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré⁶⁸ » s'il communiquait des données brutes à la GRC au cours d'une enquête. Par contre, Giuliano Zaccardelli, ancien commissaire de la GRC, a témoigné au sujet des problèmes causés par une divulgation insuffisante :

[Traduction]

Lorsqu'on examine la loi actuelle [*la Loi sur le SCRS*] et l'interprétation qui en a été faite, nous constatons que c'est là que se trouve le problème. La *Loi* et la façon dont elle est interprétée ne permettent pas aux services de remplir leurs mandats de façon efficace lorsque la communication de renseignements est entravée par ce qui, à certains moments, constitue une interprétation très étroite des différents articles qui permettent la circulation des renseignements ou la conservation de certains renseignements, comme il arrive parfois, en particulier avec le SCRS.

Ce mot [« peut »] a causé – est réellement au cœur du problème parce que si on lui donne une interprétation étroite, cela crée les problèmes importants dont il est question – qui ont toujours été au cœur de la question⁶⁹.

4.4.2 Motifs pour lesquels le SCRS tient au pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de fournir des informations pertinentes à la police

Il est important de comprendre pourquoi le SCRS peut souhaiter avoir le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des informations qui seraient utiles aux policiers et aux procureurs. Les préoccupations suivantes, parmi d'autres, pourraient expliquer les motifs qui l'incitent à revendiquer le pouvoir discrétionnaire de ne pas relayer des informations pertinentes à la police :

- des préoccupations concernant le risque de compromettre les agents secrets et les sources du SCRS;
- des préoccupations concernant la préservation de la confidentialité des informations transmises, particulièrement dans des poursuites subséquentes;
- des préoccupations concernant le risque de perturber des enquêtes de renseignement en cours.

Le SCRS a l'obligation légale de ne pas communiquer de renseignements qui pourraient compromettre l'identité de sources confidentielles d'informations

⁶⁸ Témoignage de Jack Hooper, vol. 50, 21 septembre 2007, p. 6221.

⁶⁹ Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11022-11024.

ou l'identité de ses employés du SCRS engagés dans des opérations secrètes. Or, le paragraphe 18(2) prévoit qu'une personne peut fournir des renseignements « dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d) ». Par conséquent, la protection des sources confidentielles et des agents engagés dans des activités secrètes dont il est question à l'article 18 ne constitue pas un obstacle juridique à la communication de renseignements pour l'application de la loi ou dans le cadre de procédures pénales. Malgré tout, le SCRS pourrait craindre que la communication de renseignements compromette l'identité de sources humaines secrètes ou d'agents secrets. Des preuves indiquent que le SCRS donne à ses sources humaines « la garantie absolue que leur identité sera protégée » et le SCRS est d'avis que ces pratiques sont nécessaires pour recruter des sources et pour s'acquitter de son obligation de recueillir des renseignements sur les menaces à la sécurité⁷⁰.

Le SCRS pourrait également refuser de divulguer des renseignements secrets pertinents aux organismes chargés de l'application de la loi par crainte que ces derniers ne disposent pas des attestations sécuritaires, de la formation ou des installations voulues pour assurer la protection des renseignements. Certains renseignements secrets, s'ils sont divulgués par erreur, pourraient mettre la vie d'une source humaine en danger ou compromettre une enquête en cours. Ces préoccupations sont certes légitimes, mais elles ont été largement prises en compte grâce à l'adoption de mesures destinées à assurer la sécurité des EISN (Équipes intégrées de la sécurité nationale) et autres enquêteurs chargés de la sécurité nationale. Les policiers ont également souvent de l'expérience en ce qui concerne les sources humaines secrètes – soit celles qui sont protégées par le privilège relatif aux indicateurs de police.

Le SCRS pourrait également ne pas vouloir communiquer des renseignements à la police par crainte qu'une arrestation policière ne compromette une enquête de la plus haute importance. Luc Portelance, sous-directeur des Opérations au SCRS, a témoigné que le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des renseignements [traduction] « nous donne toute la latitude dont nous avons besoin » pour protéger « certaines enquêtes en cours lorsqu'il n'est absolument pas utile d'informer la GRC. Ce pourrait être dans le domaine du contre-espionnage ou de la contre-prolifération [...] Par conséquent, à mon avis, on ne pourrait certainement pas nous retirer le pouvoir discrétionnaire dont nous disposons actuellement⁷¹. » Le commissaire adjoint de la GRC, Mike McDonell, a convenu avec M. Portelance que, compte tenu du mandat du SCRS, le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des renseignements aux fins d'application de la loi devrait être maintenu.

Le commissaire adjoint McDonell a souligné que le SCRS exerce actuellement son pouvoir discrétionnaire de ne pas transmettre des renseignements pertinents à la police dans [traduction] « un climat d'ouverture et de discussion⁷² ». Nous avons vu, au chapitre II, que la GRC et le SCRS tiennent des rencontres destinées

⁷⁰ *Harkat (Re)*, 2009 CF 204 au para. 31.

⁷¹ Témoignage de Luc Portelance, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11516-11517.

⁷² Témoignage de Mike McDonnell, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12663.

à prévenir les conflits ou à résoudre ceux qui surviennent au cours de leurs enquêtes respectives. Mais cet environnement positif pourrait se détériorer au fur et à mesure que les gens prennent leur retraite ou qu'ils changent d'emploi et que le sentiment d'urgence ayant inspiré les réformes mises en place après le 11 septembre 2001, qui mettaient l'accent sur une plus grande coopération et une plus grande intégration, se dissipe. Comme l'a dit M. Hooper dans son témoignage, [traduction] « en fin de compte, la solution doit être de nature juridique, c'est-à-dire fondée sur la loi, et non sur les relations entre les personnes⁷³ ».

Le risque que la communication de renseignements du SCRS à la police compromette des enquêtes de renseignement en cours est réduit en raison de l'exigence que le procureur général du Canada ou de la province consente à l'engagement de poursuites pour terrorisme⁷⁴. De la même manière, les poursuites sous le régime de la *Loi sur la protection de l'information* ne peuvent être engagées sans l'assentiment du procureur général du Canada⁷⁵. Dans les deux cas, le principe de l'indépendance de la police, qu'on associe à la liberté des policiers d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de déposer des accusations et de faire des arrestations, a été restreint dans le contexte de la sécurité nationale.

La principale raison militant en faveur du pouvoir discrétionnaire du SCRS de ne pas fournir des renseignements à la police ou au procureur est la crainte que les renseignements soient éventuellement divulgués en cour. Dans une série de rapports publiés en 1998 et 1999, le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité a évoqué les préoccupations circulant au sein du SCRS selon lesquelles [traduction] « tous les renseignements communiqués par le Service à la GRC, qu'ils servent ou non d'éléments de preuve au ministère public, sont susceptibles d'être divulgués devant les tribunaux. Toute information communiquée à la GRC, verbalement ou dans une lettre officielle d'autorisation, peut éventer des enquêtes du SCRS. Cela veut dire que même des informations fournies lors de discussions conjointes sur des enquêtes ou à titre de pistes d'enquête sont soumises à des risques⁷⁶. » Les rapports du CSARS ont souligné que les obligations générales énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*⁷⁷ de communiquer tous les renseignements pertinents avaient eu un effet négatif sur l'échange de renseignements entre la GRC et le SCRS.

Chaque fois que le SCRS donne des renseignements à la GRC, il existe un risque que ces renseignements soient divulgués par la suite dans le cadre d'un procès. Cela ne veut pas dire que les renseignements seront toujours divulgués. Les renseignements recueillis dans le cadre d'une enquête policière peuvent ne pas constituer une preuve suffisante pour déposer des accusations criminelles. Même si la preuve est suffisante, le procureur général pourrait ne pas consentir au

⁷³ Témoignage de Jack Hooper, vol. 50, 21 septembre 2007, p. 6247-6248.

⁷⁴ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.24 [*Code criminel*]; *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*, p. 510. Voir également le chapitre III.

⁷⁵ *Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, c. O-5, art. 24.

⁷⁶ Étude du CSARS 1998-04, p. 9.

⁷⁷ *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

dépôt d'accusations de terrorisme⁷⁸. Même si des accusations sont déposées, les renseignements pourraient ne pas être divulgués à l'accusé s'il est décidé qu'ils ne satisfont pas aux critères en matière de pertinence. Même si les renseignements sont pertinents et devraient normalement être divulgués, le procureur général du Canada peut demander une ordonnance de non-divulgaration au titre de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁷⁹ au motif que le préjudice que causerait la divulgation à la sécurité nationale l'emporte sur l'obligation de divulguer. Même si le tribunal conclut que les renseignements doivent être divulgués, le procureur général du Canada peut délivrer un certificat en vertu de l'article 38.13 afin d'empêcher la divulgation des renseignements au motif que ces derniers proviennent d'un organisme étranger, qu'ils ont été obtenus en lien avec un organisme étranger ou qu'ils concernent la défense nationale ou la sécurité nationale. Enfin, le procureur général du Canada peut ordonner l'arrêt d'une poursuite antiterroriste afin d'éviter la divulgation.

La liste des moyens ci-dessus permettant de protéger les renseignements signifie que le SCRS ne devrait pas considérer que le fait de fournir des renseignements à la police équivaut à leur divulgation automatique à l'accusé ou au public lors d'une poursuite. Certes, il existe un risque de divulgation, mais le SCRS perçoit ce risque comme étant plus grand qu'il ne l'est en réalité. Cette erreur de perception rend le SCRS inutilement réticent à fournir des renseignements à la GRC.

4.4.3 Observations sur le pouvoir discrétionnaire du SCRS en matière de communication de renseignements à la police

L'Association des familles des victimes d'Air India a fait valoir que le pouvoir discrétionnaire du SCRS de ne pas communiquer des renseignements devrait être aboli. En résumé, l'association demande que le mot « peut » figurant au paragraphe 19(2) de la *Loi sur le SCRS* soit remplacé par le mot « doit »⁸⁰. Le SCRS serait ainsi *obligé* de fournir des renseignements qu'il a actuellement le *pouvoir discrétionnaire* de communiquer à la police et aux procureurs ou de garder secrets.

Le procureur général du Canada n'a pas recommandé d'abolir ce pouvoir discrétionnaire. Il considère le pouvoir du SCRS comme un aspect essentiel du régime législatif et a prévenu que si la GRC obtenait un accès illimité aux renseignements du SCRS, « des innocents pourraient être entraînés dans une enquête criminelle pour la seule raison qu'ils sont liés à une cible du SCRS⁸¹ ».

Plusieurs personnes ont témoigné au sujet de l'article 19. L'ancien commissaire de la GRC, Giuliano Zaccardelli, a souligné l'importance de la « circulation efficace » des renseignements compte tenu du contexte actuel de la menace :

78 *Code criminel*, art. 83.24.

79 L.R.C. 1985, c. C-5.

80 *Where is Justice?* AIVFA Final Written Submission, Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182, 29 février 2008, p. 97 [conclusions finales de l'AIVFA].

81 Observations finales du procureur général du Canada, Vol. I, para. 222.

[Traduction]

Je sais très bien que l'écrasement de l'appareil d'Air India est l'une des pires tragédies à avoir eu lieu dans le monde; c'est le crime le plus important, ou le plus grave, qui ait jamais été commis au Canada. Il s'agissait par contre d'un événement isolé, alors qu'aujourd'hui, nous devons faire face à une série de menaces. Par conséquent, la nécessité de faire circuler l'information est d'autant plus cruciale. L'information doit être transmise en temps opportun, mais non de manière restrictive, car les risques sont trop grands. Plus le risque est important, plus large doit être l'interprétation des règles de communication des renseignements⁸².

Le commentaire du commissaire Zaccardelli fait ressortir que le risque que les renseignements transmis par le SCRS à la GRC soient ensuite divulgués ne constitue pas le seul risque ou le risque nécessairement le plus important. Il y a aussi le risque que le refus de fournir des renseignements empêche des organismes d'application de la loi d'effectuer des arrestations ou de prendre d'autres mesures susceptibles de prévenir un acte de terrorisme du genre de l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India.

4.4.4 Approche proposée par la Commission concernant la communication d'informations

La meilleure façon de concilier la communication de renseignements à la police et la préservation du secret est d'exiger que le SCRS fournisse des renseignements potentiellement pertinents et utiles aux enquêtes criminelles pour terrorisme soit au service de police et aux procureurs concernés, soit au conseiller à la sécurité nationale (CSN).

Le *statu quo* n'est pas acceptable parce que cela permet au SCRS de décider unilatéralement pour le gouvernement du Canada si des renseignements doivent être transmis ou non à d'autres services. Le *statu quo* comporte le risque que la police et les procureurs puissent ne pas recevoir des renseignements importants susceptibles de les aider dans des enquêtes ou des poursuites pour terrorisme. De plus, cela empêche quiconque au gouvernement du Canada, à l'exception du SCRS, de prendre connaissance des renseignements. Bien que le SCRS doive ultimement rendre des comptes au ministre de la Sécurité publique et qu'il soit assujéti à l'examen de l'inspecteur général et du CSARS, il est peu probable que ces entités soient en mesure de superviser efficacement la façon dont le SCRS exerce son pouvoir discrétionnaire prévu à l'alinéa 19(2)a) de ne pas communiquer des renseignements pertinents.

Le SCRS ne devrait pas bénéficier du pouvoir discrétionnaire résiduel de conserver des renseignements hautement sensibles. Bien que la présente

⁸² Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11024, 11030.

relation entre la GRC et le SCRS semble bonne et qu'elle se traduise par une plus grande transmission de renseignements de la part du SCRS, elle pourrait se détériorer et le SCRS pourrait se servir de son pouvoir discrétionnaire pour fournir moins de renseignements que ne l'exige l'intérêt public.

La faible possibilité que des renseignements soient éventuellement divulgués à un accusé ne devrait pas servir de justification au SCRS pour ne pas transmettre des renseignements pertinents à la police et l'empêcher ainsi de prendre des actions susceptibles d'aider à prévenir des actes de terrorisme. Le fait de permettre au SCRS de ne pas fournir de renseignements à la police par crainte d'une possible divulgation équivaut à une situation où « la queue remue le chien ». La priorité devrait être d'assurer la transmission des renseignements nécessaires à la protection de la sécurité des Canadiens.

D'un autre côté, des problèmes se poseraient si, comme le recommande l'Association des familles des victimes d'Air India, le mot « peut » figurant au paragraphe 19(2) était simplement remplacé par « doit ». Cela forcerait le SCRS à transmettre les informations pertinentes à la police dans tous les cas. Or, comme nous l'avons vu, le SCRS peut avoir des raisons légitimes de s'opposer à la communication d'informations qui concernent des enquêtes, des sources et des méthodes de nature sensible. Les informations pertinentes fournies à la police pourraient être assujetties à des obligations constitutionnelles étendues et devoir ainsi être divulguées à l'accusé. Bien que des mesures puissent être prises pour empêcher une telle divulgation, rien ne garantit leur efficacité. Même le risque en soi de divulgation pourrait compromettre les enquêtes du SCRS et les relations de ce dernier avec les sources et les services de renseignement alliés. Le SCRS pourrait également adopter une vision restrictive du type d'informations s'avérant pertinentes et utiles pour des enquêtes criminelles si on lui demandait simplement de transmettre toutes les informations de cette nature à la police.

L'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur le SCRS* devrait être modifié de sorte que le SCRS soit tenu de transmettre les informations qui « peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives » à une infraction. Cependant, le SCRS devrait conserver un certain pouvoir discrétionnaire et avoir le choix de fournir de telles informations soit à la police et aux procureurs en acceptant le risque d'une divulgation éventuelle, soit au conseiller à la sécurité nationale. Il appartiendrait ensuite au CSN de décider, dans l'intérêt du public, si les informations devraient être fournies à la police ou à un autre service et à quel moment. Le CSN pourrait exiger à tout moment que le SCRS communique l'information à la police, aux procureurs ou à tout autre service.

Cette obligation de communication du SCRS ne devrait porter que sur les informations concernant « les menaces envers la sécurité du Canada » définies

l'article 2 de la *Loi*⁸³. L'obligation de communication serait ainsi limitée aux enquêtes antiterroristes du SCRS, où l'équilibre entre secret et divulgation est le plus délicat.

Ces changements consacraient dans la loi le rôle accru du CSN proposé au chapitre II.

Cette approche à deux voies, suivant laquelle le SCRS fournirait des renseignements pertinents soit directement à la police, soit au CSN, permettrait au SCRS de continuer, comme il le fait maintenant, à augmenter la quantité d'informations sur ses enquêtes antiterroristes qu'il transmet à la GRC. Bon nombre de nouvelles infractions pour terrorisme ont été créées en 2001 et, comme le dit l'arrêt *Charkaoui*, des obligations plus contraignantes ont été imposées au SCRS en ce qui concerne la conservation des renseignements touchant des individus en particulier. Pour ces raisons, le SCRS continuera probablement à fournir à la GRC de plus en plus d'informations à l'égard de ses enquêtes antiterroristes. Il s'agit certes d'une évolution favorable, mais les rapports O'Connor⁸⁴ et Iacobucci⁸⁵ ont tous deux souligné l'importance de traiter les informations transmises avec prudence. La GRC doit tenir compte de son mandat en matière de droit criminel lorsqu'elle reçoit des informations du SCRS et s'assurer de la précision, de la fiabilité et de la pertinence de ces informations.

La Commission comprend les préoccupations du SCRS concernant la possibilité que les informations qu'il fournit à la GRC soient divulgués à la défense. La Commission reconnaît également que certaines enquêtes de renseignement du SCRS sont si délicates que le simple fait de fournir des informations à leur égard à la police et aux procureurs, qui sont soumis à des obligations de communication générales⁸⁶ selon la *Charte*, représente un danger. Même un faible risque que des renseignements sensibles puissent être divulgués publiquement pourrait avoir un effet préjudiciable sur le SCRS et, potentiellement, pour la sécurité des Canadiens. C'est pourquoi le SCRS devrait avoir la possibilité de fournir des informations pouvant être pertinentes pour des enquêtes et des poursuites antiterroristes au CSN plutôt qu'aux organismes chargés d'appliquer la loi et d'engager des poursuites.

La Commission ne peut prédire la quantité d'informations que le SCRS transmettra à la GRC ou au CSN aux termes du régime proposé. La Commission a entendu

83 Ce mandat est lié au terrorisme international et intérieur, ainsi défini : « l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger ». Il serait plus approprié de définir les nouvelles obligations du SCRS en matière de déclaration par rapport à son propre mandat plutôt que par rapport à des concepts qui lui sont moins familiers comme les activités terroristes ou les infractions de terrorisme au sens du *Code criminel*.

84 *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, p. 111.

85 *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin*, p. 75.

86 *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3. Voir au chapitre V l'examen détaillé de la portée de ces obligations en matière de communication.

des témoignages faisant état d'un échange plus soutenu qu'auparavant entre les deux services. Bien qu'il n'ait pas appuyé une modification qui abolirait le pouvoir discrétionnaire du SCRS de ne pas transmettre de renseignements pertinents, Luc Portelance, du SCRS, a témoigné que l'intégration actuelle du SCRS et de la GRC était telle que le pouvoir discrétionnaire de l'article 19 s'appliquait pratiquement comme s'il s'agissait d'une obligation⁸⁷. Henry Jensen, un ancien sous-commissaire des Opérations à la GRC, a également témoigné qu'un protocole d'entente entre la GRC et le SCRS avait par le passé, dans les faits, remplacé l'idée de possibilité (« peut communiquer ») exprimée au paragraphe 19(2) par l'idée d'obligation (« fournira »)⁸⁸.

Tout indique que le SCRS sera plus enclin à transmettre des renseignements directement à la GRC au fur et à mesure qu'il deviendra plus confiant dans les mesures de protection juridiques empêchant la divulgation ultérieure de ces renseignements. La création d'un poste de directeur des poursuites antiterroristes, comme cela a été proposé précédemment, augmentera probablement le niveau de confiance du SCRS, lequel bénéficiera ainsi de l'avis d'experts sur les nombreuses mesures susceptibles d'empêcher la divulgation ultérieure des renseignements fournis à la police.

4.4.5 Rôle du conseiller à la sécurité nationale en ce qui concerne la communication des informations du SCRS

Au moment où il recevrait des informations du SCRS, le conseiller à la sécurité nationale (CSN) déciderait de ce qu'il convient d'en faire. Le SCRS aurait la possibilité de lui expliquer pleinement sa vision des choses au sujet des risques potentiels de leur communication à la GRC ou des risques liés à une utilisation autre telle que le contrôle frontalier ou l'immigration. Cependant, le SCRS n'aurait pas de droit de veto, contrairement à la situation actuelle où il dispose, en vertu de l'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur le SCRS*, du pouvoir discrétionnaire de fournir ou non des informations. Suivant la nouvelle proposition, le CSN aurait le pouvoir ultime de décider si les informations du SCRS devraient être transmises à la GRC. Le CSN devrait agir dans l'intérêt public dans chaque cas et ne serait pas tenu de prendre en compte les intérêts qu'aurait le SCRS à ne pas transmettre des informations à d'autres services. De la même manière, le CSN ne serait pas tenu de servir les intérêts de la GRC en lui permettant d'obtenir des informations pour faciliter une enquête ou une poursuite subséquente.

Dans certains cas, le CSN pourrait conclure que les enquêtes concernant la sécurité nationale doivent continuer sans que les informations du SCRS soient transmises à la police et aux procureurs. Dans de tels cas, la prudence voudrait que le CSN soit tenu régulièrement informé. À certains moments, le CSN pourrait juger qu'il serait approprié de transmettre des informations à la police, aux procureurs ou à d'autres services au Canada ou à l'étranger. Le CSN

⁸⁷ Témoignage de Luc Portelance, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11515.

⁸⁸ Témoignage de Henry Jensen, vol. 18, 7 mars 2007, p. 1650-1651.

pourrait être sélectif et décider que certaines informations du SCRS devraient être communiquées aux autorités frontalières ou aux personnes responsables de la sûreté aérienne, mais non à la GRC.

Si le CSN décidait que des informations du SCRS doivent être fournies à la police et aux procureurs, il les leur communiquerait. Cependant, les principes de l'indépendance et du pouvoir discrétionnaire de la police et de la poursuite empêcheraient le CSN de forcer la police à commencer une enquête ou de forcer les procureurs à déposer des accusations.

Le SCRS devrait être prêt à expliquer au CSN toute décision de lui transmettre des informations liées au terrorisme, à lui plutôt qu'à la police. Bien qu'il soit impossible de prédire quel sera le pourcentage d'informations transmises par le SCRS à la GRC ou au CSN (et ce pourcentage peut changer avec le temps), il est permis de penser que le CSN recevra des informations concernant les affaires les plus difficiles et les plus délicates. Le CSN aurait ainsi une obligation spéciale de demeurer informé concernant ces cas et de demander les avis appropriés.

Les informations fournies par le SCRS au CSN devraient être assujetties à un nouveau privilège juridique lié à la sécurité nationale. Ce dernier s'inspirerait du privilège actuel prévu à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui protège les renseignements fournis en vue d'éclairer les délibérations du Cabinet⁸⁹. Le nouveau privilège s'appliquerait aux documents préparés en vue de leur examen par le CSN ainsi qu'aux délibérations du CSN. Cette question est examinée en détail au chapitre VI.

Au début, le nouveau privilège pourrait inciter le SCRS à fournir davantage de renseignements de sécurité au CSN qu'à la GRC. Néanmoins, le CSN pourrait transmettre ces renseignements à la GRC à n'importe quel moment. Une fois les renseignements du SCRS transmis à la GRC, le nouveau privilège ne s'appliquerait plus.

Recommandation 10:

La *Loi sur le SCRS* devrait être modifiée : elle devrait tenir compte du rôle élargi qu'il est proposé de confier au conseiller à la sécurité nationale et prévoir l'échange accru d'informations avec d'autres organismes.

L'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur le SCRS* devrait être modifié et exiger que le SCRS fasse part des informations pouvant être utilisées dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite à l'égard d'une infraction soit aux organismes compétents chargés d'appliquer la loi ou d'engager des poursuites, soit au conseiller à la sécurité nationale.

S'il reçoit du SCRS des informations concernant une menace pour la sécurité nationale, le conseiller à la sécurité nationale devrait avoir, en tout temps,

⁸⁹ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 39.

le pouvoir de transmettre ces informations aux organismes compétents chargés d'appliquer la loi ou d'engager des poursuites ou encore aux autres autorités compétentes, et ce, en vue de diminuer le plus possible la menace terroriste. Le conseiller à la sécurité nationale devrait décider de l'opportunité de communiquer des renseignements seulement après avoir pris en compte les impératifs concurrents de la divulgation et du secret. Dans tous les cas, la décision devrait s'appuyer sur l'intérêt public, lequel peut différer des intérêts immédiats des organismes concernés.

Les renseignements destinés à assister le conseiller à la sécurité nationale dans ses délibérations, et les délibérations elles-mêmes, devraient être protégés par un nouveau privilège relatif à la sécurité nationale. Il s'agirait d'un privilège générique semblable à celui qui protège l'information destinée à éclairer les délibérations du Cabinet.

4.5 Changement de culture au sein du SCRS : assouplissement par rapport à l'idée de collecte de preuves

Les sections précédentes examinaient la nécessité d'opérer deux réformes importantes : prolonger la période de conservation par le SCRS des renseignements qu'il recueille et modifier l'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur le SCRS* pour abolir l'actuel pouvoir discrétionnaire du SCRS de ne pas fournir des informations pertinentes aux autres services. Cependant, ces seules réformes ne suffisent pas à assurer l'amélioration continue des relations entre le SCRS et la GRC. Le SCRS doit prendre en compte les normes de preuve et de communication de la preuve dans ses enquêtes antiterroristes. Le SCRS doit délaisser le principe selon lequel il ne recueille pas de preuves.

James Warren a témoigné qu'à l'époque de l'enquête Air India, communiquer des renseignements correspondait à « remettre les clés de l'église au diable⁹⁰ ». L'attitude de cette époque ne doit plus être tolérée si le SCRS veut travailler efficacement dans un contexte où la menace peut exiger des arrestations et des poursuites. Les frustrations de la police et des procureurs, dues à la réticence du SCRS de se plier aux exigences en matière de preuve et de communication dans ses enquêtes, ont été exprimées clairement et avec vigueur par James Jardine, le procureur principal dans l'affaire *Reyat*. Ses mots, écrits en 1991, méritent d'être répétés :

[Traduction]

Il est peu utile de recueillir du renseignement purement pour les besoins du renseignement. [...] Je suis d'avis que le SCRS devrait envisager d'élargir ses attributions afin de pouvoir communiquer des informations, des renseignements et des éléments de preuve au service de police compétent, sous

⁹⁰ Témoignage de James Warren, vol. 48, 19 septembre 2007, p. 5839.

une forme qui permettra à ce dernier d'utiliser l'information comme preuve à l'appui de la poursuite. À cette fin, le Service doit régler les questions épineuses liées aux exigences en matière de communication nécessaires à une défense pleine et entière dans le cadre de poursuites criminelles⁹¹.

Selon M^e Jardine, cela exigeait que le SCRS accepte que ses employés aient à l'occasion à témoigner dans des instances criminelles et qu'ils doivent préserver des éléments de preuve en vue de leur éventuelle utilisation devant les tribunaux⁹². En 2008, soit 17 ans plus tard, l'arrêt *Charkaoui*⁹³ de la Cour suprême du Canada est venu appuyer les préoccupations de M^e Jardine.

Les décisions de la Cour suprême, cependant, ne modifient pas instantanément les attitudes ou les politiques opérationnelles en place. Le SCRS doit montrer qu'il accepte pleinement l'incidence de ses enquêtes antiterroristes sur le plan de la preuve et de la communication. Cela ne signifie pas que le SCRS devrait devenir un service de police. Le SCRS doit continuer de recueillir des renseignements en vue d'informer le gouvernement du Canada au sujet des menaces à la sécurité nationale. Cela demeure son mandat. Cependant, le SCRS ne devrait plus ignorer la réalité, à savoir que ses enquêtes antiterroristes chevauchent souvent des enquêtes criminelles et que certains renseignements devront peut-être servir d'éléments de preuve dans un procès.

Au cours de ses premières années d'existence, le SCRS s'est efforcé de différencier les activités du nouveau service de celles de la GRC. Différents rapports du CSARS sur le travail du SCRS ont confirmé l'idée que le SCRS ne recueillait pas de preuves. Le CSARS a également estimé que la frustration de la GRC provenait du fait qu'elle avait mal compris le mandat du SCRS. Par exemple, dans son rapport public sur l'enquête Air India, le CSARS a affirmé ce qui suit :

[À] mesure que l'enquête avançait, les agents de la GRC ont cru bon d'examiner de plus près les dossiers du SCRS concernant certaines cibles extrémistes sikhes. Mandaté pour recueillir des renseignements et non des éléments de preuve, le SCRS était d'abord peu disposé à montrer ses dossiers à la GRC, et du même coup ses méthodes et ses sources, pour qu'elle y puise des preuves. De longues négociations ont eu lieu entre les deux organismes et les dossiers ont finalement été mis à la disposition des enquêteurs de la GRC, mais à des conditions mutuellement convenues concernant l'utilisation ultérieure de l'information.

91 Production publique 10005936: James Jardine, c. r., « The Use of Security Intelligence in Canadian Criminal Proceedings », notes d'allocation pour un séminaire tenu le 3 octobre 1991 à Ottawa, p. 36 [notes de James Jardine sur l'utilisation du renseignement de sécurité dans les instances criminelles au Canada].

92 Notes de James Jardine sur l'utilisation de renseignements de sécurité dans les instances criminelles au Canada.

93 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

Somme toute, nous n'avons rien trouvé qui montre que la GRC se soit vu déraisonnablement refuser l'accès à des informations du SCRS qui auraient pu servir à son enquête sur le désastre⁹⁴.

En 1998, le CSARS est revenu sur le sujet selon lequel le SCRS ne recueille pas de preuves :

[Traduction]

[D]es enquêteurs de la GRC estiment que certaines informations du SCRS sont des preuves vitales pour mener à bien leurs poursuites, mais elles leur sont toutefois interdites à cause des mises en garde dont le Service les assortit. Ils croient aussi que, s'ils les utilisent, celui-ci invoquera les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ce qui pourrait nuire sérieusement à la bonne marche de leurs dossiers. De l'avis du Service, son travail n'est pas de recueillir des éléments de preuve. En raison de cette erreur possible des enquêteurs, certains renseignements ou informations du SCRS pourraient être traités comme tels sans toutefois résister à un examen judiciaire, leur collecte n'étant pas soumise aux mêmes règles applicables en matière de preuve⁹⁵.

Le CSARS a noté que certains agents de la GRC se sont plaints que le SCRS était trop protecteur à l'égard de ses sources humaines, mais il a conclu que le fait de ne pas communiquer des renseignements afin de protéger des informations obtenues par des tiers, des sources humaines ou des méthodes d'opération [traduction] « était conforme à la politique en vigueur au Service » et que cela était clairement énoncé dans un protocole d'entente⁹⁶. Le message envoyé au SCRS était que les frustrations des services de police et des procureurs étaient dues simplement à une mauvaise compréhension du mandat du SCRS.

Le point de vue largement répandu selon lequel le SCRS ne recueillait pas de preuves signifiait également que les règles juridiques de la communication y étaient perçues avec méfiance et suspicion. Wesley Wark a commenté l'arrêt *Stinchcombe* rendu en 1991, qui exigeait que les renseignements pertinents détenus par le ministère public soient divulgués à l'accusé. Selon M. Wark, l'arrêt *Stinchcombe* a eu « pour effet de renforcer l'image propre du SCRS comme organisme de renseignement recueillant des informations de sécurité nationale et non pas des preuves judiciaires. Il risquait d'aggraver les difficultés de la GRC à maintenir le flux de renseignements en provenance du SCRS jugés utiles comme pistes d'investigation⁹⁷. »

⁹⁴ Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, *Rapport annuel 1991-1992*, p. 18, en ligne : <http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/ar_1991-1992-fra.pdf> (consulté le 29 juillet 2009).

⁹⁵ Étude du CSARS 1998-04, p. 9.

⁹⁶ Étude du CSARS 1998-04, p. 6.

⁹⁷ Rapport de W. Wark sur le lien entre le renseignement et la police, p. 186.

La police et les procureurs étaient frustrés par l'attitude du SCRS. En conséquence, la GRC était plus réticente à travailler avec le SCRS. Ainsi s'est développée l'idée, évoquée précédemment dans ce volume, que « moins on reçoit d'informations du SCRS, mieux c'est ». Le CSARS a noté que la Division O de la GRC avait réduit le nombre de ses lettres de demande de communication de renseignements de 90 p. 100, en grande partie du fait que [traduction] « l'arrêt *Stinchcombe* avait fini par transformer les renseignements du SCRS en véritable "pilule empoisonnée" dès qu'une poursuite était engagée⁹⁸ ». La réticence de la GRC à demander des renseignements au SCRS allait de pair avec une relation de plus en plus difficile entre les deux organismes.

Le MI5, l'équivalent du SCRS en Grande-Bretagne, reconnaît qu'il est parfois nécessaire de communiquer des renseignements qui serviront en preuve. Le site Internet du MI5 contient l'affirmation suivante [traduction] : « La participation accrue du Service à des poursuites criminelles signifie que lorsque nous planifions et effectuons des opérations de renseignement susceptibles d'aboutir à une poursuite, nous faisons en sorte de respecter à la fois les exigences du droit de la preuve et celles de l'obligation de communication⁹⁹. » Parallèlement, le système judiciaire a épaulé le MI5 en permettant à ses agents de témoigner sous le couvert de l'anonymat et derrière des écrans, tout en étant soumis au contre-interrogatoire. De la même manière, le MI5 a expliqué comment le juge du procès peut prononcer des ordonnances de non-divulgaration dans les cas où « la communication d'un dossier risque d'être préjudiciable à l'intérêt public en révélant, par exemple, l'identité d'un agent ou une technique d'enquête secrète [...] [C]e sont les tribunaux, et non le Service ou le gouvernement, qui décident en dernier ressort de ce qui doit être communiqué dans une cause en particulier. Même s'il accepte la revendication, le juge réévaluera sa décision tout au long de l'instance¹⁰⁰. » L'exemple de la Grande-Bretagne est instructif. Il démontre comment les services de renseignement de sécurité et le système judiciaire peuvent collaborer pour mieux gérer la relation entre les renseignements qui peuvent être gardés secrets et les éléments de preuve qui doivent être communiqués afin de garantir un procès équitable¹⁰¹.

L'équilibre entre le renseignement et la preuve a été modifié par la *Loi antiterroriste*. La *Loi* a créé plusieurs nouvelles infractions criminelles qui peuvent être commises en appuyant ou en facilitant les activités d'un groupe terroriste ou en y participant – activités qui peuvent avoir eu lieu bien avant la perpétration d'un acte manifeste de terrorisme. L'honorable Bob Rae a soulevé les préoccupations légitimes suivantes dans son rapport :

⁹⁸ Étude du CSARS 1998-04, p. 7.

⁹⁹ Security Service MI5 (Royaume-Uni), « Evidence and Disclosure », en ligne : <<http://www.mi5.gov.uk/output/evidence-and-disclosure.html>> (consulté le 29 juillet 2009) [MI5, « Evidence and Disclosure »].

¹⁰⁰ MI5, « Evidence and Disclosure ».

¹⁰¹ Les preuves d'écoute électronique, cependant, ne sont généralement pas admissibles dans les poursuites en Grande-Bretagne. La question de l'utilisation en preuve d'enregistrements obtenus à l'aide de mandats accordés en vertu de la *Loi sur le SCRS* et de l'équilibre approprié entre les mandats d'écoute électronique en vertu de la *Loi sur le SCRS* et en vertu du *Code criminel* est examinée plus loin dans le présent chapitre.

Si un organisme estime que sa mission n'englobe pas l'application de la loi, il n'est guère étonnant que ses agents estiment qu'il ne leur appartient pas de recueillir des éléments de preuve devant être utilisés au cours d'un procès. Toutefois, à une époque où le terrorisme et ses activités connexes sont clairement des actes criminels, la surveillance de comportements potentiellement violents peut, au bout du compte, être liée au concept d'application de la loi¹⁰².

Le commissaire adjoint Gary Bass a témoigné au sujet de la crainte de la GRC que le SCRS ne soit toujours pas suffisamment à l'écoute des besoins des organismes d'application de la loi. Il a affirmé qu'il [traduction] « y a quelque chose de fondamentalement mauvais dans le processus actuel [...] qui reconnaît que le SCRS n'a pas pour tâche de recueillir des preuves tout en devant apprécier la pertinence d'éléments de preuve en vue de décider s'il est nécessaire de conserver ou non les enregistrements. [...] à mon avis, cela n'a aucun sens¹⁰³. »

Les agents concernés au SCRS devraient recevoir une formation appropriée et des conseils juridiques concernant la communication et la pertinence des renseignements dans les poursuites pour terrorisme. Cela est nécessaire pour compléter les changements proposés dans le présent chapitre concernant l'article 12 de la *Loi sur le SCRS* et la suppression du pouvoir discrétionnaire actuel du SCRS de ne pas fournir de renseignements pour les besoins de l'application de la loi ou de poursuites en vertu de l'alinéa 19(2)a).

Le directeur des poursuites antiterroristes pourrait jouer un rôle de premier plan en renseignant le SCRS sur les règles juridiques régissant la communication de la preuve. Le directeur pourrait également veiller à la continuité des avis juridiques en matière de communication, ce qui n'a pas toujours été le cas et qui peut avoir fait craindre exagérément que les renseignements fournis à la GRC devaient obligatoirement être divulgués à l'accusé. Il est important pour le SCRS de comprendre que la loi prévoit un solide régime de protection des renseignements.

Les instructions permanentes d'opération du SCRS doivent changer pour satisfaire aux exigences en matière de divulgation. Dans ses observations à la Commission, l'Association du Barreau canadien a cité plusieurs cas où le SCRS a continué à détruire des notes prises auprès de sources clés et des notes prises à d'autres rencontres. L'Association a fait remarquer que [traduction] « le fait qu'un service de police ordonnerait que de telles politiques soient suivies constituerait une violation flagrante et délibérée des droits de l'accusé à une défense pleine et entière. Il semble que le SCRS considère ceci comme quelque chose de banal qui est justifié par les intérêts de la sécurité nationale¹⁰⁴. » Dans

102 *Leçons à retenir*, p. 26.

103 Témoignage de Gary Bass, vol. 87, 3 décembre 2007, p. 11284.

104 Association du Barreau canadien, *Submission to the Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182*, avril 2007, p. 18.

sa décision subséquente rendue dans l'affaire *Charkaoui*¹⁰⁵, la Cour suprême du Canada a confirmé que le SCRS avait détruit des notes d'entrevues qui auraient dû être conservées et conclu que les politiques de conservation du SCRS étaient inadéquates.

Certains signes montrent que les dirigeants du SCRS sont bien conscients de la tendance à la communication accrue des renseignements recueillis au cours d'enquêtes antiterroristes. Dans une allocution prononcée en avril 2008, Jim Judd, le directeur du SCRS à l'époque, s'est référé à la « judiciarisation » du renseignement, dans le sens où le renseignement joue un rôle de plus en plus important au sein du processus judiciaire. Il a affirmé ce qui suit :

L'une des conséquences des récentes tendances notées dans les mesures antiterroristes est le nombre croissant de poursuites au criminel qui découlent souvent d'informations recueillies par des services de renseignements et non des organismes d'application de la loi.

Cette situation amène de plus en plus les services de renseignements dans certains États à engager des débats intéressants et importants sur diverses questions juridiques comme la divulgation, les normes de preuve et le témoignage du personnel des services de renseignements dans les poursuites au criminel.

Bien qu'elles n'aient rien d'étonnant ou de nouveau pour les milieux judiciaire ou policier, ces questions peuvent de fait avoir des conséquences sur la conduite des opérations de renseignement. Elles ont aussi parfois suscité des débats intéressants sur la ligne de démarcation entre les organismes d'application de la loi et les services de renseignements¹⁰⁶.

M. Judd a également fait remarquer qu'une variété de facteurs, incluant les instances judiciaires, alimentaient un débat concernant « ce qui est légitimement secret et ce qui ne l'est pas », et que ces changements nous font nous « demander si les régimes législatifs existants sont toujours pertinents »¹⁰⁷.

Jusqu'à aujourd'hui pourtant, le SCRS a semblé vouloir résister au changement. Dans un discours prononcé en 2006, M. Judd a affirmé que « contrairement à la police, il ne cherche pas de preuves en soi (ni ne recueille d'informations selon des normes en matière de preuve) pour accuser des individus et les

¹⁰⁵ 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

¹⁰⁶ Allocution de Jim Judd, directeur du SCRS, à la conférence Global Futures Forum à Vancouver (15 avril 2008), en ligne : <<http://www.csis-scrs.gc.ca/nwsrm/spchs/spch15042008-fra.asp>> (consulté le 29 juillet 2009) [allocution de Jim Judd à la conférence Global Futures Forum]

¹⁰⁷ Allocution de Jim Judd à la conférence Global Futures Forum.

faire condamner devant les tribunaux¹⁰⁸ ». Dans son témoignage devant la Commission, M. Judd a affirmé que [traduction] « l'idée qu'il y a un recoupement important entre les deux mandats des services en matière de terrorisme est grandement surestimée ou exagérée ». Il a affirmé à l'appui de sa position qu'il n'y avait eu que trois cas depuis le 11 septembre où une enquête du SCRS avait coïncidé avec une enquête de police ayant entraîné le dépôt d'accusations¹⁰⁹. Bien qu'il ait qualifié ce recoupement de mineur, il est tout de même significatif, compte tenu du faible nombre de cas où des accusations pour terrorisme ont été déposées au Canada depuis le 11 septembre. Dans un grand nombre de cas où des poursuites pour terrorisme ont été engagées, le SCRS avait mené une enquête ou était en train d'en mener une.

Les commentaires de M. Judd selon lesquels le SCRS ne fait pas la collecte de renseignements en fonction des normes de preuve, jumelés à l'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême¹¹⁰ concernant le caractère inapproprié des politiques de conservation du SCRS, démontrent que le SCRS n'a toujours pas accepté totalement le fait que les renseignements recueillis dans des enquêtes antiterroristes seront parfois communiqués et utilisés comme preuves dans des poursuites pour terrorisme. Voir à ce que le SCRS accepte ce fait revêt une importance certaine puisqu'à l'heure actuelle, les enquêtes en matière de lutte contre le terrorisme accaparent le gros de ses ressources.

Les témoins du SCRS qui ont témoigné devant la Commission semblaient tenir pour acquis que le fait d'empêcher la communication de renseignements et de préserver l'anonymat des sources était le seul moyen de protéger ces personnes vulnérables. M. Hooper a témoigné que [traduction] « la divulgation de l'identité de nos sources au public est très dommageable pour le Service dans le sens où, en définitive, cela affecte notre capacité à effectuer nos tâches efficacement¹¹¹ ». L'inquiétude concernant la capacité du SCRS à fournir des renseignements explique également pourquoi, selon M. Hooper [traduction] « nous défendons avec zèle l'identité de nos sources, qu'elles soient techniques, humaines ou autres¹¹² ».

Le désir du SCRS de protéger les sources humaines vulnérables est compréhensible. Néanmoins, la collecte de renseignements n'est pas une fin en soi. La collecte de renseignements devrait aider à prévenir les actes de terrorisme. Cela exige parfois que des renseignements fournis par des sources secrètes soient transmis à la police et que l'identité de la source soit révélée au cours d'une poursuite.

Le système judiciaire est loin d'être impuissant en ce qui concerne la protection des sources humaines. Comme le montreront les chapitres suivants, les

108 « La transparence et le renseignement », notes pour une allocution prononcée devant le Royal Canadian Military Institute (RCMI) à Toronto (Ontario), Jim Judd, directeur du Service canadien du renseignement de sécurité (28 septembre 2006), en ligne : Service canadien du renseignement de sécurité <<http://www.csis-scrs.gc.ca/nwsrm/spchs/spch28092006-fra.asp>> (consulté le 29 juillet 2009).

109 Témoignage de Jim Judd, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11851.

110 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

111 Témoignage de Jack Hooper, vol. 50, 21 septembre 2007, p. 6217.

112 Témoignage de Jack Hooper, vol. 50, 21 septembre 2007, p. 6217.

informations qui permettraient d'identifier des indicateurs de la police peuvent être protégées en vertu du privilège relatif aux indicateurs de police. De plus, les procureurs peuvent obtenir des tribunaux diverses ordonnances de non-divulgateion.

Bien qu'ils doivent être améliorés et puissent être sources de difficultés, des programmes de protection des témoins sont également offerts. Comme Jean-Paul Brodeur l'a fait remarquer dans un document rédigé pour la Commission, il n'y a aucune raison pour que le SCRS ne soit pas parfaitement au fait des programmes de protection des témoins. Le SCRS devrait reconnaître que son objectif ultime est de protéger les Canadiens et que la collecte de renseignements secrets et l'utilisation de sources humaines secrètes ne sont que des moyens d'arriver à cette fin. En ce qui concerne l'attentat à la bombe d'Air India, M. Brodeur a affirmé que « accorder plus d'importance à la protection des indicateurs qu'au règlement de ce crime monstrueux revient à oublier que l'infiltration est un moyen de protéger le pays et les citoyens. L'infiltration et la protection des indicateurs ne sont pas une fin en soi¹¹³. »

Il faut changer tant la *Loi sur le SCRS* que la culture du SCRS pour vaincre les difficultés posées par les enquêtes sur des activités terroristes qui constituent à la fois une menace à la sécurité nationale et un crime. Il n'est plus approprié que le SCRS continue de s'appuyer sur une conception historique voulant qu'il ne recueille pas de preuves ou qu'il n'y ait que très peu de recoupement entre son travail en matière de lutte contre le terrorisme et le travail de la police. Le temps est venu d'adopter une approche plus moderne de la lutte contre le terrorisme.

4.6 Changement de culture au sein de la GRC : assouplissement par rapport à l'idée qu'il vaut mieux avoir le moins possible d'informations du SCRS

La GRC également doit changer. Des représentants de la GRC ont témoigné au sujet du principe selon lequel « moins on reçoit d'informations du SCRS, mieux c'est ». L'expression qui a été employée à l'occasion lors des témoignages devant la Commission était « moins on en a, mieux c'est », mais il convient de lui laisser son sens premier – une approche minimaliste en architecture et en décoration –, et l'on ne devrait pas la retrouver dans le vocabulaire de la police pour désigner l'attitude à adopter en ce qui concerne l'obtention de renseignements du SCRS.

¹¹³ Rapport de J.-P. Brodeur sur l'analyse comparée des cultures de la GRC et du SCRS, p. 231-232. M. Brodeur explique ceci : « Habituellement, la police n'utilise leurs indicateurs que pendant une courte période, réalise des opérations d'infiltration avec leur aide et n'hésite pas à les faire témoigner devant les tribunaux étant donné qu'elle a mis sur pied des programmes de protection des témoins. Les agences de renseignement de sécurité comme le SCRS organisent peu souvent des opérations d'infiltration car elles n'ont aucun mandat d'application de la loi; elles s'efforcent d'utiliser leurs sources le plus longtemps possible et se donnent beaucoup de mal pour protéger leur identité. », p. 230. Il assimile les pratiques du SCRS concernant l'utilisation à long terme d'informateurs à une tentative à long terme de porter atteinte à un groupe, qui peut conduire à considérer que « les moyens priment sur la fin ».

Le commissaire Elliott, de la GRC, a témoigné que [traduction] « parfois, il est plus approprié pour nous de ne pas savoir certaines choses et je pense que cela fait partie du dilemme. De quelle quantité d'informations devons-nous disposer pour pouvoir agir? Le fait de disposer de renseignements plus précis pourrait donner lieu à une situation où il faudrait décider si les renseignements devraient être communiqués ou non et cette décision pourrait être prise en fonction du fait qu'une poursuite pourrait être gagnée ou engagée¹¹⁴. » Le sous-commissaire de la GRC Mike McDonnell a témoigné au sujet de la façon dont il pouvait compléter les « indices » du SCRS avec ses propres enquêtes afin d'éviter le dilemme que représente la divulgation d'informations fournies par le SCRS¹¹⁵.

S'en tenir à l'idée que « moins on reçoit d'informations du SCRS, mieux c'est » est loin d'être idéal. L'ancien commissaire de la GRC, Giuliano Zaccardelli, a bien cerné le problème en faisant remarquer ceci [traduction] : « nous nous sommes concentrés [davantage] sur la préservation des renseignements pour nous-mêmes plutôt que d'essayer de voir comment nous pouvions les préserver tout en les transmettant à d'autres¹¹⁶. »

Cette philosophie tient également pour acquis que les informations du SCRS ne seront pas assujetties à des demandes de communication si elles ne sont pas transmises à la GRC. Cette présomption est incorrecte. La poursuite contre MM. Malik et Bagri est un exemple de cas où le tribunal a conclu que l'étroite intégration entre le SCRS et la GRC dans l'enquête effectuée par le SCRS faisait en sorte que le SCRS devenait assujetti aux impératifs de communication établis dans l'arrêt *Stinchcombe*. Même si cette décision n'était pas confirmée par un tribunal supérieur, le SCRS serait toujours assujetti aux demandes de l'accusé visant à obtenir des informations importantes. Cela sera le cas même si le SCRS est considéré comme un tiers qui n'est pas lié par les impératifs de communication établis dans l'arrêt *Stinchcombe*¹¹⁷.

L'accusé ne réussira peut-être pas toujours à obtenir la communication des éléments de preuve détenus par le SCRS. Si la demande de l'accusé est accueillie, le procureur général du Canada peut toujours faire valoir ses privilèges et tenter d'obtenir une ordonnance de non-divulgation. Néanmoins, la possibilité réelle que l'accusé obtienne la communication des renseignements détenus par le SCRS donne à penser que l'approche de la GRC consistant à éviter d'obtenir des renseignements du SCRS ne constitue pas un moyen efficace ou fiable de protéger les renseignements. Cela prive également la GRC d'informations importantes. Par conséquent, la philosophie du « moins on reçoit d'informations du SCRS, mieux c'est » doit être abandonnée.

À l'instar du SCRS, la GRC doit devenir plus à l'aise avec la variété d'outils qu'elle peut utiliser pour éviter la divulgation des renseignements. La GRC doit devenir plus sensible aux préoccupations du SCRS au sujet du caractère

¹¹⁴ Témoignage de William Elliott, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11814.

¹¹⁵ Témoignage de Mike McDonnell, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12635.

¹¹⁶ Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11037.

¹¹⁷ Voir l'examen des arrêts *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 et *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 au chapitre V.

secret des renseignements et de la responsabilité qui lui incombe de recueillir du renseignement sur les menaces terroristes au Canada. La GRC et le SCRS devraient être en mesure d'obtenir des avis juridiques de qualité concernant les questions de communication des renseignements.

La GRC devrait conserver l'initiative en ce qui concerne les enquêtes antiterroristes lorsqu'il y a des preuves d'actes criminels. Comme nous l'avons vu précédemment, la *Loi antiterroriste* a défini le stade où naît le crime en créant des infractions liées au financement ou à la préparation d'actes terroristes et à diverses formes de participation à des activités de groupes terroristes, crimes qui ont lieu avant que l'acte terroriste lui-même soit commis.

Le SCRS ne devrait pas détruire les renseignements et, lorsque c'est possible, il devrait les recueillir de manière à ce que les normes de preuve soient respectées. Cependant, la police devrait demeurer le principal service responsable de recueillir des preuves destinées à être utilisées devant les tribunaux. La police a l'expérience et les politiques internes lui permettant de s'assurer que les preuves sont recueillies de sorte qu'elles soient admissibles en cour. Le fait de conférer le rôle principal à la police présente un avantage additionnel, soit sa capacité de déjouer les complots terroristes, si nécessaire, par des arrestations et d'autres mesures d'application de la loi.

Recommandation 11:

Dans la mesure du possible, le SCRS devrait se conformer aux exigences en matière de preuve et de communication lors de ses enquêtes antiterroristes, afin de faciliter l'utilisation du renseignement dans le processus judiciaire criminel.

4.7 Utilisation des informations recueillies par le SCRS dans un procès criminel : article 21 de la *Loi sur le SCRS*

L'écoute électronique et les sources humaines sont les deux moyens les plus importants pour enquêter sur les complots terroristes. L'article 21 de la *Loi sur le SCRS* met en place un régime de mandats permettant au juge de la Cour fédérale saisi du dossier de décerner un mandat en vue d'intercepter des communications, des documents et d'autres informations pertinentes. Pour obtenir ce mandat, il doit y avoir des motifs raisonnables de croire que la fouille est nécessaire pour permettre au SCRS d'enquêter sur une menace pour la sécurité du Canada ou d'accomplir ses obligations en application de l'article 16 de la *Loi*¹¹⁸. De plus, le juge doit être convaincu que les autres moyens d'enquête ne sont pas pratiques.

Le procureur général du Canada a fait valoir que l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* contenait les mêmes normes de « motifs raisonnables » que celles que l'on applique généralement aux demandes de mandat présentées en vertu du *Code criminel*. Cette affirmation est juste en soi, mais cela n'est pas suffisant.

¹¹⁸ L'article 16 autorise le SCRS, dans certaines circonstances, à recueillir des renseignements au sujet d'États étrangers, de ressortissants étrangers ou de sociétés étrangères.

La condition première pour la délivrance d'un mandat en vertu du *Code criminel* exige que le souscripteur de l'affidavit ait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise. Le souscripteur d'un affidavit présenté en vue d'obtenir un mandat en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* doit simplement avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au SCRS de faire enquête sur des menaces à la sécurité du Canada. Le souscripteur de l'affidavit n'a pas à avoir un motif raisonnable de croire qu'une infraction a été ou sera commise. Le mandat accordé en vertu de l'article 21 peut concerner quelqu'un qu'on soupçonne raisonnablement d'être lié à une menace terroriste ou autre à la sécurité du Canada, même si aucune infraction n'est précisée. Pour cette raison, il est probable que le SCRS aura moins de difficultés à obtenir un tel mandat qu'un mandat en vertu du *Code criminel* aux premiers stades d'un complot terroriste.

Il y a eu peu de procès criminels où l'on s'est servi de renseignements obtenus à l'aide de mandats délivrés en vertu de l'article 21. Lors de son témoignage, l'honorable Bob Rae a appelé cette situation le [traduction] « dilemme renseignement-preuve » : « Comment faire pour que ces renseignements et ces preuves se retrouvent dans les mains d'un juge sans mettre en péril l'ensemble de l'opération de renseignement, qui est secrète de par sa nature même [...] et qui s'appuie parfois sur des sources matérielles, comme un enregistrement, ou sur des sources vivantes, c'est-à-dire des êtres humains, vous savez, le fameux "humint" – le renseignement humain, et comment assurer la transition » et passer du renseignement à la preuve¹¹⁹?

En 1987, dans l'affaire *Atwal*¹²⁰, la Cour d'appel fédérale, dans un jugement à 2 contre 1, a décidé que le régime de l'article 21 était compatible avec le droit, garanti à l'article 8 de la *Charte*, d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Les juges majoritaires ont souligné que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Hunter c. Southam*¹²¹, avait laissé ouverte la possibilité que les motifs pour délivrer un mandat dans des affaires de sécurité nationale pouvaient être en rupture avec les exigences du droit criminel, à savoir qu'une allégation voulant qu'un crime ait été commis ou qu'il le sera doit s'appuyer sur des motifs raisonnables et probables. Par conséquent, le fait que le critère des motifs raisonnables énoncé à l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* se rapportait à la possibilité d'une menace à la sécurité nationale était, pour les juges majoritaires, suffisant pour respecter les droits garantis par la constitution.

Bien qu'il date de plus de 20 ans, l'arrêt *Atwal* de la Cour d'appel fédérale joue toujours un rôle dominant. Il étaye la proposition voulant que, dans les cas appropriés, le gouvernement puisse utiliser en preuve des renseignements recueillis à la suite d'une fouille effectuée en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*.

¹¹⁹ Témoignage de Bob Rae, vol. 6, 4 octobre 2006, p. 554-555.

¹²⁰ *R. c. Atwal* (1987), 36 C.C.C. (3^e) 161 (C.A.F.).

¹²¹ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Dans ses observations à la Commission, la Criminal Lawyers Association s'est prononcée contre l'utilisation accrue des renseignements de sécurité comme éléments de preuve dans les affaires criminelles en raison des préoccupations concernant la fiabilité des renseignements et l'absence de contrôle judiciaire¹²². Cependant, les préoccupations concernant la fiabilité ne s'appliquent pas aux conversations enregistrées et aux preuves tangibles ayant été saisies. Pour ce qui est du contrôle judiciaire, la défense peut faire valoir que l'admission en preuve du résultat d'une perquisition effectuée en vertu de l'article 21 serait contraire à la *Charte*. Il ne s'agit pas d'une forme habituelle de contrôle judiciaire, mais une sorte d'examen du bien-fondé du mandat.

À l'heure actuelle, une tentative d'utilisation des éléments recueillis en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* comme preuves dans un procès criminel doit s'accompagner d'une communication à l'accusé. C'est-à-dire que l'État doit divulguer l'affidavit utilisé pour obtenir le mandat. L'affidavit contient généralement beaucoup de renseignements concernant les sources du SCRS, ses méthodes et ses enquêtes en cours.

Cependant, la divulgation ne serait pas inévitable. Le gouvernement pourrait retirer de l'affidavit les renseignements susceptibles de révéler l'identité d'une source humaine confidentielle ou d'un agent secret. De plus, le procureur général pourrait demander une ordonnance de non-divulgation en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada* au motif que le préjudice à la sécurité nationale ou à un autre intérêt public qui découlerait d'une divulgation serait plus grand que celui causé par la non-divulgation à l'accusé¹²³.

La communication à un accusé des éléments utilisés pour obtenir le mandat d'écoute électronique du SCRS serait cependant requise à l'heure actuelle dans un procès criminel. Aucun élément supprimé de l'affidavit dans le but de protéger des secrets ne pourrait servir à étayer la constitutionnalité du mandat et de la perquisition. Un affidavit pourrait avoir été tellement expurgé dans le but de protéger des méthodes, des sources ou des renseignements secrets qu'il ne contiendrait plus suffisamment d'informations pour prouver la légalité ou la constitutionnalité du mandat. Cela dit, selon les règles de preuve actuelles, rien n'empêche l'utilisation, dans un procès criminel, d'informations obtenues à l'aide d'un mandat délivré en vertu de la *Loi sur le SCRS*.

Nous l'avons dit, la surveillance électronique et les sources humaines sont d'une importance capitale pour enquêter sur les complots terroristes tels que celui qui visait à faire exploser le vol Air India 182. Dans certains cas, les enregistrements autorisés en vertu de l'article 21 peuvent révéler des preuves concernant des complots criminels ou à propos des nouveaux crimes liés au financement ou la préparation d'activités terroristes, à la participation à une activité d'un groupe terroriste ou au fait de charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste.

¹²² Submissions of the Criminal Lawyers Association, février 2008, p. 13-33.

¹²³ *R. c. Atwal* (1987), 36 C.C.C. (3^e) 161 aux paras. 189-192 (C.A.F.).

Le SCRS devrait conserver les enregistrements parce qu'ils permettent d'obtenir les renseignements les plus précis et, peut-être, les meilleures preuves. Les notes explicatives d'un analyste qui a écouté les enregistrements ne sont pas suffisantes. Il existe une autre raison de conserver les enregistrements. Ceux-ci peuvent devoir être réexaminés à la lumière de nouvelles circonstances, même lorsqu'ils ne sont utilisés qu'à titre de renseignements.

4.7.1 Rôle important et étendu de la surveillance électronique en vertu des dispositions du *Code criminel* dans les enquêtes pour terrorisme

La *Loi antiterroriste* a créé plusieurs nouveaux crimes concernant le financement et la préparation d'actes terroristes ainsi que la participation à une activité d'un groupe terroriste. Ces crimes peuvent être commis longtemps avant un acte manifeste de terrorisme et permettent donc de recourir beaucoup plus tôt aux mandats de la partie VI du *Code criminel* ainsi qu'aux mandats plus courants de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*.

Les motifs invoqués pour délivrer un mandat en vertu du *Code criminel* diffèrent de ceux devant être invoqués pour la délivrance d'un mandat en vertu de la *Loi sur le SCRS*. Un mandat peut être délivré en vertu du *Code criminel* s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise et que l'interception fournira la preuve de cette infraction. Un mandat peut être délivré en vertu de la *Loi sur le SCRS* sur la seule base qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un mandat est nécessaire pour permettre au SCRS d'enquêter sur une menace potentielle à la sécurité du Canada.

Du fait des modifications apportées à la *Loi antiterroriste* en 2001, les mandats délivrés en vertu de la partie VI du *Code criminel*, lorsque les conditions nécessaires sont remplies, possèdent certains avantages comparativement aux mandats délivrés en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*. En effet, contrairement à ce qu'exige l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*¹²⁴, la délivrance d'un mandat relatif à une infraction de terrorisme en vertu du *Code criminel* n'exige pas qu'il soit démontré que d'autres méthodes d'enquête telles que la surveillance, l'emploi d'indicateurs, d'agents d'infiltration et de mandats de perquisition normaux ne seraient pas efficaces ou pratiques¹²⁵.

La durée des mandats délivrés en vertu du *Code criminel* et les délais impartis pour aviser les personnes faisant l'objet d'une interception ont été étendus de manière importante par la *Loi antiterroriste*, rendant ainsi les mandats délivrés en vertu du *Code criminel* plus utiles pour les enquêtes concernant des infractions liées au terrorisme. Tout comme les mandats délivrés en vertu de la *Loi sur le SCRS*, les mandats délivrés en vertu du *Code criminel* à l'appui d'enquêtes antiterroristes ont une durée de validité d'un an¹²⁶. Cependant, les personnes faisant l'objet d'une interception autorisée en vertu du *Code criminel* doivent éventuellement être avisées de l'intrusion dans leur vie privée, bien que le *Code*

¹²⁴ *Loi sur le SCRS*, art. 21(2)b).

¹²⁵ *Code criminel*, art. 186(1.1). Veuillez noter que l'« infraction de terrorisme » est définie à l'article 2.

¹²⁶ *Code criminel*, art. 186.1.

criminel permette de retarder la notification jusqu'à trois ans dans les affaires de terrorisme¹²⁷. En revanche, aucun avis n'est nécessaire dans le cas d'une interception autorisée en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*. Étant donné que le fait d'aviser une cible est susceptible d'affecter la viabilité d'une enquête de renseignement pouvant très souvent durer plus de trois ans, l'obligation d'aviser peut souvent inciter à demander un mandat en vertu de la *Loi sur le SCRS* plutôt qu'en vertu du *Code criminel*.

L'accès aux mandats de la partie VI pour les enquêtes effectuées aux premiers stades d'infractions de terrorisme planifiées que permet par la *Loi antiterroriste* signifie que les discussions portant sur la gestion de la menace entre le SCRS et la GRC devraient avoir lieu plus tôt qu'auparavant. Si ces discussions entraînent un recours accru à la surveillance électronique en vertu du *Code criminel*, la coopération entre les deux organismes devra commencer plus tôt et devra être plus étroite et mieux coordonnée qu'auparavant.

Nous avons vu au chapitre II le rôle important que joue l'Équipe de gestion mixte (EGM) de la GRC et du SCRS. Une des tâches de l'EGM devrait être de discuter formellement du choix des cibles du SCRS et de la GRC dans leurs enquêtes antiterroristes. Au cours de ces discussions, une attention particulière devrait être portée aux mérites comparatifs de l'obtention d'un mandat en vertu du *Code criminel* ou en vertu de la *Loi sur le SCRS*.

4.7.2 Surveillance électronique à l'extérieur du Canada

Comme le terrorisme comporte souvent une dimension internationale, il arrive régulièrement que les cibles des enquêtes menées par le Canada effectuent des voyages à l'étranger. Dans une décision rendue après les audiences publiques de la Commission, la Cour fédérale a conclu que les mandats délivrés en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* ne permettaient pas les perquisitions ou la surveillance électronique à l'extérieur du Canada. L'affaire concernait 10 personnes ayant fait l'objet de mandats délivrés en vertu de l'article 21 et qui avaient quitté le Canada pendant la période de validité des mandats¹²⁸. Dans de telles circonstances, le Canada doit compter sur un service de renseignement étranger pour effectuer la surveillance. Bien qu'il arrive que cet arrangement fonctionne bien, les services de renseignement étrangers n'auront pas toujours les mêmes priorités ou n'utiliseront pas toujours les mêmes méthodes que le SCRS.

Il existe d'autres façons de surveiller des suspects qui quittent le Canada, telle la possibilité d'obtenir une autorisation ministérielle en vertu de la *Loi sur la défense nationale*¹²⁹ autorisant le Centre de la sécurité des télécommunications (CST) à recueillir des renseignements étrangers à l'aide de l'infrastructure de communications mondiale.

¹²⁷ *Code criminel*, art. 196(1), (5).

¹²⁸ *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 301, 4 R.C.F. 230 au para. 54.

¹²⁹ L.R.C. 1985, c. N-5, art. 273.65.

Le recours au CST n'est pas un substitut satisfaisant à l'élargissement des pouvoirs du SCRS. Tout d'abord, le CST n'est pas autorisé à exercer des activités de surveillance sur des Canadiens. Ensuite, on peut douter que le régime soit compatible avec les normes constitutionnelles puisque l'écoute électronique est effectuée en vertu d'une autorisation ministérielle et non d'un mandat décerné par un juge. De plus, la *Loi sur la défense nationale* exige que les communications privées soient conservées uniquement si elles sont essentielles aux affaires internationales, à la défense ou à la sécurité¹³⁰. Cette restriction mène à la destruction de plus de renseignements bruts que ce qui serait le cas en vertu de la norme qui s'applique au SCRS, selon la définition de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui*¹³¹. Pour ces raisons, le recours au CST ne représente pas une solution de rechange adéquate à la modification de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* pour permettre les activités de surveillance à l'étranger.

L'Association des familles des victimes d'Air India s'est dite préoccupée par les failles pouvant résulter de l'incapacité à effectuer la surveillance électronique des cibles qui quittent le Canada¹³². Cela est indubitable, mais il est impossible de trouver les solutions appropriées sans soulever des questions complexes de droit international, de coopération internationale et de capacité technique que la Commission n'a pas pleinement examinées puisqu'elles ne faisaient pas partie de son mandat. La Commission estime que le gouvernement du Canada doit prendre cette question en compte dans un futur proche. Il semble préférable d'intégrer ces activités de surveillance dans le mandat du SCRS plutôt que de créer un service séparé ayant pour mandat de mener des enquêtes à l'extérieur du Canada.

4.7.3 Conciliation entre secret et communication dans le cas de la contestation des mandats : la solution actuelle de la révision

La divulgation de l'affidavit sous-jacent est nécessaire lorsque la poursuite utilise des éléments de preuve obtenus à l'aide d'un mandat de surveillance électronique délivré en vertu du *Code criminel*. Le *Code criminel* permet la révision, ou l'expurgation, de l'affidavit avant qu'il ne soit communiqué afin de protéger un vaste éventail d'intérêts publics auxquels la divulgation pourrait porter atteinte. Ces intérêts incluent la confidentialité de l'identité d'un informateur, des informations au sujet d'enquêtes en cours, des informations qui pourraient mettre en danger ceux qui pratiquent des techniques secrètes de collecte de renseignements et des informations qui pourraient causer un préjudice à un innocent¹³³.

Le *Code criminel* permet la communication de résumés judiciaires de l'affidavit plutôt que l'affidavit au complet. Cependant, le juge doit ordonner une communication plus complète des renseignements figurant dans l'affidavit, à la demande de l'accusé, s'il est convaincu qu'un résumé judiciaire ne permettrait pas à l'accusé de présenter une défense pleine et entière¹³⁴. Dans certaines

130 *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 273.65(2)d).

131 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

132 Conclusions finales de l'AIVFA, p. 92.

133 *Code criminel*, art. 187(4).

134 *Code criminel*, art. 187(7).

circonstances, l'accusé peut également avoir le droit de contre-interroger la personne qui a confirmé la véracité des renseignements figurant dans l'affidavit.

Le processus de révision, ou d'expurgation, des affidavits avant divulgation peut prendre du temps. De plus, cela crée une base artificielle sur laquelle déterminer la légalité et la constitutionnalité du mandat parce que les éléments qui figuraient dans l'affidavit et qui en ont été retirés sans avoir été communiqués à l'accusé ne peuvent être utilisés par le ministère public pour prouver la validité du mandat. Cela est justifié. Les éléments qui ne sont pas communiqués à l'accusé ne peuvent généralement pas être contestés.

Le processus peut protéger des secrets importants, mais le prix à payer est souvent élevé puisqu'il est alors difficile pour le gouvernement de justifier la délivrance même du mandat. Ce processus qui oblige à défendre un mandat sans faire référence aux éléments de preuves expurgés pour protéger des secrets a mené à l'effondrement d'au moins une poursuite pour terrorisme au Canada. Dans *R. c. Parmar*,¹³⁵ une poursuite contre Talwinder Singh Parmar et d'autres coaccusés a échoué parce que le ministère public a décidé de ne pas communiquer des renseignements figurant dans un affidavit qui auraient révélé l'identité d'un informateur confidentiel. Dans cette affaire, l'informateur avait refusé que son nom soit dévoilé et avait également refusé de se prévaloir d'un programme de protection des témoins. Le ministère public était incapable de justifier la délivrance du mandat d'écoute électronique en vertu du *Code criminel* sans se référer à des éléments de preuve qui auraient révélé l'identité de l'informateur. Par conséquent, la cour a conclu que le mandat était illégal. À l'époque, le *Code criminel* exigeait l'exclusion des enregistrements obtenus illégalement, et la poursuite a donc été abandonnée.

Si une affaire similaire survenait aujourd'hui, les enregistrements seraient peut-être admissibles en preuve au procès. Même si l'affidavit révisé ne justifierait plus la délivrance du mandat, le ministère public pourrait faire valoir que les fruits du mandat inconstitutionnel et illégal devraient être recevables parce que leur admission ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, selon le critère applicable en vertu du paragraphe 24(2) de la *Charte* pour faire écarter la preuve obtenue par écoute électronique.

La présente approche visant à concilier communication et secret comporte un processus de révision, ou d'expurgation, utilisé pour la première fois dans l'affaire *Parmar*. Bien qu'il soit équitable pour l'accusé, ce processus affaiblit la position du ministère public qui doit défendre le mandat. Comme cela est recommandé pour la *Loi sur le SCRS*, la procédure actuelle du *Code criminel* devrait être modernisée afin d'inclure de meilleures façons de concilier les impératifs concurrents de la communication et du secret, tout en permettant une contestation effective du mandat.

¹³⁵ (1986) 34 C.C.C. (3^e) 260 (Ont. H.C.J.); (1987) 37 C.C.C. (3^e) 300 (Ont. H.C.J.); (1987) 31 C.R.R. 256 (H.C.J. Ont.). Cette affaire est examinée dans le rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes.

4.7.4 Recours à des avocats spéciaux dans les instances de contestation des mandats délivrés en vertu de la *Loi sur le SCRS* et du *Code criminel*

Une approche différente de la communication peut permettre la contestation de la légalité et de la constitutionnalité du mandat tout en faisant en sorte que l'accusé et le public n'aient pas accès à des renseignements hautement sensibles. Cette approche nécessite qu'un avocat spécial disposant d'une habilitation de sécurité ait un accès complet à l'affidavit non expurgé utilisé pour obtenir le mandat ainsi qu'à tous les autres renseignements pertinents. L'avocat spécial pourrait représenter les intérêts de l'accusé en contestant le mandat et en demandant l'exclusion des éléments de preuve obtenus en vertu du mandat, sans divulguer des renseignements sensibles à l'accusé et au public.

Les avocats spéciaux sont des avocats disposant d'une habilitation de sécurité qui reçoivent accès à des éléments de preuve secrets dont la personne visée ne peut pas prendre connaissance et qui représentent les intérêts de cette personne. Les avocats spéciaux ne peuvent pas divulguer les éléments de preuve ou en discuter avec l'accusé ou une autre personne. La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹³⁶ fournit un précédent. Elle a été modifiée en vue de créer le régime des avocats spéciaux en réponse à l'arrêt *Charkaoui c. Canada*¹³⁷, où la Cour suprême, en 2007, a conclu que l'impossibilité de contester les éléments de preuve secrets utilisés dans les affaires de certificats de sécurité constituait une atteinte injustifiée à l'article 7 de la *Charte*. Ce régime ne s'applique actuellement qu'aux instances d'immigration, mais la Cour fédérale a nommé des *amici curiae* disposant d'une habilitation de sécurité pour apporter un concours similaire dans des instances engagées en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹³⁸. Deux commissions parlementaires ayant mené des examens de la *Loi antiterroriste* ont recommandé que des avocats disposant d'une habilitation de sécurité puissent participer à l'instance pour que les éléments de preuve secrets dont l'accusé n'a pu prendre connaissance puissent être contestés¹³⁹.

Les avocats spéciaux pourraient jouer un rôle important pour tester la validité des mandats délivrés en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* ou de la partie VI du *Code criminel*. On pourrait y recourir dans des affaires de terrorisme s'appuyant sur des renseignements confidentiels qui, s'ils étaient communiqués à l'accusé, pourraient faire obstacle aux enquêtes en cours, révéler des méthodes

¹³⁶ L.C. 2001, c. 27. La modification a été introduite par la L.C. 2008, c. 3. Une contestation en vertu des articles 2 et 7 de la *Charte* à l'égard des restrictions concernant le pouvoir des avocats spéciaux de communiquer des renseignements secrets après en avoir pris connaissance a été rejetée au motif qu'elle était prématurée : *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, 331 R.C.F. 301.

¹³⁷ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

¹³⁸ *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 46, 54 C.R. (6^e) 76; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2008 CF 560; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807.

¹³⁹ Chambre des communes du Canada, Rapport final du Comité permanent de la sécurité publique et nationale, Sous-comité sur la revue de la *Loi antiterroriste, Droits, restrictions et sécurité : un examen complet de la loi antiterroriste et des questions connexes*, mars 2007, p. 81, en ligne : Parlement du Canada <<http://www2.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/391/SECU/Reports/RP2798914/sterrp07/sterrp07-f.pdf>> (consulté le 30 juillet 2009); Sénat du Canada, *Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, février 2007, p. 42, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/Com-f/anti-f/rep-f/rep02feb07-f.pdf>> (consulté le 30 juillet 2009).

d'enquête confidentielles ou l'identité d'informateurs confidentiels ou encore violer des promesses faites à des tiers de ne pas révéler l'identité d'informateurs confidentiels.

Certains groupes ont mis en garde contre l'accroissement du recours à des avocats spéciaux. Tant l'Association du Barreau canadien que la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ont appuyé le recours à des avocats spéciaux dans des instances engagées en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, mais elles ont mis en garde contre leur utilisation dans d'autres instances et aussi contre d'autres règles spéciales dans des instances criminelles. La Criminal Lawyers Association a fait valoir que les règles actuelles en matière de communication de la preuve protègent adéquatement les droits des accusés.

La défense pourrait ne pas voir d'un bon œil l'arrivée d'avocats spéciaux dans les procès criminels sur le fond parce que ceux-ci ne participent que d'une façon limitée au procès. Cependant, dans *R. c. Pires*; *R. c. Lising*, la Cour suprême a reconnu que les instances où l'on cherche à contester la légalité et la constitutionnalité d'un mandat et à faire exclure la preuve obtenue par suite d'une perquisition diffèrent d'un procès criminel portant sur le fond de l'allégation. Le juge Charron explique :

Au procès, la culpabilité ou l'innocence de l'accusé est en jeu. Le ministère public a le fardeau d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans ce contexte, le droit de contre-interroger les témoins cités par le ministère public « sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées » devient un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière [...]. Si la défense parvient, lors du contre-interrogatoire, à susciter un doute raisonnable à l'égard de l'un ou l'autre des éléments essentiels de l'infraction, l'accusé a droit à l'acquiescement. [...] Cependant, l'audience en révision [du mandat] n'a pas pour objet de vérifier le bien-fondé de l'une ou l'autre des allégations du ministère public concernant l'infraction. La véracité des allégations relatives aux éléments essentiels de l'infraction contenues dans l'affidavit reste à être prouvée par le ministère public au procès proprement dit. Au contraire, cette révision n'est qu'une simple audition de la preuve visant à déterminer l'*admissibilité* de la preuve pertinente relative à l'infraction obtenue en vertu d'une ordonnance du tribunal présumée valide. [...] [L]es conditions légales préalables qui doivent être respectées pour obtenir une autorisation d'écoute électronique varient selon le libellé de la disposition en régissant la délivrance. La seule question que se pose le juge siégeant en révision [...] est de savoir s'il existait des motifs qui permettaient au juge ayant accordé l'autorisation d'être convaincu de la présence des conditions

légales préalables pertinentes. [...] Même s'il est établi que les renseignements contenus dans l'affidavit sont inexacts, ou qu'un fait substantiel n'a pas été communiqué, cela ne réfutera pas nécessairement la présence des conditions légales préalables. [...] En dernière analyse, l'admissibilité de la preuve d'écoute électronique ne sera aucunement affectée par l'art. 8 s'il subsiste un fondement suffisant pour justifier la délivrance de l'autorisation¹⁴⁰.

L'avocat spécial aurait accès à tous les éléments de preuve utilisés pour appuyer la demande de mandat, y compris les éléments qui ne pourraient jamais être communiqués aux accusés. L'avocat spécial aurait également accès aux éléments de preuve communiqués à l'accusé conformément à l'arrêt *Stinchcombe*. L'accusé et son avocat fourniraient des renseignements pertinents à l'avocat spécial au sujet de l'affaire. Ce dernier pourrait contre-interroger une personne sur l'affidavit en vertu des mêmes critères qui permettent actuellement à l'accusé, dans certaines circonstances, de procéder à un contre-interrogatoire lorsque la véracité de l'affidavit sous-jacent a été mise en cause. De plus, des abus commis par des représentants de l'État qui pourraient ne jamais être révélés en raison de la censure imposée par les procureurs de la Couronne peuvent être examinés par les avocats spéciaux, ce qui pourrait avoir un effet sur l'admissibilité des renseignements au regard du paragraphe 24(2) de la *Charte*.

La participation d'avocats spéciaux pourrait avoir une incidence sur la façon dont les tribunaux de première instance gèrent les informations confidentielles. À l'heure actuelle, les documents concernant des mandats de surveillance électronique délivrés en vertu du *Code criminel* sont gardés par les tribunaux de première instance dans un endroit où le public n'a pas accès¹⁴¹. Dans les enquêtes portant sur des infractions liées au terrorisme, surtout celles impliquant des mandats délivrés en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS*, l'affidavit entier contiendrait des renseignements sensibles concernant la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales.

La participation d'avocats spéciaux pouvant contester les enregistrements dans des affaires de terrorisme pourrait constituer une réforme importante. Cela pourrait faciliter grandement l'utilisation de renseignements secrets dans des poursuites criminelles, tout en conservant l'importante mesure de protection que constitue la pleine contestation des mandats grâce aux avocats spéciaux. Les enquêteurs n'auraient plus à craindre que leurs efforts légitimes pour protéger des informateurs, des enquêtes en cours et des renseignements soumis à des restrictions quant à leur communication, compromettent la validité du mandat. Les renseignements secrets ne constitueraient plus des « pilules empoisonnées » qu'il faut extirper du mandat, de peur de le rendre illégal ou inconstitutionnel.

¹⁴⁰ *R. c. Pires; R. c. Lising*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343 aux paras. 29-30.

¹⁴¹ *Code criminel*, art. 187(1).

Recommandation 12:

Dans les poursuites pour terrorisme, des avocats spéciaux, qui bénéficieraient de pouvoirs semblables à ceux que prévoit la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, devraient être habilités à représenter les accusés lors de la contestation de mandats délivrés en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* ou en vertu de la partie VI du *Code criminel*. Les avocats spéciaux devraient avoir accès à tous les renseignements pertinents, y compris les affidavits non expurgés utilisés pour justifier les mandats, mais il devrait leur être interdit de communiquer ces renseignements à quiconque sans une ordonnance judiciaire. Tant les juges qui se penchent sur la validité des mandats que les avocats spéciaux devraient pouvoir compter sur des installations leur permettant de protéger les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE V: COMMUNICATION ET PRODUCTION DE RENSEIGNEMENTS

5.0 Introduction

La plupart des difficultés que présente la gestion de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve résultent de la nécessité de concilier des obligations de communication étendues avec la nécessité de préserver le secret.

Le présent chapitre décrit la manière dont le renseignement peut être assujéti à des obligations de communication et de production dans le cadre de poursuites antiterroristes. Il analyse également la possibilité d'imposer des limites aux obligations de communication et de production, et la mesure dans laquelle ces limites contribueraient à renforcer la fiabilité de la relation entre le renseignement et la preuve.

5.1 Communication d'informations

Le droit de l'accusé à la communication de la preuve est une valeur constitutionnelle importante. Comme la Cour suprême du Canada l'a expliqué dans l'arrêt *Stinchcombe* :

[I]l y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgation n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [...] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables¹.

Le souci d'équité et la volonté de prévenir les erreurs judiciaires sur lesquels repose l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquent tout autant aux poursuites pour terrorisme. Une déclaration de culpabilité pour une infraction de terrorisme qui est prononcée à tort parce que le ministère public a omis de procéder à

¹ R. c. *Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 à la p. 336.

la communication complète constituerait une injustice. La condamnation d'un innocent permettrait au coupable d'échapper à la justice. Par ailleurs, les erreurs pourraient miner la confiance du public envers le système de justice, comme l'affirme le directeur des poursuites publiques de l'Angleterre et du pays de Galles :

[Traduction]

Compromettre l'intégrité du processus judiciaire nuirait au système de justice pénale pendant des décennies. Cela minerait grandement la confiance du public. Rappelons l'incidence qu'a eue l'affaire des Six de Birmingham sur la confiance du public dans les années 1970 et 1980. Rien ne porte autant atteinte à la Constitution d'un pays que des hommes et des femmes qui croupissent en prison pendant des années pour des infractions qu'ils n'ont pas commises. Existe-t-il un meilleur moyen d'engendrer la désillusion et l'aliénation? Or, nous ne voulons pas nous aliéner les segments mêmes de la collectivité dont la collaboration étroite et l'assentiment sont nécessaires à la réussite des poursuites².

En droit canadien, les droits relatifs à la communication de la preuve sont étendus. Giuliano Zaccardelli, ancien commissaire de la GRC, a déclaré que le Canada a [traduction] « la législation en matière de communication la plus généreuse au monde³ ». Suivant l'arrêt *Stinchcombe*, le ministère public est tenu de communiquer tous les renseignements pertinents et les renseignements non privilégiés qui sont en sa possession afin de se conformer à l'article 7 de la *Charte*, que les renseignements soient inculpatatoires ou disculpatoires, et qu'ils soient présentés en preuve ou non.

Dans *Stinchcombe*, la Cour suprême a jugé que la divulgation est nécessaire pour respecter le droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière. Cette position est compatible avec les directives du juge Rand, également de la Cour suprême, dans l'arrêt *Boucher c. The Queen*⁴, où l'on a défini le rôle du ministère public comme étant de présenter au jury ce qu'il considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime, et non d'obtenir une condamnation.

Bien que certaines décisions laissent entendre que devrait être communiqué, suivant l'arrêt *Stinchcombe*, tout élément qui n'est pas manifestement non pertinent, le principe constitutionnel porte que les renseignements ne doivent être communiqués que s'ils sont pertinents relativement à l'affaire. Dans l'arrêt

² Ken MacDonald, c.r., « Security and Rights » (allocution prononcée devant la Criminal Bar Association le 23 janvier 2007), en ligne : Matrix <<http://www.matrixlaw.co.uk/showDocument.aspx?documentId=14861>> (consulté le 5 juin 2009).

³ Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11036.

⁴ [1955] S.C.R. 16 aux p. 23-24.

Stinchcombe, le juge Sopinka a écrit qu'il n'était pas nécessaire de divulguer ce qui n'a « manifestement aucune pertinence⁵ ». Cependant, il a renvoyé au « principe général selon lequel il ne faut refuser de communiquer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgaration porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgaration ne se justifie par le droit au secret⁶ ».

Dans les décisions les plus récentes, les formulations de l'obligation de communication font ressortir la nécessité de divulguer tous les renseignements pertinents. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Taillefer; R. c. Duguay*, rendu en 2003, la Cour suprême a décrit l'obligation de communication comme suit :

Le ministère public doit divulguer à l'accusé tous les renseignements pertinents, qu'ils soient inculpatatoires ou disculpatoires, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public de refuser de divulguer des renseignements privilégiés ou encore manifestement non pertinents. La pertinence s'apprécie tant à l'égard de l'accusation elle-même que des défenses raisonnablement possibles. Les renseignements pertinents doivent être divulgués, que le ministère public ait ou non l'intention de les produire en preuve, et ce, avant que l'accusé n'ait été appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer (p. 343). En outre, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge (p. 345). Notre Cour a d'ailleurs défini largement la notion de pertinence dans l'arrêt *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, p. 467 :

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense : s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué — *Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

Tel que défini par la jurisprudence, ce concept de pertinence favorise la divulgation de preuve. Peu de renseignements seront soustraits à l'obligation de communication de la

⁵ [1991] 3 R.C.S. 326 à la p. 339.

⁶ [1991] 3 R.C.S. 326 à la p. 340.

preuve imposée à la poursuite. Comme l'affirmait notre Cour dans l'arrêt *Dixon*, précité, « le critère préliminaire fixé pour la divulgation [de la preuve] est fort peu élevé. [...] L'obligation de divulguer du ministère public est donc déclenchée chaque fois qu'il y a une possibilité raisonnable que le renseignement soit utile à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière » [...] « Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence » (*Stinchcombe*, précité, p. 339)⁷.

En 2009, dans l'arrêt *R. c. McNeil*, la Cour a de nouveau décrit l'étendue de l'obligation de communication énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* :

Il est bien établi que le ministère public est tenu de communiquer tous les renseignements pertinents qu'il a en sa possession se rapportant à l'enquête visant un accusé. L'obligation est déclenchée sur demande, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la cour. *Stinchcombe* énonce clairement que l'information pertinente devant être communiquée par la partie principale comprend non seulement les renseignements ayant trait aux éléments que le ministère public a l'intention de présenter en preuve contre l'accusé, mais également ceux qui peuvent raisonnablement aider ce dernier à présenter une défense pleine et entière (p. 343-344). L'obligation qui incombe au ministère public subsiste après le procès. Ainsi, dans le contexte d'un appel, les renseignements pertinents englobent tout renseignement qui peut raisonnablement aider l'appelant à faire valoir sa thèse en appel.

L'obligation de communication des fruits de l'enquête établie dans *Stinchcombe* n'est certes pas absolue, mais elle admet peu d'exceptions. Sauf si les renseignements n'ont manifestement aucune pertinence ou sont privilégiés, ou si leur communication est autrement régie en droit, le ministère public est tenu de communiquer à l'accusé tous les renseignements qu'il a en sa possession. Il peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire quant à la forme et au moment de la communication de la preuve quand les circonstances sont telles que la communication habituelle peut porter préjudice à quelqu'un ou à l'intérêt public. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire peut faire l'objet d'un examen judiciaire⁸.

⁷ 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307 aux paras. 59-60.

⁸ 2009 CSC 3 aux paras. 17-18.

Un corollaire de l'obligation de communication du ministère public établie dans l'arrêt *Stinchcombe* est « [l'obligation] de la police (ou d'autres autorités de l'État chargées de mener des enquêtes) de communiquer au ministère public tous les renseignements se rapportant à son enquête sur l'accusé⁹ ». Il est difficile de savoir si le SCRS sera considéré comme une « autorité de l'État chargée de mener des enquêtes », assujettie à l'obligation de communication établie dans l'arrêt *Stinchcombe* et, le cas échéant, dans quels cas. Comme nous le verrons plus loin, le juge du procès dans l'affaire *Malik and Bagri* a statué que, eu égard aux faits particuliers de l'enquête sur la tragédie d'Air India, le SCRS était assujetti à l'obligation de communication établie dans l'arrêt *Stinchcombe*. Bien que la Cour suprême ait rejeté l'idée que « toutes les autorités de l'État constituent une entité unique et indivisible pour les besoins de la communication¹⁰ », elle a également indiqué qu'une « autorité de l'État chargée de mener des enquêtes » autre que la police peut être assujettie à l'obligation de communication énoncée dans *Stinchcombe*. La Cour a appelé le ministère public à se renseigner suffisamment afin de faciliter la divulgation et de « réduire l'écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d'éléments de preuve par les tiers » lorsque le poursuivant sait qu'un autre organisme de la Couronne a participé à l'enquête¹¹. Par exemple, le poursuivant est habituellement au courant de la participation du SCRS à une enquête antiterroriste.

Le droit à la communication de la preuve établi dans l'arrêt *Stinchcombe* n'est pas absolu. La Cour suprême était au fait du danger que la divulgation de renseignements puisse « compromettre la sécurité des personnes qui ont fourni des renseignements à la poursuite¹² ». Elle a statué que le ministère public n'est pas tenu de divulguer des renseignements qui sont protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police ou tout autre privilège. En conséquence, le ministère public n'est pas tenu de révéler l'identité des indicateurs qui se sont vu promettre l'anonymat par la police en échange de renseignements. Le ministère public jouit également du pouvoir discrétionnaire, susceptible de contrôle, de ne pas révéler l'identité de certaines personnes « afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou [d'appliquer le] privilège relatif aux indicateurs », et de celui de retarder la communication « afin que l'enquête puisse être menée à bonne fin »¹³. En outre, comme nous le verrons en détail au chapitre VII, le ministère public peut solliciter des ordonnances spécifiques

⁹ *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 au para. 14.

¹⁰ *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 au para. 13.

¹¹ *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 au para. 51. Voir également le paragraphe 49, citant avec approbation l'arrêt *R. c. Arsenault* (1994), 153 N.B.R. (2^e) 81 au para. 15 (C.A.) : « Lorsqu'une divulgation est demandée ou exigée, le procureur de la Couronne a l'obligation de se renseigner suffisamment auprès des autres organismes ou ministères de la Couronne qui pourraient logiquement avoir en leur possession des éléments de preuve. On ne peut excuser le procureur de la Couronne de ne pas se renseigner suffisamment lorsqu'à la connaissance du poursuivant ou de la police un autre organisme de la Couronne a participé à l'enquête. La question de la pertinence ne peut être laissée à la discrétion des profanes. Si le procureur de la Couronne ne peut avoir accès aux dossiers d'un autre organisme, il doit alors en aviser la défense de façon que celle-ci puisse entreprendre les mesures qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de l'accusé. Ce principe s'appliquerait aussi dans les affaires dans lesquelles l'accusé ou le défendeur, selon le cas, n'est pas représenté par un avocat. »

¹² [1991] 3 R.C.S. 326 à la p. 335.

¹³ [1991] 3 R.C.S. 326 à la p. 336.

de non-divulgarion en application des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁴. La Cour a défini les exceptions à l'obligation de communication comme suit :

[C]ette obligation de divulguer n'est pas absolue. Elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général, lequel pouvoir s'exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment de cette divulgation. Par exemple, il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret. En ce qui concerne les indicateurs, le ministère public a l'obligation de taire leur identité. Dans certains cas, la personne qui a fourni des éléments de preuve ou des renseignements dans le cadre de l'enquête peut subir, en conséquence, un préjudice grave et même des lésions corporelles. La dure réalité de la justice veut que toute personne disposant d'éléments de preuve pertinents finisse par comparaître pour témoigner, mais le pouvoir discrétionnaire s'exerce en pareil cas pour déterminer le moment et la forme de la divulgation. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence de renseignements. Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence. [...] C'est donc au substitut du procureur général qu'il incombe avant tout de séparer «le bon grain de l'ivraie». Il peut aussi y avoir des situations où la divulgation prématurée pourra peut-être retarder la fin de l'enquête. Pourtant, retarder la communication de la preuve pour ce motif est une pratique qu'il ne faut pas encourager et à laquelle on devrait rarement recourir. Quant à savoir si l'enquête sera terminée avant que ne soient engagées des poursuites concernant un seul ou plusieurs chefs d'accusation, il n'en tient essentiellement qu'au ministère public. Néanmoins, il n'est pas toujours possible de prévoir les événements qui pourront nécessiter la réouverture d'une enquête, de sorte que le ministère public doit avoir un certain pouvoir discrétionnaire de retarder la divulgation en pareilles circonstances¹⁵.

5.2 Conservation des informations

La Cour suprême a interprété le droit à la communication de la preuve comme englobant l'obligation, fondée sur l'article 7 de la *Charte*, de conserver les renseignements pertinents qui sont assujettis à l'obligation de communication¹⁶. Dans l'affaire *Malik and Bagri*, le juge Josephson a conclu à la violation de

¹⁴ L.R.C. 1985, c. C-5.

¹⁵ *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 à la p. 339-340.

¹⁶ *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680.

l'article 7, estimant que la destruction par le SCRS des bandes d'enregistrement des communications de M. Parmar et des notes des entretiens avec M^{me} E démontrait un degré inacceptable de négligence.

Comme l'honorable Bob Rae l'a affirmé dans son rapport :

L'effacement des enregistrements pose problème tout particulièrement à la lumière de l'arrêt-clé de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Stinchcombe*, qui a statué que la Couronne avait l'obligation de divulguer à la défense toutes les preuves pertinentes, et ce, même si elle n'entendait pas les utiliser lors du procès. Le juge Josephson a statué que toutes les autres informations détenues par le SCRS devaient être divulguées par la Couronne, conformément aux normes établies dans l'affaire *Stinchcombe*. Par conséquent, des renseignements que possédait le SCRS n'auraient pas dû être cachés à l'accusé¹⁷.

Dans l'arrêt *R. c. La*, rendu en 1997, la Cour suprême a jugé que « [l]e droit à la divulgation serait vide de sens si le ministère public n'était pas tenu de conserver des éléments de preuve qu'on sait pertinents¹⁸ ». Comme nous l'avons vu au chapitre IV, la Cour a récemment rappelé au SCRS l'importance de conserver les renseignements qu'il recueille au sujet de personnes et groupes donnés, notamment parce que les renseignements pourraient ultérieurement être assujettis à l'obligation de communication¹⁹. Toutefois, l'obligation de conserver des informations qu'il pourrait ensuite être nécessaire de communiquer n'est pas absolue. Il serait irréaliste et mal avisé de s'attendre à ce que chaque élément de preuve soit conservé « au cas où cela deviendrait un jour pertinent²⁰ ».

L'obligation de conservation des éléments de preuve pertinents pour les besoins de la communication peut profiter tant à l'accusé qu'à l'État. Il est impossible pour le moment de déterminer si les éléments de preuve qui ont été détruits lors de l'enquête sur la tragédie d'Air India auraient aidé l'accusé ou la poursuite, ou s'ils auraient été de peu d'utilité à l'un et à l'autre. Cette incertitude troublante fait ressortir l'importance que le SCRS conserve les renseignements qui pourraient s'avérer pertinents dans une poursuite antiterroriste, un sujet qui a déjà été étudié en profondeur au chapitre IV.

5.3 Critère de la « pertinence »

Dans l'arrêt *R. c. Egger*, rendu en 1993, la Cour suprême a rappelé qu'« [u]ne façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est

¹⁷ *Leçons à retenir – Rapport de l'honorable Bob Rae, conseiller indépendant de la ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada, sur les questions en suspens relatives à l'explosion survenue à bord du vol 182 d'Air India* (Ottawa, Secrétariat pour l'examen d'Air India, 2005), p. 19.

¹⁸ [1997] 2 R.C.S. 680 au para. 20.

¹⁹ *Charakaoui c. Canada*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

²⁰ *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680 au para. 21.

de déterminer son utilité pour la défense : s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué [...]. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le déroulement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve²¹. »

En 1995, la Cour a statué dans l'arrêt *R. c. Chaplin*²² que le ministère public n'avait pas à communiquer les enregistrements qui ne se rapportaient pas aux accusations portées contre l'accusé :

Il faut en effet distinguer les recherches à l'aveuglette et la conjecture d'avec les demandes légitimes de divulgation. La divulgation systématique de l'existence de tables d'écoute concernant une personne qui est déjà inculpée, mais qui fait l'objet d'écoute électronique dans le cadre d'enquêtes criminelles en cours relativement à d'autres infractions soupçonnées, nuirait à la capacité de l'État de faire enquête sur un large éventail de crimes complexes qui seraient difficiles à détecter par d'autres moyens, soit, notamment, le trafic de stupéfiants, l'extorsion, la fraude et le délit d'initié : *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 44. En règle générale, l'écoute électronique n'est efficace que si elle se fait à l'insu des personnes sur lesquelles porte l'enquête²³.

L'arrêt *Chaplin* pourrait s'avérer pertinent dans le cadre du débat entourant la divulgation des renseignements de sécurité. La Cour y a prévu la possibilité que certains documents d'enquête qui ne se rapportent pas aux accusations portées contre l'accusé ne soient pas assujettis à l'obligation de communication. Elle a dit également que le ministère public n'a pas à divulguer les éléments de preuve qui échappent à son contrôle. Par ailleurs, lorsque le ministère public affirme qu'il s'est acquitté de son obligation de communication, la défense doit « établi[r] des motifs sur lesquels le juge qui préside peut se fonder pour conclure à l'existence d'autres renseignements qui sont peut-être pertinents²⁴ ».

Dans un rapport récent sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, l'honorable Patrick Lesage et Michael Code (qui est maintenant juge) ont invoqué l'arrêt *Chaplin* pour faire valoir que la défense peut obtenir la communication d'éléments de preuve qui échappent aux obligations

21 [1993] 2 R.C.S. 451 à la p. 467.

22 [1995] 1 R.C.S. 727. On trouvera un examen plus détaillé de cette affaire et de sa pertinence à l'égard de la divulgation de renseignements de sécurité dans Kent Roach, « Particularités des poursuites pour terrorisme : Vers une meilleure conciliation du renseignement de sécurité et de la preuve », vol. 4 des études de recherche : *Particularités des poursuites pour terrorisme*, p. 134 [rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes].

23 [1995] 1 R.C.S. 727 au para. 32.

24 [1995] 1 R.C.S. 727 au para. 30.

fondamentales en matière de communication, mais elle doit d'abord la justifier²⁵. Si la défense démontre que les éléments de preuve ne sont pas manifestement non pertinents, ou qu'ils sont peut-être pertinents, ils peuvent être mis à sa disposition pour examen dans un local protégé, le cas échéant. Cela peut éviter au ministère public d'avoir à copier et à produire, littéralement, de pleins camions de documents.

La Cour suprême a également affirmé à maintes reprises que ce ne sont pas toutes les violations du droit de l'accusé à la communication de la preuve qui portent atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière ou qui rendent impossible la tenue d'un procès équitable²⁶. Un procès peut être équitable même si l'accusé ne reçoit pas tous les éléments de preuve pertinents. Les tribunaux ont également reconnu que des explications raisonnables sur la raison pour laquelle des éléments de preuve pertinents ont été détruits et ne peuvent être communiqués peuvent amener à conclure à l'absence de violation du droit à la communication de la preuve²⁷.

5.4 Application de l'arrêt *Stinchcombe* au renseignement

Lors des audiences de la Commission, on s'est inquiété de ce que les exigences en matière de communication de la preuve énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* seraient trop larges si elles s'appliquaient au renseignement de sécurité²⁸. L'étendue des obligations en matière de communication imposées par l'arrêt *Stinchcombe* ne devrait pas être démesurée. Le principe fondamental suivant lequel l'État n'a pas à divulguer des éléments de preuve non pertinents ou privilégiés peut avoir pour effet de soustraire de nombreux renseignements à la divulgation et empêcher les avocats de la défense de mener des recherches aléatoires. Dans plusieurs affaires récentes, les tribunaux ont conclu que l'obligation de communication énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe* ne s'applique pas aux éléments de preuve comme les renseignements analytiques, les documents qui sont inhérents au fonctionnement des services de renseignement de sécurité ou qui ont trait à des communications avec des organismes étrangers, ainsi que les renseignements concernant des suspects et des enquêtes qui n'ont aucun lien avec l'accusé. Cela tient au fait que ces éléments de preuve n'intéressaient pas les accusations portées contre l'accusé et ne pouvaient donc lui être d'une quelconque utilité²⁹.

²⁵ Patrick LeSage et Michael Code, *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes* (novembre 2008), p. 54-66, en ligne : ministère du Procureur général de l'Ontario <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/lesage_code/lesage_code_report_fr.pdf> (consulté le 5 décembre 2008) [rapport LeSage-Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes].

²⁶ *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Taillefer*; *R. c. Duguay*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307.

²⁷ *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680.

²⁸ Voir, en général, le témoignage des membres du comité au sujet de l'interaction entre l'arrêt *Stinchcombe* et l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11105-11124.

²⁹ *Nicholas Ribic et Sa Majesté la Reine et le Service canadien du renseignement de sécurité*, 2002 CFPI 290 aux paras. 7-10; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C. (3^e) 129 aux paras. 40-41; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, 219 C.C.C. (3^e) 305 au para. 116, infirmé en partie pour d'autres motifs, 2007 CAF 342; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2008 CF 560 au para. 14; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807, 331 F.T.R. 1 au para. 68.

Le rôle important que jouent les procureurs de la poursuite dans la gestion du processus de divulgation est examiné au chapitre IX. Ce chapitre porte également sur le rôle tout aussi important qui consiste pour le juge du procès à superviser le processus de divulgation et à empêcher la présentation de requêtes en divulgation frivoles.

5.4.1 Rôle de l'arrêt *Stinchcombe* dans l'affaire *Air India*

Les obligations en matière de communication énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* ont posé d'importants problèmes dans l'affaire *Malik and Bagri*, tant en ce qui concerne la logistique de communication qu'en ce qui concerne, plus particulièrement, la conservation et la communication des renseignements détenus par le SCRS.

Il a été jugé que le SCRS est assujéti à l'obligation de communication établie dans l'arrêt *Stinchcombe* eu égard aux faits particuliers de l'enquête sur la tragédie d'Air India. En 2002, le juge Josephson a constaté que [traduction] « M. Code, au nom de M. Bagri, soutient de façon convaincante que tant le droit que la logique amènent à la conclusion que, dans les circonstances de la présente affaire, le SCRS fait partie de la Couronne³⁰ » et était donc assujéti à l'obligation de communication établie dans l'arrêt *Stinchcombe*. Le ministère public a reconnu que l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquait au SCRS en raison d'un accord conclu en 1987 selon lequel la GRC aurait le [traduction] « libre accès à toutes les informations pertinentes se trouvant dans les dossiers du SCRS³¹ » qui se rapportent à une enquête. C'est ce qui a amené le juge Josephson à conclure que [traduction] « toutes les autres informations détenues par le SCRS sont susceptibles d'être communiquées par le ministère public conformément aux normes établies dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*³² ». Toutefois, l'acquiescement de l'accusé a rendu sa conclusion purement théorique.

En 2004, le ministère public a de nouveau reconnu que l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquait au SCRS en raison d'un accord conclu en 1987 entre le SCRS et la GRC. Le juge Josephson a conclu que, même sans cet accord, les éléments de preuve obtenus par le SCRS qui étaient pertinents pour l'enquête sur la tragédie d'Air India auraient dû être transmis à la GRC :

[Traduction]

En dépit de la nette démarcation entre les rôles du SCRS et de la GRC, les informations obtenues du témoin ont immédiatement paru à [l'agent du SCRS] d'une importance et d'une pertinence extrêmes pour l'enquête criminelle sur la tragédie d'Air India. Lorsque, dans le cadre de ses fonctions de collecte d'informations, il a découvert des éléments de preuve pertinents pour cette enquête, il était tenu droit et en principe de préserver ces éléments de preuve et de les transmettre à la GRC³³.

30 *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 864 au para. 9.

31 2002 BCSC 864 au para. 10.

32 2002 BCSC 864 au para. 14.

33 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39 au para. 20.

L'obligation du SCRS de conserver de tels renseignements a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui*³⁴, rendu en 2008. Suivant la modification que le chapitre IV recommande d'apporter à l'article 19 de la *Loi sur le SCRS*³⁵, le SCRS aurait l'obligation de transmettre les informations pertinentes à la GRC ou au conseiller à la sécurité nationale (CSN). Ainsi, il y aurait augmentation de la quantité d'informations détenues par le SCRS qui seraient assujetties à la communication.

5.4.2 Effet de l'arrêt *Stinchcombe* sur la collaboration entre le SCRS et la GRC

La Commission a entendu de nombreux témoignages au sujet de l'arrêt *Stinchcombe*. Selon Gary Bass, sous-commissaire de la GRC, l'arrêt *Stinchcombe* a donné naissance à [traduction] « l'ensemble de processus les plus exigeants [...] dans l'histoire de la police³⁶ ». Jack Hooper, un ancien sous-directeur et directeur adjoint du SCRS, a dit que son interprétation de l'arrêt *Stinchcombe* était différente de [traduction] « l'interprétation quasi absolue » du sous-commissaire Bass. M. Hooper a déclaré que le concept de communication complète était un [traduction] « scénario catastrophe » qui écartait la possibilité que des renseignements soient jugés non pertinents relativement à des accusations criminelles précises ou qu'ils soient protégés par le privilège relatif à la sécurité nationale³⁷.

Jim Judd, directeur du SCRS, a déclaré qu'il serait [traduction] « utile de disposer d'un mécanisme grâce auquel les informations en notre possession qui ne sont pas pertinentes pour la poursuite criminelle [...] [seraient] protégées et exclues, car nous avons des sources qui font des déclarations au sujet d'une multitude de questions et de situations³⁸ ».

Le critère de la pertinence énoncé dans l'arrêt *Stinchcombe* peut protéger certains renseignements contre la divulgation. Les analyses portant sur les menaces à la sécurité d'ordre général, les renseignements de sécurité ou les informations sur des tiers qui ne jouent aucun rôle dans le cadre d'une poursuite, les informations sur des tiers qui n'ont aucun lien avec l'accusé³⁹, ainsi que les informations touchant des questions administratives internes dans un service de police ou un service du renseignement de sécurité ne sont généralement ni pertinentes ni utiles à l'accusé. Par conséquent, elles n'auront pas à être divulguées pour se conformer à l'arrêt *Stinchcombe*.

Néanmoins, certains considèrent l'arrêt *Stinchcombe* comme une entrave importante à la collaboration entre le SCRS et la GRC. Dans un rapport de 1998, le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité a prévenu

³⁴ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

³⁵ *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, c. C-23.

³⁶ Témoignage de Gary Bass, vol. 87, 3 décembre 2007, p. 11279.

³⁷ Témoignage de Jack Hooper, vol. 50, 21 septembre 2007, p. 6216-6217.

³⁸ Témoignage de Jim Judd, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11887.

³⁹ *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807, 331 F.T.R. 1 au para. 68.

que, en raison de l'arrêt *Stinchcombe* [traduction] : « tous les renseignements communiqués par le Service, qu'ils servent ou non d'éléments de preuve au ministère public, sont susceptibles d'être divulgués devant les tribunaux. Toute information communiquée à la GRC, verbalement ou dans une lettre officielle d'autorisation, peut éventer des enquêtes du SCRS. Cela veut dire que même des informations fournies lors de discussions conjointes sur des enquêtes ou à titre de pistes d'enquête sont soumises à des risques⁴⁰. » Le Comité a conclu que le problème de divulgation que pose l'arrêt *Stinchcombe* semblait « insoluble » et qu'il était « susceptible de compromettre les relations entre le SCRS et la GRC et de nuire au bon fonctionnement des deux organismes »⁴¹. Dans les études qu'ils ont présentées à la Commission, MM. Wark et Brodeur ont tous deux signalé que l'arrêt *Stinchcombe* a été interprété comme une entrave à la coopération entre la GRC et le SCRS, surtout en raison des inquiétudes du SCRS au sujet de la divulgation de l'identité des sources humaines secrètes et de l'utilisation éventuelle de renseignements de sécurité en preuve⁴².

La mesure et les circonstances dans lesquelles le SCRS est assujéti aux obligations de communication établies dans l'arrêt *Stinchcombe* continuent d'évoluer. Les opinions des cours d'appel divergent quant aux circonstances dans lesquelles les organismes autres que la police sont assujéti à ces obligations. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a statué que le ministère public devrait inclure les éléments de preuve détenus par un autre organisme de la Couronne participant à l'enquête⁴³, tandis que la Cour d'appel de l'Alberta a jugé que les Couronnes provinciales ne devraient pas avoir l'obligation de communiquer des éléments de preuve détenus par des organismes fédéraux qui échappent à leur contrôle⁴⁴. L'arrêt *McNeil*⁴⁵, rendu par la Cour suprême du Canada en 2009, n'a pas résolu la question en ce qui concerne le SCRS. La Cour a clairement rejeté le principe selon lequel tous les organismes d'État sont assujéti à l'arrêt *Stinchcombe* au motif qu'il est inapplicable en pratique. Toutefois, la Cour a indiqué que les autorités chargées de mener des enquêtes autres que la police peuvent être assujétiées aux exigences de l'arrêt *Stinchcombe* et que, quoi qu'il en soit, le ministère public a l'obligation de se renseigner pour savoir si d'autres organismes chargés de mener des enquêtes possèdent des éléments de preuve qui sont vraisemblablement pertinents dans le cadre de l'instance. L'intégration accrue de la GRC et du SCRS laisse entrevoir que les tribunaux concluront plus fréquemment que le SCRS est assujéti à l'arrêt *Stinchcombe*.

40 Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, *Coopération du SCRS avec la Gendarmerie royale du Canada – Partie I* (étude du CSARS 1998-04), 16 octobre 1998, p. 9 [étude du CSARS 1998-04].

41 Étude du CSARS 1998-04, p. 18.

42 Wesley Wark, « Le lien entre le renseignement et la police : Étude de la coopération entre le Service canadien du renseignement de sécurité et la Gendarmerie royale du Canada, entre 1984 et 2006, dans le contexte de l'attentat contre le vol d'Air India », vol. 1 des études de recherche : *L'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS*, p. 164-165; Jean-Paul Brodeur, « La Gendarmerie royale du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité : Analyse comparée des cultures organisationnelles et professionnelles », vol. 1 des études de recherche : *L'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS*, p. 204.

43 *R. c. Arsenault* (1994), 93 C.C.C. (3^e) 111 (N.B.C.A.).

44 *R. v. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3^e) 53 (Alta. C.A.).

45 2009 CSC 3.

5.5 Changements proposés dans l'approche en matière de communication

Certains intervenants, notamment l'Association du Barreau canadien et la Criminal Lawyers' Association, ont allégué que l'affaire Air India n'a pas révélé la nécessité manifeste d'apporter des changements à l'approche en matière de communication de la preuve et qu'elle ne permettait donc pas de faire des recommandations d'ordre général dans ce domaine⁴⁶.

Dans ses conclusions finales, le procureur général du Canada a reconnu les difficultés que pose l'obligation de communiquer de grandes quantités de renseignements, mais a affirmé qu'il fallait se garder de recommander l'adoption d'une loi pour clarifier l'arrêt *Stinchcombe*. Il a fait une mise en garde quant aux conséquences imprévues et à la difficulté pour le législateur fédéral de légiférer sur une question qui touche à la compétence provinciale⁴⁷.

Aucune partie ni aucun intervenant devant la Commission n'a proposé d'adopter une loi en vue d'abolir ou de limiter les obligations en matière de communication énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*. Certains intervenants, notamment l'Association canadienne des chefs de police et l'Association des familles des victimes d'Air India, ont réclamé des précisions et des lignes directrices relativement à la portée de l'arrêt *Stinchcombe* et aux obligations qui en découlent⁴⁸. L'Association des familles des victimes d'Air India a demandé que les lignes directrices prennent la forme d'une mesure législative. L'Association canadienne des chefs de police a réclamé des précisions au sujet des rôles et obligations du ministère public et de la police relativement à la communication ainsi que l'intensification de la communication électronique de la preuve⁴⁹.

La réticence des parties et des intervenants à demander des restrictions à l'application de l'arrêt *Stinchcombe* découle certainement du fait qu'il est considéré comme faisant autorité s'agissant des obligations en matière de communication découlant de l'article 7 de la *Charte*. Comme l'a affirmé le procureur général du Canada :

Le droit de l'accusé de se faire communiquer tous les renseignements pertinents en [la] possession ou sous le contrôle du ministère public, à l'exception de ceux qui sont couverts par divers privilèges, constitue un élément fondamental du fonctionnement régulier et équitable du

⁴⁶ Association du Barreau canadien, Submission to the Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182, avril 2007; Submissions of the Criminal Lawyers' Association, février 2008.

⁴⁷ Conclusions finales du procureur général du Canada, 29 février 2008, Vol. III, paras. 80-84 [Conclusions finales du procureur général du Canada].

⁴⁸ Canadian Association of Chiefs of Police Written Submissions, p. 8-9; *Where is Justice?* AIVFA Final Written Submission – Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182, 29 février 2008, p. 131.

⁴⁹ Canadian Association of Chiefs of Police Written Submissions, p. 9.

ystème de justice pénale canadien. [...] Plus précisément, il est reconnu que la communication en bonne et due forme de la preuve est imposée par les principes de justice fondamentale, cette communication étant nécessaire pour que l'accusé puisse se défendre quand des accusations sont formulées à son endroit⁵⁰.

Certes, il serait possible d'adopter un large éventail de mesures législatives pour restreindre la portée de l'arrêt *Stinchcombe* afin d'empêcher la divulgation des renseignements de sécurité. Cependant, la Commission ne recommande aucune de ces mesures pour les motifs qui suivent.

Une mesure possible consisterait à présumer que le SCRS est un tiers qui n'est pas assujéti aux obligations en matière de communication énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*. La loi pourrait établir une procédure à suivre pour les demandes de production de renseignements détenus par le SCRS. On y énumérerait les dangers découlant de la communication de renseignements secrets dont devraient tenir compte les juges avant d'ordonner la production de ces renseignements. Or de telles dispositions, parce qu'elles empêcheraient les juges de déterminer, eu égard aux faits de l'affaire, si les renseignements détenus par le SCRS sont assujéti ou non à l'arrêt *Stinchcombe*, seraient inévitablement contestées en vertu de la *Charte* au motif qu'elles portent atteinte au droit de l'accusé à la communication de la preuve et au droit de présenter une défense pleine et entière. L'accusé pourrait invoquer la conclusion du juge Josephson dans l'affaire *Malik and Bagri* selon laquelle le SCRS était assujéti à l'arrêt *Stinchcombe*. En outre, la Cour suprême du Canada a statué en 2008, dans les arrêts *Charkaoui*⁵¹ et *Khadr*⁵², que l'article 7 de la *Charte* peut exiger la conservation et la communication des renseignements détenus par le SCRS même dans le cas où les poursuites criminelles ne sont pas intentées au Canada. En somme, présumer que le SCRS est un tiers (plutôt qu'une partie de la Couronne) pourrait ne pas soustraire le SCRS à l'obligation, découlant de l'article 7, de divulguer au moins certains renseignements.

La loi pourrait également apporter des limites à l'arrêt *Stinchcombe* en réduisant les obligations en matière de communication incombant au ministère public. La loi pourrait préciser que seuls les informations disculpatoires ou les informations susceptibles de réfuter la thèse du ministère public doivent être divulguées. Cependant, la Cour suprême a déjà clairement rejeté une telle position dans l'arrêt *Stinchcombe* et dans des arrêts subséquents portant sur la divulgation. Bien que la Cour n'ait pas écarté la possibilité que la restriction d'un droit garanti à l'article 7 puisse être justifiée en ce qu'elle serait raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*, elle a souligné à maintes reprises que les normes

⁵⁰ Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, paras. 31-32.

⁵¹ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

⁵² *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125.

applicables à une telle restriction seraient extrêmement exigeantes⁵³. Néanmoins, la Cour n'a pas complètement écarté les restrictions⁵⁴.

La protection des renseignements de sécurité contre la divulgation constitue un objectif suffisamment important pour justifier que certaines limites soient apportées aux droits garantis par l'article 7⁵⁵. Afin de justifier les limites, le ministère public devrait avoir l'obligation de démontrer qu'il n'existe pas de moyens moins radicaux pour protéger les renseignements. La possibilité pour le ministère public d'obtenir des ordonnances judiciaires de non-divulgaration en vertu des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pourrait être considérée comme un moyen moins radical. Même s'il concluait à l'absence d'autres solutions, moins radicales, le tribunal devrait tout de même apprécier l'équilibre entre la nécessité de soustraire les renseignements de sécurité à la divulgation et le préjudice que causerait leur non-divulgaration aux droits de l'accusé.

Même sous un régime législatif qui viserait à exempter le SCRS des obligations en matière de communication énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* ou à limiter ces obligations aux informations disculpatoires, les tribunaux enjoindraient quand même au SCRS de communiquer à l'accusé les informations dont il a besoin pour pouvoir présenter une défense pleine et entière et subir un procès équitable.

Par ailleurs, même si la validité de la loi limitant l'arrêt *Stinchcombe* pouvait être confirmée en vertu de la *Charte*, il serait délicat de limiter la communication à l'avance au moyen d'une loi. Il serait difficile pour le législateur de prédire, sans connaître les faits particuliers d'une affaire, ce qui doit être divulgué et ce qui ne doit pas l'être. Des lignes directrices générales s'avèreraient de peu d'utilité. Il est possible que la loi n'empêche pas la communication de renseignements qui ne sont pas réellement utiles à l'accusé mais qui pourraient, en raison de leur divulgation, porter gravement préjudice à la sécurité nationale ou aux opérations du SCRS. Un moyen plus pratique et efficace de satisfaire aux obligations constitutionnelles en matière de communication de renseignements serait d'améliorer le processus pouvant servir à obtenir des ordonnances de non-divulgaration dans une affaire particulière. Le chapitre VII traite de la manière d'améliorer ce processus.

Le commissaire de la GRC, William Elliott, a déclaré qu'il n'était pas certain s'il serait vraiment pratique de créer un régime procédural différent pour les poursuites terroristes, et de quelle manière un tel régime fonctionnerait sans

⁵³ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3.

⁵⁴ La Cour a reconnu que, dans certains cas, la loi peut limiter l'étendue des obligations énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe*, sans pour autant violer la *Charte*, en ce qui concerne les dossiers privés qui sont en la possession du ministère public : *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 au para. 21, citant *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 au para. 59.

⁵⁵ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 aux paras. 66-68.

limiter la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière⁵⁶. Même dans les cas où doivent être protégés des intérêts vitaux, comme le secret professionnel de l'avocat ou l'identité des indicateurs, les tribunaux ont reconnu qu'il doit y avoir communication lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu⁵⁷. En somme, même des limites législatives qui viseraient à contrer les effets de l'arrêt *Stinchcombe* ne pourraient garantir véritablement que les éléments de preuve détenus par le SCRS ne seront jamais divulgués à l'accusé. Pour de nombreuses raisons, il n'est donc ni réaliste ni recommandé de compter uniquement sur des mesures législatives pour résoudre le problème.

5.6 Nécessité d'établir des lignes directrices au sujet de l'étendue de la communication

Les procureurs de la poursuite ne doivent pas surestimer l'étendue des obligations de communication énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* pour ce qui est des poursuites antiterroristes. La pratique qui est parfois adoptée – laquelle consiste à produire tous les renseignements sauf ceux qui sont manifestement non pertinents – a peu d'utilité pour l'accusé et ne devrait pas constituer la pratique courante, même si la Cour suprême du Canada laisse entendre le contraire dans ses remarques incidentes⁵⁸. Il y a risque que le raisonnement suivi dans ces remarques incidentes soit devenu la norme opérationnelle appliquée par les procureurs de la poursuite en matière de divulgation.

Une norme appelant à la communication de tous les éléments de preuve qui ne sont pas manifestement non pertinents pourrait, si elle était appliquée de façon machinale, entraîner la communication de nombreux renseignements qui ne sont d'aucune utilité possible pour l'accusé. Le principe qu'il convient d'appliquer, selon la Commission, est que le ministère public ne doit communiquer à l'accusé que les renseignements pertinents. Les autres renseignements, qui ne sont pas manifestement non pertinents, devraient être mis à la disposition de la défense pour examen dans un local protégé⁵⁹.

Anne-Marie Boisvert, de l'Université de Montréal, a exprimé l'avis suivant :

Je pense que les procureurs de la Couronne ont été parfois trop timides dans leurs objections à certaines divulgations et la magistrature a aussi parfois été trop timide ou aurait pu assortir la divulgation de certaines conditions.

Donc, je trouve que des fois on [ne] réfléchit pas, mais tout le monde a des pouvoirs qu'il – et on essaie toujours après de proposer des solutions législatives à la pièce mais je pense

⁵⁶ Témoignage de William Elliott, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11809-11810.

⁵⁷ *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252.

⁵⁸ *R. c. Chaplin*, 1995 CanLII 126, [1995] 1 R.C.S. 727.

⁵⁹ La procédure de consultation des documents est examinée au chapitre IX.

qu'on pourrait faire l'exercice de regarder exactement. L'accusé a un droit à un procès équitable, a le droit à une défense pleine et entière. Il n'a pas nécessairement le droit de diffuser n'importe quoi sur l'internet [sic]⁶⁰.

De même, Bruce MacFarlane, ancien sous-procureur général du Manitoba, a reconnu que les juges dans l'arrêt *Stinchcombe* n'ont jamais voulu exiger une divulgation absolue, ou exhaustive, et a indiqué que les procureurs de la poursuite [traduction] « privilégient clairement la divulgation ». Cela a donné lieu à une quantité « très impressionnante » de renseignements divulgués⁶¹. L'explication réside peut-être dans le fait qu'il est plus facile de tout communiquer que de distinguer les éléments de preuve qui sont pertinents.

Faute de directives des tribunaux à ce sujet, on ne saurait reprocher aux procureurs de la poursuite de privilégier une divulgation plus étendue par souci d'équité envers l'accusé ou d'interpréter de manière libérale leurs obligations en matière de communication. Toutefois, les procureurs de la poursuite devraient exercer leur jugement professionnel pour déterminer quels éléments de preuve doivent être communiqués. La norme applicable en matière de divulgation devrait être celle de la pertinence, telle qu'énoncée de façon constante par la Cour suprême du Canada dans plusieurs arrêts.

Le ministère public jouit également d'un pouvoir discrétionnaire quant au moment de communiquer les éléments de preuve. Il est parfois justifié de s'écarter de la règle usuelle de la communication hâtive avant le procès s'il y a quelque inquiétude quant à la sécurité des indicateurs et des témoins ou s'il est nécessaire d'empêcher que des enquêtes en cours soient dévoilées au grand jour. Des délais dans la communication de la preuve pourraient également être justifiés lorsque l'on tente d'obtenir le consentement de tiers, comme des services de renseignement étrangers⁶².

Le *Guide du Service fédéral des poursuites* est utile en ce qu'il indique les catégories d'éléments de preuve qui devraient ou ne devraient pas être divulgués. Cependant, le *Guide* devrait être mis à jour, particulièrement en ce qui concerne les éléments qui peuvent être visés par une revendication de confidentialité pour raisons de sécurité nationale fondée sur l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La section du *Guide* qui porte sur le privilège de confidentialité pour raisons de sécurité nationale n'a pas été révisée depuis 2000⁶³. Depuis 2000, les tribunaux ont statué que des revendications fondées sur l'article 38 qui étaient

⁶⁰ Témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8773.

⁶¹ Témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9931-9932.

⁶² Voir au chapitre IX l'analyse détaillée de la nécessité de recourir à la divulgation en plusieurs volets dans les poursuites antiterroristes.

⁶³ Tel qu'il appert de la table des matières du *Guide du Service fédéral des poursuites*, en ligne : ministère de la Justice du Canada <<http://canada.justice.gc.ca/fra/dept-min/pub/fps-sfp/fpd/toc.html>> (consulté le 30 juillet 2009).

dilatoires et perturbatrices avaient été présentées à l'égard de renseignements qui n'étaient pas pertinents pour l'affaire et qui ne pouvaient être d'aucune utilité à l'accusé⁶⁴.

La manière la plus appropriée et la plus efficace de décider ce qui doit être divulgué consiste à s'en remettre au juge du procès. D'où l'importance de faire désigner promptement le juge du procès dans le cadre de poursuites antiterroristes. Une approche différentielle de la divulgation, comme celle qui a été suivie dans l'affaire *Malik and Bagri*, est également utile, même s'il en résulte que certains éléments d'une pertinence minimale sont mis à la disposition de l'accusé pour examen. La divulgation en plusieurs volets et l'importance de la communication électronique font l'objet d'un examen plus poussé au chapitre IX.

Recommandation 13:

Les lignes directrices fédérales en matière de poursuite devraient être modifiées afin que ceux qui intentent des poursuites pour terrorisme comprennent bien que seuls les éléments de preuve qui sont pertinents dans le cadre d'une affaire et susceptibles d'être utiles à l'accusé devraient être communiqués. Les éléments de preuve peu pertinents – c'est-à-dire pas manifestement non pertinents – devraient, s'il y a lieu, être mis à la disposition de la défense pour examen dans un local protégé.

5.7 Production de renseignements en vertu de l'arrêt *R. c. O'Connor*

En plus d'être assujéti à l'obligation de communication découlant de l'arrêt *Stinchcombe*, le SCRS peut faire l'objet d'une demande visant à obtenir des informations auprès d'un tiers. Dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, rendu en 1995, la Cour suprême du Canada a reconnu que l'accusé peut obtenir des renseignements de tiers, notamment des organismes publics et privés, lorsqu'ils concernent une question en litige, la fiabilité des éléments de preuve ou la crédibilité des témoins⁶⁵. Néanmoins, le droit d'accès à des éléments détenus par un tiers n'est pas absolu. L'accusé doit démontrer que les éléments détenus par le tiers satisfont à une norme de pertinence plus élevée que s'ils étaient détenus par le ministère public.

La norme applicable aux renseignements détenus par un tiers consiste à déterminer si les renseignements sont « vraisemblablement pertinents », par opposition à la norme de la « pertinence » énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*⁶⁶. Cette exigence de « pertinence vraisemblable » est « un fardeau important »

⁶⁴ *Nicholas Ribic et Sa Majesté la Reine et le Service canadien du renseignement de sécurité*, 2002 CFPI 290 aux paras. 7-10; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C. (3^e) 129 aux paras. 40-41; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, 291 C.C.C. (3^e) 305 au para. 116, infirmé pour d'autres motifs, 2007 CAF 342; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2008 CF 560 au para. 14; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807, 331 F.T.R. 1 au para. 68.

⁶⁵ [1995] 4 R.C.S. 411 au para. 22.

⁶⁶ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 aux paras. 45-47; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 au para. 33.

incombant à l'accusé, et vise à mettre un terme aux recherches à l'aveuglette, mais « cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux », compte tenu de la difficulté d'ordre pratique à laquelle est confronté l'accusé lorsqu'il tente d'établir la pertinence d'éléments de preuve qu'il n'a pas vus⁶⁷. Si la norme est respectée, le tribunal soupèse alors les avantages et les préjudices rattachés à la production des documents à l'accusé.

Dans l'arrêt *McNeil*, la Cour suprême a indiqué que, si les dossiers en la possession de tiers ont une « pertinence véritable » pour le procès, ils devraient généralement être communiqués à l'accusé de la manière prévue à l'arrêt *Stinchcombe*, bien qu'ils puissent faire l'objet d'une certaine expurgation et de restrictions relatives à l'utilisation des éléments afin de protéger les intérêts divergents, comme les droits résiduels à la protection de la vie privée⁶⁸. Des revendications de privilège, comme le privilège relatif aux indicateurs⁶⁹ ou le privilège relatif à la sécurité nationale⁷⁰, peuvent être présentées et faire « obstacle à la demande de l'accusé visant à obtenir la production des renseignements visés, peu importe leur pertinence. Il est donc préférable que les questions de privilège soient réglées dès le début du processus établi dans *O'Connor* »⁷¹.

Bien que l'arrêt *O'Connor* fixe un seuil de pertinence plus élevé et prévoie une pondération limitée des intérêts divergents favorables et défavorables à la communication de dossiers en la possession de tiers, il pourrait tout de même appeler à la production des informations recueillies par le SCRS dans le cadre d'enquêtes antiterroristes. Les informations issues de la surveillance du SCRS peuvent être fort pertinentes au regard de nombreuses questions en litige dans le cadre de procès antiterroristes, comme les allées et venues de l'accusé ou de ses collaborateurs, ou la crédibilité d'un témoin clé qui avait déjà fourni des informations au SCRS.

5.7.1 Législation applicable aux demandes de production de renseignements fondées sur l'arrêt *O'Connor*

Il existe une certaine jurisprudence favorable à la clarification législative des procédures de common law énoncées dans l'arrêt *O'Connor* en vue d'obtenir la production d'éléments de preuve détenus par des tiers dans le cadre d'un procès criminel. Dans l'arrêt *R. c. Mills*⁷², la Cour suprême du Canada a confirmé la validité d'une loi adoptée par suite de l'arrêt *O'Connor*. La législation prévoyait une procédure et une liste de facteurs pertinents dont les juges devaient tenir compte avant d'ordonner que des informations de nature privée détenues par un tiers ou par le ministère public au sujet des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle soient produites devant le juge du procès ou communiquées

67 *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 au para. 29.

68 *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 aux paras. 42-47.

69 Voir au chapitre VI l'examen de ce privilège et d'autres privilèges.

70 Voir au chapitre VII l'examen du privilège relatif à la sécurité nationale fondé sur l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

71 *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 au para. 27(4).

72 [1999] 3 R.C.S. 668.

à l'accusé. La décision de la Cour reposait sur la notion que le législateur était appelé à concilier les droits opposés qui sont reconnus au plaignant et à l'accusé par la *Charte*. M. Roach, dans l'étude qu'il a présentée à la Commission, a laissé entendre que les tribunaux ne devraient pas appliquer la même démarche s'ils arrivent à la conclusion que le contexte de la sécurité nationale « oppose un accusé donné aux intérêts puissants, faut-il en convenir, de l'État⁷³ ».

Un régime législatif restrictif régissant les demandes de production auprès du SCRS ne pourrait garantir au SCRS que ses renseignements ne seraient jamais visés par une ordonnance de production ou de divulgation. Il faudrait en effet que la loi permette aux tribunaux d'exercer un pouvoir discrétionnaire suffisant pour s'assurer qu'il n'y ait pas atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière⁷⁴.

Il n'y a pas vraiment lieu de conclure que l'absence de loi régissant la communication par un tiers amènera les juges à devenir insensibles aux préjudices que sont susceptibles de causer la production et la communication de renseignements de sécurité. Par ailleurs, la loi qui établirait la présomption que le SCRS est un tiers et qui restreindrait la production et la communication de renseignements pourrait donner lieu à de nombreux litiges inutiles. Une telle loi serait contestée au motif que les renseignements détenus par le SCRS sont assujettis à l'arrêt *Stinchcombe*, comme cela a été jugé dans l'affaire *Malik and Bagri*. On pourrait également se demander si le SCRS est une « autorité de l'État chargée de mener des enquêtes » assujettie à l'arrêt *Stinchcombe* ou encore si le procureur de la Couronne a exercé convenablement ses responsabilités d'officier de justice pour efficacement « réduire l'écart entre la communication de la preuve par la partie principale et la production d'éléments de preuve par les tiers »⁷⁵. Des litiges sur le statut du SCRS ou sur les termes ou la constitutionnalité d'une loi restrictive auraient pour effet de prolonger les poursuites antiterroristes sans nécessairement résoudre la question fondamentale, à savoir si l'accusé devrait avoir accès aux éléments de preuve détenus par le SCRS, et sous quelle forme. M. Roach a fait la mise en garde suivante : « [m]ême si une loi restreignant la portée de l'arrêt *Stinchcombe* était maintenue en vertu de la *Charte*, il pourrait en découler de nombreux litiges sur le sens exact qu'il convient de lui donner et sur son rapport avec les normes constitutionnelles. L'apparente certitude engendrée par une telle loi pourrait être plus illusoire que réelle⁷⁶ ».

5.8 Anticipation de la communication

Si les informations détenues par le SCRS ne sont pas déjà incluses dans les éléments de preuve visés par l'arrêt *Stinchcombe* qui lui ont été divulgués dans le cadre d'une poursuite antiterroriste, l'accusé cherchera presque inévitablement à en obtenir la production. Cela nécessitera de longues instances dans le cadre desquelles les juges pourraient être appelés à examiner en détail les informations

⁷³ Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 142.

⁷⁴ *R. c. Taillefer*; *R. c. Duguay*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307.

⁷⁵ *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3 aux paras. 14, 51.

⁷⁶ Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 146.

détenues par le SCRS. Dans certains cas, il peut être indiqué pour le ministère public d'inclure volontairement les informations pertinentes détenues par le SCRS dans le cadre du processus de divulgation suivant *Stinchcombe*, qu'un tribunal conclue ou non que le SCRS est assujéti à cet arrêt dans l'affaire dont il est saisi. Cette approche garantirait également que le ministère public s'acquitte de son obligation, énoncée récemment dans l'arrêt *McNeil*, de se renseigner au sujet des éléments de preuve pertinents à communiquer lorsqu'il sait que le SCRS a mené une enquête⁷⁷. Il peut s'avérer plus facile pour le ministère public d'étendre aux informations du SCRS qui ne sont pas exclues par un privilège les obligations en matière de communication qui lui incombent en vertu de l'arrêt *Stinchcombe* si, comme dans l'affaire *Air India*, ces informations sont mises à la disposition de la défense pour examen dans un local protégé.

Dans certains cas, il peut être indiqué pour le procureur général du Canada de s'adresser directement au tribunal en vue d'obtenir une ordonnance de non-divulgation en application de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* relativement aux informations détenues par le SCRS. Une revendication préliminaire de privilège pourrait écarter la nécessité de décider si les procédures établies dans l'arrêt *Stinchcombe* ou dans l'arrêt *O'Connor* s'appliquent. On pourrait déterminer dans le cadre d'une instance fondée sur l'article 38 si les informations du SCRS devraient être communiquées à l'accusé, et sous quelle forme. L'article 38 prévoit des mesures comme l'expurgation partielle ou l'utilisation de résumés afin de concilier les impératifs divergents de la divulgation et du secret.

L'instance concernant la communication de renseignements en vertu de l'article 38 portera sur la question centrale : les renseignements détenus par le SCRS doivent-ils être divulgués à l'accusé, et si oui sous quelle forme? On pourrait éviter de débattre de questions quelque peu théoriques visant par exemple à déterminer si le SCRS fait partie de la Couronne compte tenu de l'arrêt *Stinchcombe* ou s'il est simplement un tiers dans la poursuite, ou si le ministère public s'est acquitté de son obligation de se renseigner suffisamment pour découvrir si le SCRS détient des renseignements qui devraient être communiqués à l'accusé.

Recommandation 14:

Il n'y a pas lieu d'adopter de nouvelles dispositions législatives pour régir la production, dans le cadre d'une poursuite criminelle, de renseignements détenus par le SCRS. La procédure prévue par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* constitue un cadre approprié qui permet au tribunal de première instance de déterminer si la production de ces renseignements est justifiée.

⁷⁷ 2009 CSC 3 au para. 49.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE VI: RÔLE DES PRIVILÈGES DANS LA PRÉVENTION DE LA DIVULGATION DE RENSEIGNEMENTS

6.0 Introduction

Les privilèges relatifs à la preuve sont des règles complexes établies par les tribunaux afin de préserver la confidentialité de renseignements auxquels la société attache une valeur. Le privilège le plus connu est celui qui assure la confidentialité des renseignements échangés entre les avocats et leurs clients lors d'une consultation juridique. Les exigences en matière de divulgation, ou communication, découlant de l'arrêt *Stinchcombe* ne s'appliquent pas aux documents protégés par des privilèges relatifs à la preuve. Cette exception importante n'est pas toujours parfaitement comprise.

Un autre privilège important est le « privilège relatif aux indicateurs de police ». Ce privilège protège l'identité de l'indicateur ayant fourni des renseignements à la police en échange d'une promesse de confidentialité et d'anonymat. Il vise à protéger les indicateurs tout en encourageant d'autres personnes à communiquer des renseignements.

Le privilège relatif aux indicateurs de police est un privilège « générique » ou « absolu », en ce sens qu'il protège les renseignements sans qu'il faille soupeser les intérêts favorables et défavorables à la divulgation. Ce privilège lie la police, les poursuivants et les juges, et le ministère public ne peut y renoncer unilatéralement. Il ne peut être levé qu'avec le consentement de l'indicateur. Le privilège permet à l'indicateur de refuser d'être assigné comme témoin. Il est possible toutefois d'invoquer une exception à ce privilège lorsque les renseignements en cause sont le seul moyen de démontrer l'innocence de l'accusé¹. Au niveau fédéral, le privilège s'appliquant à tous les documents confidentiels du Cabinet² constitue un autre privilège générique.

Les privilèges génériques se distinguent des privilèges dit « d'immunité relative », qui supposent la pondération des intérêts favorables et défavorables à la divulgation au moment de l'examen des faits particuliers de l'espèce³. Ce

¹ *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252.

² *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 39 [*Loi sur la preuve au Canada*].

³ Les immunités relatives prévues par la *Loi sur la preuve au Canada*, comme l'immunité pour raisons d'intérêt public déterminées (art. 37) et le privilège relatif à la sécurité nationale (art. 38), sont examinées au chapitre VII.

sont donc les privilèges génériques qui permettent de savoir à l'avance avec le plus de certitude que les renseignements protégés ne seront pas divulgués.

Le privilège relatif aux indicateurs de police crée une tension entre l'impératif du secret et l'obligation de communication. Les enjeux sont élevés. D'une part, il peut s'avérer nécessaire de promettre l'anonymat à un indicateur afin d'obtenir des renseignements qui sont essentiels pour prévenir un acte terroriste. D'autre part, ces promesses peuvent rendre les poursuites antiterroristes difficiles, voire impossibles, puisque l'indicateur dispose ainsi d'un veto virtuel en vertu duquel il peut refuser de témoigner à l'appui de la preuve de la poursuite.

Le privilège relatif aux indicateurs de police ne s'applique pas aux personnes qui agissent comme agents de l'État ou qui deviennent témoins importants d'un crime – ce qui se produit fréquemment dans les enquêtes sur le terrorisme, car souvent les meilleurs indicateurs jouent un rôle actif ou deviennent témoins de crimes.

On ne sait pas avec certitude si les informateurs du SCRS sont protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police, ou même s'ils peuvent être protégés par le privilège si leur « contrôle » est transféré à la GRC.

La saine gestion des informateurs, y compris la prise de décisions éclairées concernant la mesure dans laquelle l'intérêt public justifie des promesses susceptibles de déclencher l'application du privilège de l'indicateur de police, est essentielle au succès des enquêtes et des poursuites antiterroristes.

La première partie du présent chapitre porte principalement sur le rôle important, mais incertain, du privilège relatif aux indicateurs de police dans les enquêtes antiterroristes. Plus loin, on y examine la possibilité de créer un nouveau privilège générique pour protéger les délibérations du conseiller à la sécurité nationale (CSN). Ce privilège viserait à garantir que les informations communiquées au CSN, ainsi que les délibérations tenues dans le bureau du CSN, soient protégées contre la divulgation forcée. L'objectif serait de donner au CSN une « zone de confidentialité » qui lui permettrait de s'acquitter, à l'abri de toute publicité, des responsabilités que le chapitre II recommande de lui confier. Le nouveau privilège faciliterait l'échange d'informations, la coordination centrale, la résolution des différends et la surveillance centrale nécessaires pour assurer l'efficacité des activités du Canada en matière de sécurité nationale.

6.1 Rôle du privilège de l'indicateur de police dans les enquêtes et les poursuites antiterroristes

Malgré son importance, le privilège relatif aux indicateurs de police n'est pas clair. La jurisprudence ne répond pas définitivement à des questions fondamentales, quant à savoir par exemple à quel moment le privilège est établi et s'il s'applique aux informateurs du SCRS.

Il est important de savoir si les informateurs du SCRS peuvent bénéficier du privilège de l'indicateur, soit en raison de leurs rapports avec le SCRS ou en raison

des promesses que la GRC leur a faites par suite de leur transfert. La réponse à cette question déterminera la mesure dans laquelle les deux organismes peuvent protéger les informateurs dont ils ont la charge. Les informateurs potentiels peuvent refuser de donner des informations, notamment des informations qui pourraient s'avérer d'une importance cruciale pour prévenir un acte terroriste susceptible de causer la mort, à moins qu'on ne leur promette l'anonymat et qu'ils aient l'assurance qu'ils ne seront pas contraints de témoigner.

La poursuite contre Talwinder Singh Parmar et ses collaborateurs pour complot en vue de commettre des actes terroristes en Inde a été abandonnée en 1987, parce qu'un informateur n'a pas voulu que des informations permettant de l'identifier soient divulguées ou a refusé de participer à un programme de protection des témoins⁴. Les informateurs peuvent être portés à compter sur le privilège de l'indicateur et refuser de témoigner s'ils estiment que les programmes de protection des témoins sont inadéquats.

Dans une autre affaire, une déclaration de culpabilité pour complot en vue de faire exploser un avion d'Air India en 1986 a été invalidée, et un sursis a été ordonné, car la police ne voulait pas révéler l'identité d'un informateur connu sous le nom de « Billy Joe ». Les tribunaux ont conclu que cette personne n'était pas protégée par le privilège de l'indicateur parce qu'elle avait agi comme agent de l'État et était un témoin important du complot terroriste reproché⁵.

L'informateur qui se mêle trop à un complot terroriste peut perdre les avantages du privilège de l'indicateur s'il agit à titre de policier ou devient un témoin important d'un crime terroriste⁶. La perte de la protection du privilège peut avoir des conséquences dramatiques sur l'informateur. Son identité peut être divulguée en cour et il peut être contraint de témoigner. Dans certains cas, la sécurité de l'informateur et celle de sa famille peuvent être menacées, et il peut aussi être victime d'autres formes d'intimidation. Il est donc essentiel que les programmes de protection des témoins soient adéquats. Ces programmes sont analysés au chapitre VIII.

Le pouvoir des policiers de faire des promesses d'anonymat exécutoires aux indicateurs est reconnu depuis longtemps comme un outil important aux fins d'application de la loi. La Cour suprême du Canada s'est récemment prononcée sur le sujet dans l'arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun* :

⁴ *R. v. Parmar* (1987), 31 C.R.R. 256 (Ont. H.C.J.), analysée dans Kent Roach, « Particularités des poursuites pour terrorisme : Vers une meilleure conciliation du renseignement de sécurité et de la preuve », vol. 4 des études de recherche : *Particularités des poursuites pour terrorisme*, p. 117-126 [rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes].

⁵ *R. c. Khela* (1998), 126 C.C.C. (3^e) 341 (C.A.Q.), analysée dans le rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 155-165.

⁶ Jean-Paul Brodeur a fait valoir que les sources les plus utiles sont celles qui sont « actives », lesquelles peuvent être accusées d'avoir incité leurs cibles à commettre un délit et voir leur crédibilité mise en doute : Jean-Paul Brodeur, « La Gendarmerie royale du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité – Analyse comparée des cultures organisationnelles et professionnelles », vol. 1 des études de recherche : *L'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS*, p. 229-230.

Le travail des policiers et le système de justice pénale dans son ensemble sont, dans une certaine mesure, tributaires de l'initiative des indicateurs confidentiels. Ainsi, il est depuis longtemps reconnu en droit que les personnes choisissant de servir d'indicateur confidentiel doivent être protégées des représailles possibles. Le privilège relatif aux indicateurs de police est la règle de droit qui empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements concernant des matières criminelles. Cette protection encourage par ailleurs les indicateurs éventuels à collaborer avec le système de justice pénale⁷.

La Cour a insisté sur l'étendue du privilège, soulignant que « [t]ous les renseignements susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur sont protégés par le privilège. Ainsi, la protection ne vise pas uniquement le nom de l'indicateur de police, mais aussi tous les renseignements susceptibles de servir à l'identifier. » Le privilège impose aux policiers, au ministère public et aux avocats l'obligation « de garder secrète l'identité des indicateurs »⁸.

Selon la Cour suprême, la « règle impérative du privilège relatif aux indicateurs de police se justifie en partie parce qu'elle encourage les indicateurs éventuels à se manifester et à dénoncer les crimes, confiants que leur identité sera protégée⁹ ». Contrairement au privilège de confidentialité établi selon les circonstances de chaque cas ou à l'immunité pour raisons d'intérêt public, ou encore aux privilèges de confidentialité liée à la sécurité nationale prévus aux articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁰, le privilège de l'indicateur est absolu, dès lors que son existence est établie, sous réserve uniquement de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé :

Une fois son existence établie, le privilège ne peut être réduit ou pondéré en fonction d'autres préoccupations relatives à l'administration de la justice. La police et les tribunaux n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de le réduire et sont tenus de le faire respecter¹¹.

À l'opposé, lorsqu'il revendique un privilège au titre de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le procureur général du Canada doit démontrer que la divulgation de renseignements secrets porterait préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales. Le juge doit alors déterminer si le préjudice causé par la divulgation en l'espèce serait plus important que celui causé par la non-divulgation.

⁷ 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252 au para. 16.

⁸ 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252 au para. 26.

⁹ *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252 au para. 39.

¹⁰ L.R.C. 1985, c. C-5.

¹¹ *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281 au para. 28.

Le privilège de l'indicateur de police a été reconnu dans plusieurs situations mettant en cause la sécurité nationale. La Cour suprême a conclu que le privilège s'applique même aux renseignements policiers visant des dossiers médicaux confidentiels et lorsque l'enquête ne se rattache pas à une poursuite particulière. Dans l'arrêt *Solliciteur général du Canada c. Commission royale (dossiers de santé)*, le juge Martland a affirmé au nom de la Cour que le fondement du privilège de l'indicateur de police « est encore plus ferme lorsqu'il s'agit du travail policier dans la protection de la sécurité nationale » :

Le principe de droit qui protège contre la divulgation de l'identité des personnes qui fournissent des renseignements dans le cadre d'une enquête policière sur le crime se justifie d'autant plus lorsqu'il s'agit de la protection de la sécurité nationale contre la violence et le terrorisme¹².

Ces propos datent de 1981. L'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India qui a suivi et les attentats du 11 septembre sont venus encore souligner à quel point l'État a intérêt à obtenir des informations sur les suspects terroristes et à prévenir les actes terroristes. La capacité de la police à se fonder sur le privilège de l'indicateur pour obtenir de telles informations est extrêmement importante, même si le privilège peut compliquer la conduite de certaines poursuites antiterroristes.

En 1983, dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*¹³, la Cour suprême a établi que le privilège relatif aux indicateurs et le « privilège de la Couronne » – qu'on appelle maintenant le privilège de confidentialité liée à la sécurité nationale en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* – reposent tous deux sur le fait qu'il est parfois dans l'intérêt public de préserver le secret.

6.1.1 Perte du privilège lorsque l'indicateur est ou devient un agent ou un témoin important

Le privilège relatif aux indicateurs ne s'applique pas lorsque l'indicateur de police est ou devient un agent de l'État ou un témoin important du crime reproché. Il en est ainsi simplement parce que, dans ces situations, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière devient plus important que la protection de l'identité de l'indicateur. Cette restriction au privilège de l'indicateur est particulièrement pertinente dans les enquêtes antiterroristes parce que les indicateurs qui sont au courant d'un complot terroriste secret risquent souvent d'être des témoins importants du complot ou d'agir comme agents de l'État pour déjouer le complot, ou les deux.

Les limites du privilège relatif aux indicateurs ont été mises en lumière dans une poursuite antiterroriste découlant d'un présumé complot visant à faire

¹² *Solliciteur général du Canada, et al. c. Commission royale (dossiers de santé)*, [1981] 2 R.C.S. 494 à la p. 537.

¹³ [1983] 2 R.C.S. 60.

exploser un avion d'Air India en 1986. La Cour d'appel du Québec a conclu que l'identité de l'indicateur « Billy Joe » n'était pas protégée par le privilège parce que celui-ci était devenu un témoin important. Le témoignage de l'indicateur était pertinent pour ce qui était de déterminer si un crime avait été commis et si l'accusé pouvait invoquer la défense de provocation policière¹⁴. Les tribunaux ont éventuellement arrêté les procédures parce que le ministère public persistait à ne pas divulguer l'identité de l'indicateur et d'autres renseignements, notamment les notes des policiers au sujet des entrevues avec l'indicateur¹⁵. Cette affaire démontre comment des restrictions au privilège de l'indicateur visant à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable peuvent compliquer les poursuites pour terrorisme et faire en sorte qu'il devient difficile de protéger les indicateurs. Lorsque l'identité d'un indicateur doit être révélée parce qu'il est devenu un témoin important ou un agent de l'État, la poursuite n'a que deux options : assurer à l'indicateur l'anonymat partiel et lui fournir une protection adéquate, ou abandonner la poursuite. La pertinence des programmes de protection des témoins, ainsi que les dispositifs d'« anonymat partiel », qui permettent aux personnes comme « Billy Joe » d'être identifiées seulement par un pseudonyme ou de témoigner en cour de façon virtuelle ou derrière des écrans¹⁶, sont analysés au chapitre VIII.

Les promesses d'anonymat qui ne sont pas tenues rompent le lien de confiance entre les autorités et les informateurs et peuvent amener ces derniers à changer leur version des faits ou à avoir des « trous de mémoire » lorsqu'on leur demande de témoigner. En général, il est préférable pour les services de renseignement de sécurité et la police d'être honnêtes avec les informateurs concernant la possibilité que leur identité soit divulguée et qu'ils soient tenus de témoigner s'ils deviennent des témoins importants ou des agents de l'État.

Les autorités devraient également avoir la possibilité de répondre aux préoccupations de l'informateur concernant sa sécurité. Lorsque nécessaire, la police et les services de renseignement de sécurité devraient avoir accès à des programmes flexibles de protection des témoins.

Dans bon nombre de cas, la possibilité de déjouer un complot terroriste devrait avoir la priorité sur l'engagement subséquent d'une poursuite à l'égard de l'acte terroriste découlant du complot, et il peut s'avérer nécessaire de promettre l'anonymat pour pouvoir y arriver. Toutefois, ces promesses ne devraient pas être faites systématiquement. Il faut se rappeler qu'une promesse, si elle est honorée, peut rendre difficile, voire impossible, une poursuite subséquente. En général, la décision de promettre l'anonymat ne devrait pas revenir exclusivement aux policiers ou aux agents individuels. Des modalités devraient être établies pour permettre de considérer tous les éléments de preuve disponibles. Il faut établir un processus décisionnel cohérent et respecter la voie hiérarchique des organismes concernés.

¹⁴ *R. c. Khela* (1991), 68 C.C.C. (3^e) 81 (C.A.Q.).

¹⁵ *R. c. Khela* (1998), 126 C.C.C. (3^e) 341 (C.A.Q.).

¹⁶ *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 486.2(4)-(5).

La fiabilité de l'informateur devrait être l'un des facteurs à considérer avant d'offrir l'anonymat, car un informateur non fiable pourrait modifier sa version des faits, mais demeurer tout de même protégé par le privilège relatif aux indicateurs. Des avis juridiques devraient être obtenus, dès que possible, tant sur les effets juridiques des promesses faites aux informateurs que sur les répercussions qu'aurait le privilège de l'indicateur sur les poursuites subséquentes. Des avis juridiques seront également nécessaires pour déterminer si un informateur a déjà perdu, ou risque de perdre, le bénéfice du privilège parce qu'il est devenu un agent de l'État ou un témoin important.

Dans certains cas, la protection d'un informateur au moyen d'un programme de protection des témoins peut être offerte à titre de solution de rechange au privilège relatif aux indicateurs de police.

Recommandation 15:

La GRC et le SCRS devraient tous deux établir des modalités pour régir les promesses d'anonymat faites aux informateurs. Ces modalités, qui devraient servir l'intérêt public, ne devraient pas être axées uniquement sur le mandat de l'organisme concerné.

6.2 Privilège de l'indicateur et transfert des sources du SCRS à la GRC

Dans une décision préliminaire concernant l'attentat à la bombe contre Air India, le juge Josephson a conclu que le SCRS était assujéti aux exigences en matière de divulgation découlant de l'arrêt *Stinchcombe*. Il a ajouté ce qui suit :

[Traduction]

[L]a prétention portant que le témoin devrait être qualifié d'informateur confidentiel protégé par le privilège relatif aux indicateurs est contraire à toute la preuve liée à son traitement par le SCRS. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de déterminer si, en droit, le SCRS peut protéger une source au moyen du privilège relatif aux indicateurs, il ne fait aucun doute que les mesures qu'il a prises subséquemment pour communiquer à la GRC les informations obtenues du témoin et son identité démontrent qu'il ne l'a jamais considéré ou traité ainsi¹⁷.

Même si elle n'était pas strictement nécessaire au jugement, cette remarque signifie que toute chance qu'une source puisse être protégée par le privilège relatif aux indicateurs serait perdue chaque fois que le SCRS transmet à la police des informations sur une source en application de l'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur le SCRS*¹⁸. Comme la loi lui impose de garantir la confidentialité de ses sources, le SCRS pourrait être réticent à communiquer des informations sur ses sources à la GRC.

¹⁷ *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39 au para. 18.

¹⁸ L.R.C. 1985, c. C-23.

Au chapitre IV, on recommande que le SCRS n'ait plus le pouvoir discrétionnaire, que lui confère l'alinéa 19(2)a), de ne pas communiquer des informations qui se rapportent à des enquêtes de police ou à des poursuites. Pour que cette recommandation puisse être suivie, il faudrait permettre au SCRS de relayer des informations sur une source à la GRC ou au CSN sans que cette source ne perde la possibilité de bénéficier du privilège de l'indicateur. Cela ne veut pas dire que le privilège de l'indicateur devrait être promis dans tous les cas ou que les agents du SCRS devraient être autorisés par la loi à faire des promesses qui déclencheraient l'application de ce privilège. Quoi qu'il en soit, il faut établir un mécanisme permettant d'autoriser l'échange d'informations concernant des informateurs entre le SCRS et la GRC, ou entre le SCRS et le CSN, sans perdre la possibilité d'invoquer le privilège de l'indicateur.

L'échange d'informations entre le SCRS et la GRC devrait être réciproque. Dans certains cas, il se pourrait que la GRC veuille parler de ses informateurs au SCRS sans perdre la possibilité d'invoquer le privilège de l'indicateur.

Certains tribunaux ont indiqué que les renseignements peuvent être échangés entre la police et le procureur de la Couronne sans qu'il y ait perte du privilège relatif aux indicateurs. Dans une affaire, le juge a conclu que le privilège était conservé même si l'identité de l'indicateur avait été révélée à trois membres de la GRC, à un membre de la police provinciale de l'Ontario, à deux juges, à un greffier, à un avocat d'un cabinet privé travaillant pour le ministère fédéral de la Justice et à un procureur fédéral. Le juge s'est exprimé ainsi :

Puisque les policiers, les juges et les procureurs de la Couronne ont coutume de partager l'information relevant du privilège, il est clair que cette information peut être partagée, en deçà de certaines limites, sans que soit rompue la garantie et sans le consentement de l'indicateur. En fait, le cercle de gens qui sont fondés à recevoir l'information s'élargit avec le temps, en fonction des circonstances. L'élargissement de ce cercle se fait sans violation de la garantie, et sans le consentement de l'indicateur et, qui plus est, sans qu'il soit porté atteinte à l'intérêt public sur lequel repose le privilège. Le procureur de la Couronne par exemple, dans la présente demande, pourrait devoir modifier la présentation de ses arguments afin de respecter le privilège¹⁹.

L'existence du privilège relatif aux indicateurs a été confirmée en appel. La Commission des plaintes du public contre la GRC n'a donc pas eu accès à l'identité de l'indicateur. Cependant, le juge Létourneau s'est dit préoccupé par le nombre de personnes ayant eu accès à l'identité de l'indicateur :

¹⁹ *Canada (Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie Royale) c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 830, 255 F.T.R. 270 au para. 20.

La sécurité et la confidentialité sont des aspects importants du privilège relatif aux indicateurs de police. Je reconnais que je suis profondément troublé par le fait qu'un grand nombre de personnes ont eu accès aux renseignements protégés dans la présente affaire ce qui augmente le risque de divulgation et, ainsi, le risque que l'utilité du privilège disparaisse. Si les indicateurs potentiels étaient mis au courant de la manière dont les renseignements ont été communiqués dans la présente affaire, je ne pense pas qu'ils seraient nombreux à se présenter à l'avenir. En outre, l'appelante ne peut invoquer la divulgation irrégulière des renseignements en l'espèce pour appuyer sa position. Ajouter la présidente de la Commission et certains membres de son personnel à une liste déjà longue, ce serait ajouter des personnes qui ont un intérêt à avoir accès à des renseignements privilégiés dans le but de « rendre une justice plus parfaite ». Toutefois, si louable soit-il, ce but ne saurait justifier l'accès à des personnes qui n'ont pas besoin de connaître ces renseignements aux fins de l'application de la loi comme cela est exigé dans le contexte du privilège relatif aux indicateurs de police : voir *Bisaillon*. Je suis convaincu que, si on les consultait, les indicateurs s'opposeraient fortement, pour des raisons de sécurité, à l'ajout d'une nouvelle liste de distribution de leur nom, particulièrement si ladite distribution trouvait sa justification dans l'atteinte d'un but autre que celui de l'application de la loi au sens strict de cette expression²⁰.

Le juge Létourneau a estimé que « dans le contexte du privilège relatif aux indicateurs de police, il faut donner une définition étroite au terme “Couronne” pour ne viser que les personnes qui participent directement à l'exécution de la loi²¹ », et donc que ce terme ne visait pas la Commission des plaintes du public contre la GRC.

Cette décision nous amène à nous demander si, aux fins de revendication du privilège de l'indicateur, la « Couronne » engloberait le SCRS. Bien que l'on puisse prétendre que le SCRS ne participe pas « directement à l'exécution de la loi », une telle conclusion serait irréaliste dans le contexte des enquêtes antiterroristes. Contrairement à la Commission des plaintes du public, le SCRS joue un rôle essentiel dans les enquêtes sur le terrorisme et a l'obligation de protéger l'identité de ses sources. Il conviendrait de modifier l'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur le SCRS* afin de préciser que la communication par le SCRS d'informations sur une personne à un service de police ou au conseiller à la sécurité nationale n'empêche pas d'invoquer le privilège relatif aux indicateurs.

²⁰ *Canada (Gendarmerie royale du Canada) c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 213, 256 D.L.R. (4^e) 577 au para. 46.

²¹ 2005 CAF 213, 256 D.L.R. (4^e) 577 au para. 43.

Recommandation 16:

L'article 19 de la *Loi sur le SCRS* devrait être modifié et préciser que la communication par le SCRS d'informations sur une personne à un service de police ou au CSN n'empêche pas d'invoquer le privilège relatif aux indicateurs.

6.3 Opportunité de protéger les informateurs du SCRS au moyen du privilège de l'indicateur

Les tribunaux n'ont pas encore donné de directives claires quant à savoir si les promesses d'anonymat que le SCRS fait à ses informateurs donnent naissance au privilège relatif aux indicateurs de police. Dans la décision préliminaire dont nous avons parlé plus tôt, le juge Josephson n'a pas déterminé si le SCRS pouvait invoquer le privilège de l'indicateur pour protéger ses sources humaines²². Il a simplement conclu que les mesures prises par le SCRS pour divulguer l'identité de l'informateur et les informations fournies à la GRC étaient incompatibles avec toute revendication subséquente de ce privilège. Pour les raisons que nous avons exposées, l'idée selon laquelle l'échange d'informations entre le SCRS et la police ne permettrait pas d'invoquer subséquemment le privilège de l'indicateur est irréaliste et devrait être rejetée.

Les tribunaux canadiens se sont généralement montrés peu disposés à appliquer le privilège de l'indicateur de police au-delà du contexte de l'application de la loi. Dans *Reference re Legislative Privilege*²³, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'appliquer ce privilège à des dénonciateurs qui avaient communiqué avec des députés. Au Royaume-Uni, par contre, les tribunaux n'ont pas hésité à appliquer le privilège à ceux qui aident les autorités publiques à découvrir des actes préjudiciables comme la violence envers les enfants²⁴ et les fraudes en matière de jeux et de loteries²⁵. M^e Colin Gibbs, un procureur de la Couronne au Royaume-Uni, a déclaré que le privilège relatif aux indicateurs s'applique aux sources des services de renseignement du Royaume-Uni²⁶.

Dans une affaire récente portant sur un certificat de sécurité, où des avocats spéciaux ont tenté sans succès de contre-interroger des sources humaines, le

²² *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39.

²³ (1978) 39 C.C.C. (2^e) 226 (Ont. C.A.).

²⁴ *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171 (C.A.).

²⁵ *Rogers v. Home Secretary; Gaming Board for Great Britain v. Rogers*, [1973] A.C. 388 (H.L. (E.)). Dans une affaire de déportation en 1977, lord Denning a conclu que [traduction] « [l']intérêt public à l'égard de la sécurité du royaume est si important que les sources de renseignements ne doivent pas être révélées, ni la nature des renseignements eux-mêmes, s'il en résulte le moindre risque de dévoiler ces sources. Il en est ainsi parce que, dans ce domaine très secret, nos ennemis pourraient tenter d'éliminer la source de renseignements. Alors les sources ne doivent pas être révélées. Pas même à la Chambre des communes. Ni à tout tribunal, commission d'enquête ou corps consultatif, établi par une loi ou non, sauf dans la mesure où le ministre de l'Intérieur le juge sûr. » – *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball* [1977] 3 All ER 452 à la p. 460 (C.A.). Geoffrey Lane a également affirmé que, [traduction] « une fois qu'un informateur potentiel pense que son identité sera divulguée s'il fournit des renseignements, il cessera d'être un informateur. Les personnes qui, pour des raisons qui leur sont propres, désirent demeurer dans l'obscurité peuvent rendre la vie des informateurs connus, pour le moins qu'on puisse dire, très désagréable. » – p. 462.

²⁶ Témoignage de Colin Gibbs, vol. 84, 28 novembre 2007, p. 10812-10813.

juge Noël de la Cour fédérale a conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas aux sources humaines du SCRS. Voici son raisonnement :

La/les source(s) humaine(s) secrète(s) en cause dans la présente requête en production sont recrutées par un service de renseignement civil; il ne s'agit pas d'indicateurs de « police » qui fournissent des renseignements à la police dans l'exercice de leurs fonctions. En outre, l'instance concernant un certificat de sécurité ne constitue pas une instance pénale. Les sources humaines secrètes sont des personnes auxquelles on a garanti la confidentialité en échange de renseignements concernant la sécurité nationale au Canada. Par conséquent, le privilège de common law qui protège les indicateurs de police et l'exception à ce privilège relative à la « démonstration de l'innocence de l'accusé » ne jouent pas comme tels à l'égard des sources humaines secrètes de renseignement recrutées par le Service²⁷.

Bien qu'il ait conclu que le privilège ne s'appliquait pas aux sources du SCRS, le juge Noël a néanmoins estimé que les sources étaient protégées par un privilège de confidentialité fondé sur les circonstances de chaque cas parce qu'il était très important de préserver la confidentialité et parce que la divulgation de l'identité des sources du SCRS risquait de porter atteinte à la sécurité nationale²⁸. Il a souligné que les « garanties de confidentialité sont essentielles pour que le Service soit en mesure de s'acquitter de sa mission de protection de la sécurité nationale du Canada tout en protégeant la source contre les représailles²⁹ ». Toutefois, le privilège de l'informateur du SCRS qu'il a reconnu n'accordait pas une protection aussi grande que le privilège relatif aux indicateurs de police, lequel n'est limité que par l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé et par le fait qu'il ne s'applique pas aux instances non criminelles. Le nouveau privilège de l'informateur du SCRS serait assujéti à l'exception relative au « besoin de connaître », laquelle s'appliquerait s'il n'y avait pas d'autre façon de « démontrer que l'instance donnera lieu par ailleurs à une violation flagrante de l'équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice³⁰ ». Cette exception pourrait être soulevée « lorsqu'il n'y a aucun autre moyen de vérifier la fiabilité de renseignements critiques fournis par une source humaine secrète que de recourir au contre-interrogatoire³¹ ».

Il est impossible de savoir si les tribunaux canadiens pourraient un jour reconnaître le privilège de l'indicateur de police à l'égard des informateurs du SCRS. Il existe des arguments solides tant en faveur qu'à l'encontre de l'existence

²⁷ *Harkat (Re)*, 2009 CF 204 au para. 18.

²⁸ 2009 CF 204 aux paras. 27-29.

²⁹ 2009 CF 204 au para. 31.

³⁰ 2009 CF 204 au para. 61.

³¹ 2009 CF 204 au para. 46.

du privilège dans de telles circonstances. Les arguments suivants sont invoqués à l'encontre de l'élargissement du privilège aux informateurs du SCRS :

- Le législateur a pris la décision de ne pas donner au SCRS des pouvoirs en matière d'application de la loi. Le privilège de l'indicateur, au Canada du moins, a été généralement réservé aux indicateurs de police;
- Le SCRS traite avec des informateurs dans le cadre de son mandat d'enquêter sur des menaces à la sécurité du Canada. Lors de ces enquêtes, il sera souvent prématuré de faire des promesses qui donneront aux informateurs le droit de refuser de témoigner ou le droit de refuser la divulgation de toute information permettant de les identifier dans une poursuite antiterroriste subséquente;
- Il est déjà possible de protéger l'identité des sources du SCRS en revendiquant l'immunité pour raisons d'intérêt public et la confidentialité pour raisons de sécurité nationale en vertu des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ou un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas. Les rapports SCRS avec ses sources relèveraient des trois premiers critères de Wigmore : 1) les communications ont été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seront pas divulguées; 2) le caractère confidentiel est un élément essentiel au maintien des rapports entre les parties; 3) les rapports doivent être de la nature de ceux qu'il convient d'entretenir³². Dans la plupart des cas, il serait essentiel de savoir si le préjudice que subirait les rapports par suite de la divulgation des communications serait plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision;
- Étendre le privilège de l'indicateur de police aux informateurs du SCRS n'est pas nécessaire car l'article 18 de la *Loi sur le SCRS* prévoit que la communication de renseignements concernant une personne qui a fourni au SCRS des informations ou une aide à titre confidentiel constitue une infraction punissable par un emprisonnement maximal de cinq ans. Toutefois, contrairement au privilège de l'indicateur de police, cette protection ne lie pas les tribunaux lorsqu'ils ordonnent la divulgation³³;

³² *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.

³³ L'article 18(2) de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, c. C-23, prévoit qu'une personne peut communiquer des informations sur une personne qui fournit ou a fourni au SCRS des informations ou une aide à titre confidentiel « dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d) ». Quant à l'alinéa 19(2)a), il autorise la communication d'informations « lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction ».

- Étendre le privilège de l'indicateur de police aux sources du SCRS pourrait amener les juges à affaiblir les protections afférentes en le limitant graduellement par des exceptions, en plus de l'exception actuelle concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé.

En revanche, plusieurs arguments sont invoqués en faveur de l'extension du privilège aux informateurs du SCRS :

- Bien que le SCRS n'ait pas de pouvoirs de police, ses enquêtes sur des menaces à la sécurité sont souvent étroitement liées à des crimes terroristes, des trahisons, de l'espionnage et des manquements à la *Loi sur la protection de l'information*³⁴;
- Il pourrait être contraire à l'intérêt public d'autoriser un policier à faire des promesses d'anonymat exécutoires afin d'obtenir des informations sur des crimes qui pourraient ne s'avérer que mineurs, alors que l'agent du SCRS ne serait pas autorisé à faire de telles promesses même si elles pourraient lui permettre d'obtenir des informations sur un acte terroriste imminent;
- Une meilleure coordination des enquêtes antiterroristes du SCRS et de la GRC pourrait réduire le risque que les promesses du SCRS ne déclenchent prématurément l'application du privilège relatif aux indicateurs de police;
- À titre de privilège générique assujéti uniquement à l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé, le privilège de l'indicateur de police accorde une plus grande protection aux informateurs que les protections maintenant accessibles aux sources du SCRS en vertu de l'article 18 de la *Loi sur le SCRS* et des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ou en vertu d'un privilège de confidentialité reconnu par la common law;
- Les pratiques actuelles du SCRS semblent être de donner aux sources humaines « la garantie absolue que leur identité sera protégée³⁵ », et une telle garantie encourage les sources à fournir des informations concernant des menaces pour la sécurité.

Le SCRS considère généralement les promesses d'anonymat faites à ses sources comme étant essentielles pour obtenir leur collaboration. Comme le juge Noël l'a récemment affirmé, cette garantie « non seulement favorise la collaboration efficace à long terme avec les sources en cause, mais aussi augmente de manière exponentielle les chances de succès des enquêtes ultérieures en matière de

³⁴ L.R.C. 1985, c. O-5.

³⁵ *Harkat (Re)*, 2009 CF 204 au para. 31.

renseignement. Les garanties de confidentialité [...] encourage[nt] également d'autres personnes à divulguer des renseignements décisifs qui seraient autrement inaccessibles au Service³⁶. »

Étant donné la nature préventive des enquêtes antiterroristes du SCRS et leur utilisation durant les premiers stades des activités suspectes, il peut être difficile pour le SCRS de déterminer si ses enquêtes pourront plus tard dévoiler des comportements criminels qui justifieraient une enquête policière et une poursuite criminelle. Les promesses d'anonymat faites aux sources humaines pourraient souvent être prématurées et risqueraient, si elles étaient exécutoires, de compromettre l'engagement subséquent de poursuites antiterroristes. Pourtant, compte tenu de son mandat, le SCRS montrera beaucoup d'empressement à faire des promesses aux sources qui l'aideront à recueillir des renseignements, et beaucoup moins à s'organiser pour que ses sources puissent témoigner dans une poursuite antiterroriste. De fait, la preuve publique disponible indique que le SCRS donne aux « sources humaines secrètes de renseignements » la garantie absolue que leur identité sera protégée³⁷.

La Commission ne recommande pas que l'application du privilège de l'indicateur de police soit étendue par la loi aux informateurs du SCRS. Toutefois, si le privilège de l'indicateur de police est étendu aux informateurs du SCRS par une loi ou la common law, il doit y avoir intégration encore plus grande des enquêtes antiterroristes du SCRS et de la GRC, et le directeur des poursuites antiterroristes³⁸ proposé doit aviser les deux organismes de l'incidence des promesses d'anonymat sur les poursuites antiterroristes subséquentes.

Dans certains cas, il sera nécessaire de faire des promesses d'anonymat exécutoires à une source pour obtenir des informations susceptibles de prévenir un acte terroriste, mais cette pratique ne devrait pas devenir systématique. Au contraire, les promesses d'anonymat devraient être faites uniquement dans l'intérêt public et sur le fondement des informations disponibles les plus complètes.

Faute d'une décision judiciaire indiquant clairement que les informateurs du SCRS peuvent être protégés par le privilège de l'indicateur de police, une collaboration plus étroite entre le SCRS et la GRC et une modification à la *Loi sur le SCRS* pourraient mener au même résultat. La *Loi sur le SCRS* devrait être modifiée pour permettre au SCRS de transférer une source humaine à la GRC ou à un autre service de police tout en préservant la capacité de la police de faire des promesses qui déclencheront l'application du privilège relatif aux indicateurs de police.

Recommandation 17:

Le SCRS ne devrait pas être autorisé à accorder le privilège relatif aux indicateurs de police. Les informateurs du SCRS devraient être protégés par le « privilège de

³⁶ *Harkat (Re)*, 2009 CF 204 au para. 31.

³⁷ *Harkat (Re)*, 2009 CF 204 au para. 31.

³⁸ Le rôle du directeur des poursuites antiterroristes proposé est analysé au chapitre III.

Wigmore » reconnu par la common law, lequel exige que le tribunal soupèse l'intérêt public de la divulgation par rapport à l'intérêt public de la confidentialité. Si une source du SCRS était transférée à la GRC, cette source devrait pouvoir bénéficier du privilège relatif aux indicateurs de police.

6.4 Nécessité d'établir de nouveaux privilèges relatifs à la sécurité nationale

On a actuellement tendance à écarter les privilèges génériques (absolus) qui favorisent le secret par rapport à la divulgation. Par exemple, la Cour suprême du Canada a refusé de reconnaître un nouveau privilège générique qui s'appliquerait aux communications religieuses³⁹ ou aux dossiers thérapeutiques privés⁴⁰. Dans cette dernière affaire, la juge L'Heureux-Dubé a expliqué ainsi cette réticence :

Généralement, un privilège générique gêne à plusieurs égards l'administration de la justice et, pour cette raison, il ne connaît pas la faveur au Canada et ailleurs dans les procès criminels. Un privilège générique constitue une entrave complète aux renseignements contenus dans ce type de dossiers, peu importe leur pertinence, et le fardeau de preuve pour en contester l'application est onéreux. La reconnaissance en droit criminel d'un privilège générique en faveur de dossiers privés soulève les préoccupations suivantes : (1) le processus de recherche de la vérité de notre procédure judiciaire contradictoire; (2) la pertinence possible de certains dossiers privés; (3) le droit de l'accusé à une défense pleine et entière; (4) les catégories d'acteurs inclus dans un privilège générique; et (5) l'expérience d'autres pays⁴¹.

La Cour n'a pas créé un nouveau privilège générique pour protéger les dossiers thérapeutiques contre la divulgation. Elle a reconnu que les privilèges génériques assurent la plus grande protection contre la divulgation, mais qu'ils peuvent également entraver la fonction de recherche de la vérité du procès criminel et porter atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

En 1982, la Cour suprême a confirmé un privilège générique qui empêchait la divulgation de renseignements chaque fois qu'un ministre de la Couronne attestait que la communication d'un document « serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales⁴² » ou dévoilerait une communication confidentielle du Cabinet. La Cour a fondé sa décision sur la « suprématie parlementaire⁴³ ». Le

39 *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.

40 *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536.

41 [1995] 4 R.C.S. 536 au para. 65.

42 *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1970 (2^e supp.), c. 10, art. 41(2).

43 *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 215 à la p. 228.

juge a conclu cette affaire sans se reporter à la *Charte* et malgré le fait que la common law britannique tendait à écarter les privilèges absolus, même dans le contexte de la sécurité nationale⁴⁴. Le législateur a rapidement aboli le privilège absolu canadien, en partie parce qu'il craignait qu'il ne soit jugé incompatible avec la *Charte*. Dans les années qui ont suivi, même des privilèges génériques établis, comme le privilège de l'indicateur de police⁴⁵ et le secret professionnel de l'avocat⁴⁶, ont été assujettis aux exceptions concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Ces exceptions font en sorte que les privilèges sont conformes à la *Charte* et, en particulier, qu'ils respectent le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

6.4.1 Renseignements confidentiels du Cabinet

Une exception à la tendance à écarter les privilèges absolus est celle liée aux délibérations du Cabinet. Dans *Babcock c. Canada*, la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lequel prévoit que le tribunal, l'organisme ou la personne sont tenus de refuser la divulgation d'un renseignement confidentiel du Cabinet, « sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet », après attestation par un ministre ou le greffier du Conseil privé. La Cour a expliqué la raison d'être de ce privilège générique dans les termes suivants :

Les personnes auxquelles incombe la lourde responsabilité de prendre des décisions gouvernementales doivent se sentir libres de discuter de tous les aspects des problèmes dont elles sont saisies et d'exprimer toutes les opinions possibles, sans crainte de voir les documents qu'elles ont lus, les propos qu'elles ont tenus et les éléments sur lesquels elles ont fondé leur décision faire ultérieurement l'objet d'un examen public.⁴⁷

La Cour a affirmé que l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* comporte une obligation « édictée en termes absolus » qui va « plus loin que le critère de la common law qui consiste à déterminer, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, si l'intérêt public commande que la confidentialité soit préservée ou que le renseignement soit divulgué. Une attestation valide écarte l'application de la common law au renseignement qui en fait l'objet⁴⁸. »

Malgré l'obligation édictée en termes absolus à l'article 39, la Cour a conclu que l'attestation d'un document à titre de renseignement confidentiel du Cabinet doit avoir pour « objet véritable de protéger les renseignements confidentiels

⁴⁴ L'approche absolue adoptée dans *Duncan v. Cammell, Laird & Co., Ltd.*, [1942] A.C. 624 (H.L. [E.]), devrait être comparée à l'approche plus flexible envisagée dans *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.[E.]).

⁴⁵ *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281.

⁴⁶ *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445.

⁴⁷ *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3 au para. 18.

⁴⁸ 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3 au para. 23.

du Cabinet dans le plus grand intérêt du public⁴⁹ ». L'attestation serait invalide si son objet n'était pas autorisé par la loi ou si elle était reliée à des renseignements qui ont déjà été divulgués⁵⁰. Interprété de cette façon, l'article 39 ne contrevient pas aux principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire⁵¹. Il offre une protection large, mais non illimitée, aux renseignements confidentiels du Cabinet.

6.4.2 Nouveau privilège relatif à la sécurité nationale à l'égard des délibérations du conseiller à la sécurité nationale

Il conviendrait de reconnaître dans la loi un nouveau privilège relatif à la sécurité nationale. Suivant le modèle de la confidentialité des délibérations du Cabinet prévue à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ce nouveau privilège relatif à la sécurité nationale s'appliquerait uniquement aux documents préparés pour faciliter les délibérations du conseiller à la sécurité nationale (CSN) et aux documents qui les consignent.

Le nouveau privilège ne protégerait pas les documents déjà détenus par le SCRS, la GRC ou d'autres organismes s'ils n'ont pas été préparés précisément pour le CSN. Il ne protégerait pas non plus les documents préparés par ces organismes à la suite d'une décision du CSN ou après que ce dernier ait communiqué les informations.

Le privilège s'appliquerait également au travail effectué par le CSN lorsqu'il évalue et surveille l'efficacité des activités et des systèmes de sécurité nationale du Canada. Cela permettrait de faire en sorte que les failles dans la sécurité du Canada ne soient pas dévoilées publiquement alors que des mesures correctives sont prises pour y remédier.

À certains égards, il se peut même que ce nouveau privilège soit plus facile à justifier que les privilèges relatifs aux renseignements confidentiels du Cabinet. Le privilège relatif au CSN serait justifié par la nécessité de promouvoir la franchise dans les discussions et parce que tous les documents visés seraient liés à la sécurité nationale. Suivant les modifications proposées à l'article 19 de la *Loi sur le SCRS* analysées au chapitre IV, le SCRS ne présenterait au CSN que les renseignements qui, selon lui, ne devraient pas être communiqués à la police – par exemple, des renseignements liés à des enquêtes en cours sur la sécurité nationale particulièrement délicates.

49 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3 au para. 25.

50 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3 aux paras. 25-26.

51 La Cour a expliqué que « l'art. 39 n'a pas modifié fondamentalement le rôle de la magistrature par rapport aux fonctions qu'elle exerçait sous le régime de la common law. La disposition contestée n'exclut pas tout contrôle judiciaire de la décision du greffier portant que des renseignements constituent des renseignements confidentiels du Cabinet. Un tribunal peut examiner l'attestation pour déterminer si elle vise un renseignement confidentiel au sens du par. 39(2) ou appartenant à une catégorie analogue et pour déterminer si elle a été délivrée de mauvaise foi. L'article 39 n'empêche pas en soi un tribunal d'exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure. » : 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3 au para. 60.

De plus, le CSN présenterait et recevrait des documents se rapportant à la surveillance des activités en matière de sécurité nationale et qui seraient susceptibles de révéler des failles dans les systèmes de sécurité. Le nouveau privilège donnerait au CSN la liberté de recevoir le plus d'opinions franches possible et d'examiner le plus d'options possible. Puisque le privilège ne s'appliquerait pas aux documents originaux détenus par les divers organismes, dont le SCRS et la GRC, ou aux documents communiqués par le CSN, les renseignements qui seraient communiqués à la police ne seraient pas protégés par le privilège. Ainsi, le droit de l'accusé à la communication de la preuve et à une défense pleine et entière serait protégé. Toutefois, les articles 37 ou 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pourraient toujours être invoqués pour tenter d'empêcher la divulgation des renseignements qui ont été remis à la police.

Le nouveau privilège relatif à la sécurité nationale devrait s'appliquer dès lors que le greffier du Conseil privé aura attesté que les informations en cause sont liées aux renseignements confidentiels qui ont été communiqués au CSN ou lors des délibérations du CSN. Comme dans l'arrêt *Babcock*⁵² rendu par la Cour suprême du Canada en 2002, le contrôle judiciaire serait possible, mais seulement pour des motifs restreints. Le contrôle judiciaire serait autorisé si les renseignements avaient déjà été communiqués, ou pour répondre aux allégations portant que l'attestation n'avait pas été donnée pour une raison valable autorisée par la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le nouveau privilège ne devrait pas s'appliquer s'il était déterminé que l'innocence de l'accusé était en jeu et si les renseignements ne pouvaient être obtenus d'aucune autre manière⁵³. Il est toutefois peu probable que cette situation se produise, car le privilège ne s'appliquerait pas aux renseignements que le CSN a communiqués à la police ou aux procureurs. Les règles habituelles énoncées dans l'arrêt *Stinchcombe* à l'égard des documents détenus par le ministère public, et dans l'arrêt *O'Connor* à l'égard des documents détenus par le SCRS, s'appliqueraient⁵⁴.

Toute tentative d'avoir accès aux délibérations du CSN exigerait que le procureur général du Canada invoque les dispositions en matière de confidentialité pour raisons de sécurité nationale prévues à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ainsi, seuls les tribunaux qui ont compétence en vertu de l'article 38 seraient habilités à déterminer si les conditions de ce nouveau privilège sont remplies⁵⁵. Cette limitation ne devrait pas nuire au travail important du CSARS parce que celui-ci aurait toujours pleinement accès aux informations détenues par le SCRS.

⁵² *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3.

⁵³ *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252.

⁵⁴ Voir au chapitre V l'analyse de ces exigences en matière de communication.

⁵⁵ Bien que la Cour suprême ne se soit pas prononcée sur cette question, elle a donné à entendre que tous les organismes ayant compétence pour forcer la production de renseignements pourraient également statuer sur la validité d'une demande fondée sur l'article 39 : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3 aux paras. 42-43.

Même si aucun nouveau privilège n'est créé par la loi, les documents préparés pour le CSN et les délibérations du CSN seraient vraisemblablement protégés contre la divulgation en vertu des dispositions en matière de confidentialité pour raisons de sécurité nationale prévues à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La plupart des renseignements préparés pour le CSN et produits par ce dernier possèdent un caractère stratégique et politique. Pour cette raison, il est peu probable qu'un tribunal conclue que les renseignements sont d'une grande utilité pour une décision juste. Par conséquent, il serait très improbable que le tribunal ordonne la communication des renseignements. Néanmoins, un nouveau privilège générique est nécessaire pour garantir au SCRS, et aux autres organismes fournissant des renseignements au CSN, que les renseignements ne seront pas communiqués.

Recommandation 18:

La *Loi sur la preuve au Canada* devrait être modifiée et prévoir un nouveau privilège relatif à la sécurité nationale, inspiré de la disposition relative aux renseignements confidentiels du Cabinet prévue à l'article 39 de la *Loi*. Ce nouveau privilège générique devrait s'appliquer aux documents préparés pour le conseiller à la sécurité nationale et aux délibérations de son bureau.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE VII: PROCÉDURES JUDICIAIRES VISANT L'OBTENTION D'ORDONNANCES DE NON-DIVULGATION DANS LES CAUSES

7.0 Introduction

Les limites législatives à la communication et les privilèges analysés dans les deux chapitres précédents constituent des limites générales à la communication, plutôt que des limites fondées sur les faits particuliers d'une affaire. Certes, l'imposition de limites générales permet de savoir à l'avance que des renseignements seront protégés contre la divulgation, mais cela risque du même coup de protéger trop, ou trop peu de renseignements.

Créer de nouvelles limites législatives à la divulgation ou augmenter radicalement le nombre de privilèges ne manquerait pas de susciter des litiges. On verrait ainsi des contestations fondées sur la *Charte* où l'on ferait valoir que les mesures privent l'accusé de son droit à une défense pleine et entière, ainsi que des litiges où l'on chercherait à faire définir la portée des nouvelles dispositions. Des requêtes préliminaires seraient présentées, qui allongeraient la durée des poursuites antiterroristes. Pourtant, même dans ce cas, la question cruciale – à savoir si un renseignement particulier doit être divulgué pour assurer un procès équitable – risquerait de ne pas être tranchée. La certitude apparente que des limites législatives générales à la divulgation et de nouveaux privilèges pourraient apporter aux services de renseignement et aux indicateurs serait minée par de tels litiges.

Une façon plus juste et plus efficace de procéder serait d'améliorer les mécanismes dont se servent les juges pour examiner les renseignements secrets et pour décider *sur le fondement des faits particuliers de l'affaire* si des renseignements doivent être divulgués afin de garantir un procès équitable. Ces examens constituent un volet habituel important des poursuites antiterroristes partout dans le monde. Ils témoignent de la nécessité que les services de police et de renseignement unissent plus étroitement leurs efforts pour prévenir les actes terroristes, mais aussi du risque que la communication de renseignements secrets à l'accusé dans une poursuite subséquente compromette des enquêtes en cours, nuisent à des sources secrètes ou aillent à l'encontre de promesses de confidentialité faites à des alliés.

Toutefois, le fait de se fonder sur les faits particuliers d'une affaire pour décider d'autoriser ou non la divulgation ne permettra pas au SCRS de savoir avec

certitude si les renseignements qu'il a recueillis seront divulgués. Comme on l'a vu au chapitre II, le SCRS devrait être autorisé à communiquer des renseignements sensibles au conseiller à la sécurité nationale (CSN) pour tenter ensuite de le convaincre que le risque que ces renseignements soient révélés lors d'une poursuite est inacceptable.

Dans une poursuite antiterroriste, il n'est pas toujours nécessaire de divulguer à l'accusé les renseignements de sécurité qui sont communiqués à la police. Selon l'arrêt *Stinchcombe*, le ministère public est tenu de communiquer tous les renseignements pertinents et les renseignements non protégés par un privilège dont il dispose pour se conformer à l'article 7 de la *Charte*, que ces renseignements soient inculpatatoires ou disculpatoires et qu'ils soient présentés en preuve ou non. Dans certains cas, il se peut que les renseignements de sécurité contiennent des éléments de preuve qui seront utiles, voire même essentiels à la défense de l'accusé.

Deux moyens principaux permettent aux juges de rendre des ordonnances de non-divulgaration sur le fondement des faits particuliers de l'affaire. L'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹ permet d'obtenir une ordonnance de non-divulgaration à l'égard des renseignements qui ne devraient pas être divulgués pour des raisons d'intérêt public déterminées. La protection des indicateurs confidentiels et des enquêtes en cours pourrait entrer en ligne de compte dans ce cas. L'article 38 permet au procureur général du Canada d'obtenir une ordonnance de non-divulgaration au motif que la divulgation des éléments de preuve porterait préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales. Dans les deux cas, le juge doit examiner les intérêts favorables et défavorables à la divulgation et peut imposer des conditions, comme l'expurgation partielle (révision) et l'utilisation de résumés et d'admissions de faits, afin de concilier les impératifs opposés de la divulgation et du secret.

En 2001, la *Loi antiterroriste*² a modifié les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ces modifications visaient à encourager la solution avant procès des différends concernant la divulgation de renseignements sensibles. Les modifications autorisaient également les juges à être plus créatifs dans la conciliation des intérêts favorables et défavorables à la divulgation. Enfin, elles conféraient au procureur général du Canada le nouveau pouvoir de délivrer un certificat pour bloquer d'éventuelles ordonnances de divulgation de renseignements obtenus d'une entité étrangère ou qui concernent la défense ou la sécurité nationales³.

Malgré ces modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*, la façon de procéder pour déterminer quels éléments de preuve doivent être communiqués dans une poursuite antiterroriste, et la forme de la communication, demeure préoccupante. Par exemple, les questions touchant l'application de l'article 38

1 L.R.C. 1985, c. C-5.

2 L.C. 2001, c. 41.

3 *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 38.13.

doivent être tranchées par la Cour fédérale même si elles sont soulevées dans un procès criminel instruit devant une cour supérieure. Au début de 2009, le juge dans la poursuite antiterroriste des « 18 de Toronto » alors en cours a conclu que la compétence exclusive de la Cour fédérale pour rendre des décisions au titre de l'article 38 concernant la divulgation de renseignements sur la sécurité nationale menaçait la viabilité du procès et les droits de l'accusé⁴.

Les instances introduites en vertu des articles 37 et 38 se déroulent séparément des instances criminelles principales même si elles portent sur des questions touchant les renseignements à communiquer à l'accusé. L'accusé et le ministère public peuvent interjeter appel des décisions rendues sous le régime des articles 37 et 38 avant, ou même pendant, un procès antiterroriste. Ces appels ont eu pour effet de fragmenter et d'allonger des poursuites antiterroristes.

Les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* joueront probablement un rôle crucial dans la plupart des poursuites antiterroristes. Ils vont servir à concilier les exigences opposées de secret et de divulgation et, par conséquent, les intérêts opposés des organismes de renseignement de sécurité et des organismes d'application de la loi. Ces procédures doivent être les plus efficaces et équitables possible et devraient reprendre les meilleures pratiques employées par d'autres démocraties plus expérimentées que le Canada en matière de poursuites antiterroristes. Le public doit avoir l'assurance que le Canada a suffisamment de compétences pour entreprendre la tâche difficile d'intenter des poursuites antiterroristes avec équité et efficacité. Comme l'indique un rapport récent de la Commission internationale de juristes, les actes de terrorisme [traduction] « constituent des infractions criminelles très graves dans tout système de justice. Si le système de justice pénale ne convient pas aux nouveaux défis, alors il faut y remédier⁵. »

7.1 Article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* permet aux ministres ou aux fonctionnaires de demander aux tribunaux d'empêcher la divulgation pour des « raisons d'intérêt public déterminées ». L'article 37 ne définit pas l'expression « raisons d'intérêt public déterminées », mais les raisons suivantes ont été invoquées : la protection des indicateurs, les enquêtes en cours, y compris l'emplacement de postes de surveillance et d'appareils d'écoute, l'endroit où se trouvent les témoins participant aux programmes de protection des témoins et les techniques d'enquête⁶. L'article 37 peut revêtir une importance particulière lorsqu'il s'agit d'empêcher la divulgation d'informations qui pourraient servir à identifier des indicateurs du SCRS qui ne sont pas autrement protégées par le privilège relatif aux indicateurs de police.

4 Colin Freeze, « Ontario judge declares secrecy law unconstitutional », *The Globe and Mail*, 16 janvier 2009.

5 *Assessing Damage, Urging Action : Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-terrorism and Human Rights*, International Commission of Jurists, Eminent Jurists Panel, p. 123, en ligne : <<http://ejp.icj.org/IMG/EJP-Report.pdf>> (consulté le 30 juillet 2009) [*Assessing Damage, Urging Action*].

6 Robert W. Hubbard, Susan Magotiaux et Suzanne M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada*, Aurora, Canada Law Book, 2006, ch. 3.

Lors des audiences tenues sous le régime de l'article 37, le ministère public peut présenter des observations en l'absence de l'accusé, du public, ou des deux⁷. Il peut également présenter au juge des éléments de preuve qui pourraient ne pas être admissibles en droit canadien, pourvu qu'ils soient dignes de foi et appropriés⁸. Les audiences tenues sous le régime de l'article 37 peuvent être longues, puisque les parties sont souvent obligées de présenter des observations et que chaque document contesté peut devoir être examiné par le juge.

Les demandes fondées sur l'article 37 peuvent être tranchées par la Cour fédérale ou par une cour supérieure provinciale⁹. Si, comme dans la plupart des poursuites antiterroristes, le procès se tient devant une cour supérieure provinciale, c'est le juge qui instruit le procès qui entend la demande fondée sur l'article 37¹⁰. Le paragraphe 37(5) autorise le juge de la cour supérieure¹¹ à soupeser les intérêts publics favorables et défavorables à la divulgation et à rendre diverses ordonnances liées à la divulgation. Les ordonnances peuvent assortir la divulgation de conditions, comme exiger l'utilisation d'une partie ou d'un résumé des renseignements ou d'une admission écrite des faits se rapportant aux renseignements. Ces conditions visent à limiter l'atteinte à l'intérêt public pouvant résulter d'une divulgation plus étendue. Le juge pourrait ordonner l'admission des éléments de preuve sous une forme modifiée, par exemple avec des passages supprimés, même si les éléments modifiés ne seraient pas admissibles suivant les règles de preuve ordinaires¹².

En vertu de l'article 37.3, le juge du procès peut rendre l'ordonnance qu'il estime indiquée en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, dont l'arrêt de l'ensemble ou d'une partie des procédures. Bien que le juge du procès d'une cour supérieure soit autorisé à rendre toute décision pertinente en vertu de l'article 37, la *Loi sur la preuve au Canada* n'indique pas clairement qu'il peut réexaminer et réviser une ordonnance de non-divulgation en cours d'instance.

La capacité du juge du procès à réexaminer et réévaluer les ordonnances de non-divulgation est essentielle à l'efficacité et l'équité des procès antiterroristes. Il se peut qu'une ordonnance de non-divulgation qui semblait convenable au début d'un procès cause plus tard un préjudice à l'accusé. Par exemple, la preuve présentée au fil du procès peut faire apparaître clairement que les renseignements qui n'ont pas été communiqués au départ seraient maintenant très utiles à l'accusé. D'autres démocraties estiment capital d'autoriser le juge

⁷ *R. v. Meuckon* (1990), 57 C.C.C. (3^e) 193 (BCCA); *R. v. Pilotte* (2002), 163 C.C.C. (3^e) 225 (Ont. C.A.); *R. c. Pearson* (2002), 170 C.C.C. (3^e) 549 (C.A.Q.).

⁸ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 37(6.1).

⁹ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 37(3).

¹⁰ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 37(2).

¹¹ Les juges du procès des cours provinciales n'ont pas compétence pour rendre des décisions en application de l'article 37, mais ils peuvent rendre des décisions concernant la preuve : *R. v. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3^e) 377 (Ont. C.A.); *R. v. Pilotte* (2002), 163 C.C.C. (3^e) 225 (Ont. C.A.); *Canada (Attorney General) v. Sander* (1994), 90 C.C.C. (3^e) 41 (BCCA). La division des instances entre les cours provinciales et supérieures dans des poursuites criminelles peut causer des problèmes, mais le risque est moindre dans des poursuites antiterroristes, qui sont généralement intentées devant des cours supérieures.

¹² *Loi sur la preuve au Canada*, art. 37(8).

du procès à réexaminer une ordonnance de non-divulgation initiale en cours d'instance. Pour les cas qui s'y prêtent, les juges au Canada devraient également pouvoir réviser les décisions concernant la divulgation en se servant de leurs pouvoirs processuels inhérents.

Le ministère public ou l'accusé dans un procès criminel peut interjeter appel d'une décision rendue en application de l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* à la cour d'appel d'une province¹³, ainsi que sur autorisation à la Cour suprême du Canada¹⁴. Le gouvernement peut décider d'interjeter appel si sa demande de non-divulgation a été refusée, et l'accusé peut faire de même s'il est insatisfait de la divulgation ordonnée par le juge.

Étant donné que les instances au titre de l'article 37 sont considérées comme distinctes du procès lui-même, les droits d'appel prévus à l'article 37 sont distincts des autres droits d'appel liés au procès. Dans les procès criminels, les appels sont normalement autorisés seulement à la fin de l'instance. Les tribunaux ont reconnu que les droits d'appel prévus à l'article 37, lesquels peuvent être exercés avant la fin du procès, peuvent perturber et fragmenter le procès¹⁵. Si le ministère public interjette appel d'une décision rendue en application de l'article 37, il se peut que le retard lui soit imputé lorsque viendra le moment de déterminer qu'il y a eu violation du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par la *Charte*¹⁶.

Outre interjeter appel d'une décision rendue en application de l'article 37, le ministère public a d'autres options. Il peut ordonner la suspension ou l'abandon des poursuites. De plus, si l'ordonnance de divulgation est liée à la sécurité nationale ou à la défense nationale, ou est liée à des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère ou s'y rapportant, le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation en vertu de l'article 38.13 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ce pouvoir est analysé en détail plus loin.

7.2 Article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

Il est également possible d'obtenir une ordonnance de non-divulgation au titre de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cet article exige que les participants à l'instance avisent le procureur général du Canada s'ils sont tenus de divulguer ou s'ils prévoient divulguer des renseignements qui, selon eux, sont des « renseignements sensibles » ou des « renseignements potentiellement préjudiciables¹⁷ ». Une fois l'avis donné, les renseignements ne peuvent être divulgués à moins que le procureur général du Canada ou la Cour fédérale ne l'autorise¹⁸.

13 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 37.1.

14 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 37.2.

15 *R. v. McCullough*, 2000 SKCA 147, 151 C.C.C. (3^e) 281.

16 *R. v. Sander* (1995), 98 C.C.C. (3^e) 564 (BCCA).

17 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.01.

18 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.02.

Un juge de la Cour fédérale, et non le juge du procès, doit instruire l'affaire *ex parte* et donner au procureur général du Canada la possibilité de présenter des observations¹⁹. Le juge peut examiner les éléments qui ne seraient normalement pas admissibles selon les règles de preuve, pourvu qu'ils soient dignes de foi et appropriés²⁰.

Le processus pour trancher les questions de confidentialité liée à la sécurité nationale sous le régime de l'article 38 comporte trois étapes. À la première étape, le juge doit déterminer si les éléments de preuve contiennent des renseignements pertinents qui doivent être divulgués conformément à l'arrêt *Stinchcombe*²¹. Si les renseignements ne sont pas pertinents, ils n'ont pas à être communiqués.

Si les renseignements sont pertinents, le juge passe à la deuxième étape, où il doit déterminer si la communication des renseignements pertinents porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Dans cette analyse, le juge accorde « un poids considérable » aux observations du procureur général du Canada « parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise »²². Le juge peut autoriser la communication des renseignements, à moins qu'il ne détermine qu'elle porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale²³.

S'il estime que la communication des renseignements pertinents causerait un de ces préjudices, le juge passe à la troisième étape, où il doit sopeser les intérêts publics favorables et défavorables à la divulgation²⁴. Le juge a plusieurs choix. Il peut assortir la divulgation de conditions, comme exiger l'utilisation d'une partie ou d'un résumé des renseignements, ou d'une admission écrite de faits se rapportant aux renseignements, afin de limiter le préjudice causé par la divulgation. Il peut aussi rendre une ordonnance autorisant l'admission de documents expurgés (révisés), même si les règles de preuve n'autoriseraient pas normalement leur admission²⁵.

Les parties peuvent interjeter appel d'une décision rendue en application de l'article 38 à la Cour d'appel fédérale²⁶. La Cour est tenue de mener un examen si une partie concernée n'a pas été autorisée à formuler des observations à

19 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.11.

20 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.06(3.1).

21 « La première tâche d'un juge qui instruit une demande consiste à dire si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non, au sens habituel et courant, d'après la règle exposée dans l'arrêt *Stinchcombe*, plus précisément, dans le cas qui nous occupe, de dire si les renseignements, qu'il s'agisse d'éléments de preuve inculpatives ou disculpatives, pourraient raisonnablement être utiles pour la défense. » – *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C. (3^e) 129 au para. 17.

22 *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C. (3^e) 129 aux paras. 18-19.

23 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.06(1).

24 *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C. (3^e) 129 au para. 21.

25 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.06(4).

26 *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.09.

l'audience²⁷. La Cour suprême du Canada peut accorder l'autorisation d'interjeter appel²⁸. Ces droits d'appel et d'examen, qui font de l'instance en vertu de l'article 38 une instance distincte, ont pour résultat de fragmenter et de retarder les poursuites criminelles.

En vertu de l'article 38.13, le procureur général du Canada peut aussi délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements qui ont été obtenus d'une entité étrangère ou qui sont liés à la sécurité nationale ou à la défense nationale, même s'ils sont assujettis à une ordonnance de divulgation. C'est là l'ultime protection contre la divulgation de renseignements de sécurité.

L'article 38.131 confère le droit d'interjeter appel à l'encontre du certificat du procureur général, mais seulement en vue de déterminer si les renseignements assujettis au certificat sont liés à la sécurité nationale ou à la défense nationale, s'ils ont été transmis par une entité étrangère ou s'ils concernent une entité étrangère.

Le juge d'un procès criminel subséquent doit respecter les ordonnances de non-divulgation de la Cour fédérale et les certificats interdisant la divulgation délivrés par le procureur général du Canada. Toutefois, en vertu de l'article 38.14, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance qu'il estime indiquée en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Il pourrait ainsi ordonner l'arrêt des procédures ou le retrait de chefs d'accusation figurant dans un acte d'accusation ou une dénonciation.

7.2.1 Importance de la procédure de l'article 38 dans les enquêtes et les poursuites antiterroristes

Bien qu'elle soit formellement séparée du procès criminel, la procédure de l'article 38 est intimement liée aux poursuites antiterroristes. Le protocole d'entente conclu entre la GRC et le SCRS en 2006 reconnaît implicitement l'importance de l'article 38 dans la protection du renseignement contre la divulgation. Il prévoit ce qui suit :

« Le SCRS et la GRC reconnaissent que les informations et les renseignements que le SCRS fournira à la GRC pourraient servir comme preuves dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction pénale. En pareils cas, les parties devront se laisser guider par les principes suivants :

a) les deux parties reconnaissent que le SCRS ne recueille pas normalement des informations ou des renseignements pour s'en servir comme preuves;

²⁷ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.08.

²⁸ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.1.

b) les deux parties reconnaissent qu'une fois que des informations ou des renseignements ont été communiqués par le SCRS à la GRC, ceux-ci pourraient être considérés, aux fins de la poursuite judiciaire, comme étant contrôlés par la GRC et la Couronne et se trouvant en leur possession et, en conséquence, comme étant visés par les lois sur la communication, qu'ils soient utilisés ou non par la Couronne comme preuves dans une procédure;

c) des articles de la *Loi sur la preuve au Canada* seront invoqués, au besoin, pour protéger les informations et les renseignements concernant la sécurité nationale²⁹. »

Le protocole d'entente indique à tort que les informations et les renseignements du SCRS peuvent être assujettis à la divulgation suivant l'arrêt *Stinchcombe* uniquement lorsqu'ils sont en la possession de « la Couronne ». Or, les renseignements du SCRS peuvent, comme c'est le cas dans le procès *Air India*, être assujettis à la divulgation suivant l'arrêt *Stinchcombe*. L'accusé peut également demander au SCRS de produire et divulguer des informations même si elles concernent un tiers qui n'est pas assujetti aux exigences de divulgation découlant de l'arrêt *Stinchcombe*. L'article 38 serait le principal moyen utilisé pour protéger les informations du SCRS tant lorsque l'accusé se fonde sur l'arrêt *O'Connor* pour demander au SCRS, à titre de tiers, de les produire et de les divulguer, que lorsqu'il s'appuie sur l'arrêt *Stinchcombe* pour demander la divulgation.

La procédure de l'article 38 sera importante dans la plupart des poursuites antiterroristes pour protéger les informations du SCRS contre la divulgation. On assistera dans la plupart des poursuites antiterroristes à des tentatives d'obtenir la communication des informations du SCRS. Dans les poursuites antiterroristes pour des actes comportant un élément international, on tentera également d'obtenir la divulgation d'informations que le SCRS et d'autres organismes canadiens ont obtenu de leurs partenaires étrangers. Dans l'affaire *Khawaja*, récemment terminée, il y a eu de multiples demandes fondées sur l'article 38, ainsi que des appels à la Cour d'appel fédérale et une demande d'autorisation à la Cour suprême du Canada³⁰.

Les questions liées à l'article 38 peuvent être soulevées à tout moment dans un procès antiterroriste. Il s'ensuivra des retards, tout particulièrement si l'accusé tente de présenter des éléments de preuve reposant sur des renseignements secrets dans l'espoir qu'ils pourront le disculper ou soulever un doute quant à la fiabilité ou la légalité de la preuve de l'État. La procédure de l'article 38 et

²⁹ Publication publique # 1374 : protocole d'entente 2006 entre la GRC et le SCRS, art. 21.

³⁰ Un exposé des nombreux débats autour de l'article 38 dans cette affaire figure dans Kent Roach, « Particularités des poursuites pour terrorisme : Vers une meilleure conciliation du renseignement de sécurité et de la preuve », vol. 4 des études de recherche : *Particularités des poursuites pour terrorisme*, p. 231-238 [rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes].

les appels interjetés au beau milieu d'un procès criminel avec jury ont mené à l'annulation du procès³¹. D'aucuns craignent qu'il y ait annulation des procès antiterroristes des « 18 de Toronto » si des recours devant la Cour fédérale devenaient nécessaires³².

7.2.2 Procédure de l'article 38 évitée dans les poursuites concernant l'attentat à la bombe contre Air India

Bien que la procédure de l'article 38 risque d'être invoquée dans les poursuites antiterroristes actuelles, elle n'est pas inévitable. Par exemple, les parties aux poursuites concernant l'attentat à la bombe contre Air India ont réussi à l'éviter.

M. Reyat a été reconnu coupable d'homicide involontaire en 1991, et un appel a été rejeté en 1993³³. Bien que certains renseignements obtenus grâce à la surveillance de MM. Reyat et Parmar par le SCRS au moment de l'explosion de Duncan aient été introduits en preuve, ils n'étaient pas essentiels à la thèse du ministère public parce que des éléments matériels reliaient M. Reyat à la bombe utilisée dans l'explosion de Narita. Il existait également d'autres éléments incriminants, notamment des aveux de M. Reyat obtenus par la police. Les enregistrements des conversations de M. Parmar qui subsistaient ont été divulgués à l'accusé sans que le procureur général du Canada ne s'y oppose sur le fondement de l'actuel article 38.

Dans la poursuite contre MM. Malik et Bagri qui s'est terminée en 2005, les avocats des accusés ont eu accès aux documents du SCRS, après s'être engagés à ne pas les communiquer à d'autres personnes, y compris leurs clients, sans permission. Dans un rapport conjoint sur le procès, le procureur principal, Robert Wright, et l'avocat de la défense, Michael Code, ont écrit que les avocats de la défense ont pu examiner les documents du SCRS [traduction] « mêmes s'ils étaient toujours en la possession du SCRS et ont pu, dans presque tous les cas, conclure qu'ils n'étaient pas pertinents quant à l'instance³⁴ ».

Dans son témoignage devant la Commission, Geoffrey Gaul, directeur à la Direction de la justice pénale du ministère du procureur général de la Colombie-Britannique, a affirmé que le ministère public dans le procès Malik et Bagri était prêt à débattre des questions fondées sur l'article 38 si nécessaire, mais que [traduction] « cela aurait nécessité une double stratégie³⁵ », ce qui aurait été « extrêmement difficile³⁶ ».

31 Voir l'historique des incidents ayant conduit à l'annulation du procès dans *R. v. Ribic*, 2004 CanLII 7091 (Ont. S.C.) aux paras. 3-9.

32 Colin Freeze, « Ontario judge declares secrecy law unconstitutional », *The Globe and Mail* (16 janvier 2009).

33 *R. v. Reyat*, 1991 CanLII 1371 (BCSC), confirmée par (1993), 80 C.C.C. (3^e) 210 (B.C.C.A.).

34 Pièce P-332 : Robert Wright et Michael Code, « Air India Trial : Lessons Learned », partie III.

35 Témoignage de Geoffrey Gaul, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11378.

36 Témoignage de Geoffrey Gaul, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11391.

Bill Turner, un employé supérieur du SCRS, maintenant à la retraite, a expliqué que l'engagement des avocats de la défense à ne pas divulguer les informations constituait une solution [traduction] « de fortune », ou un palliatif, découlant d'un conflit. Le conflit est survenu parce que la défense a voulu explorer la possibilité que le gouvernement de l'Inde ait été impliqué dans l'attentat à la bombe, mais le gouvernement du Canada n'était pas disposé à révéler des informations sur ce que le gouvernement de l'Inde faisait au pays parce qu'ils visaient la « sécurité nationale ». M. Turner a donné l'explication suivante [traduction] : « au lieu de subir un sursis de l'instance, de s'adresser à la Cour fédérale et de retarder le processus encore davantage », « la défense, le ministère public et le SCRS se penchaient sur le cas des documents expurgés, puis le SCRS annulait l'expurgation pour permettre à la défense d'examiner les documents et de décider si elle pourrait s'en servir pour sa preuve [...]. Il s'agissait d'une solution de fortune, car nous avons tous deux fixé des limites. Il y avait manifestement une question de droits garantis par l'article 7 de la *Charte* et de droits à la communication, ainsi que des raisons de sécurité nationale³⁷. »

Selon M. Code, toutes les parties voulaient éviter [traduction] « cette procédure épouvantable obligeant d'aller à Ottawa à la Cour fédérale », de procéder à « un examen document par document »³⁸ et de faire l'éducation d'un juge de la Cour fédérale au sujet d'une affaire sur laquelle le juge du procès avait déjà passé une année³⁹.

7.2.3 Autres expériences concernant l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

Bien que la procédure de l'article 38 ait été évitée dans les procès concernant l'attentat à la bombe contre Air India, elle a été utilisée dans d'autres poursuites. Le recours à l'article 38 au milieu du procès dans l'affaire *R. c. Ribic* a fait dérailler la poursuite et a mené à la tenue d'un nouveau procès. Cette poursuite portait sur la prise en otage d'un soldat canadien en Bosnie. Après que le ministère public eut présenté sa preuve au jury pendant huit jours en octobre 2002, l'accusé a proposé de faire comparaître des témoins qui étaient susceptibles de dévoiler des renseignements secrets. Bien qu'il ait accepté un ajournement alors que la question était débattue à la Cour fédérale sous le régime de l'article 38, le juge qui instruisait l'affaire a annulé le procès le 20 janvier 2003, lorsqu'il s'est rendu compte qu'un appel à la Cour d'appel fédérale serait interjeté⁴⁰.

Le nouveau procès dans l'affaire *Ribic* s'est terminé par une condamnation. On a conclu que le droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable n'avait pas été violé, essentiellement parce que l'accusé lui-même avait initié la procédure de l'article 38 en appelant pour sa défense des témoins susceptibles de révéler

37 Témoignage de Bill Turner, vol. 66, 25 octobre 2007, p. 8323-8324.

38 Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11385.

39 Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11387.

40 Voir l'analyse du contexte ayant mené à l'annulation du procès dans *R. v. Ribic*, 2004 CanLII 7091 (Ont. S.C.) aux paras. 3-9.

des renseignements secrets⁴¹. Souvent, c'est le procureur général du Canada qui demande une ordonnance fondée sur l'article 38, et la poursuite peut alors être tenue responsable de tout retard en découlant pour le procès.

En 2001, des modifications ont été apportées à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans le cadre de la *Loi antiterroriste*, pour tenter de répondre au problème des délais mis en lumière par l'affaire *Ribic* en obligeant tous les participants au système de justice, y compris l'accusé, à aviser rapidement le procureur général du Canada de leur intention de faire divulguer des renseignements sensibles. Cette exigence d'un avis, prévue à l'article 38.01, vise à permettre au procureur général du Canada de prendre des mesures afin de régler les questions de confidentialité liée à la sécurité nationale avant le procès et d'ainsi réduire le risque de devoir « suspendre [l'instance] jusqu'à ce que la Cour fédérale rende une décision au sujet de la divulgation des renseignements en cause ». Toutefois, le gouvernement conserve la faculté d'invoquer les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* en cours d'audience⁴².

Même si l'accusé ne donne pas l'avis rapide convenable prévu à l'article 38.01, il serait difficile de l'empêcher de présenter des éléments de preuve pouvant comporter des renseignements secrets ou de chercher à contre-interroger les témoins du ministère public dans des domaines où l'on pourrait invoquer le secret. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière pourrait être en jeu. Par exemple, l'accusé pourrait prétendre que la nécessité de présenter des témoins ou de contre-interroger ne s'est fait sentir qu'une fois que le ministère public eut présenté sa preuve en cour. Un procès antiterroriste pourrait être interrompu, voire abandonné, si les questions de confidentialité liée à la sécurité nationale sont soulevées au milieu du procès et ensuite débattues à la Cour fédérale, où elles risquent de faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel fédérale et d'un autre appel à la Cour suprême du Canada. Si l'accusé était jugé par un jury, le procès serait fort probablement annulé, comme dans l'affaire *Ribic*.

Même un long processus de débats et d'appels sur des questions liées à l'article 38 à l'initiative du procureur général du Canada risque de retarder le procès, car le juge instruisant l'affaire pourrait déclarer l'arrêt permanent des procédures en raison d'un retard déraisonnable. Comme nous l'avons vu au chapitre IX, les poursuites antiterroristes mettent déjà à l'épreuve la patience des juges et des jurés, même sans recours à la procédure de l'article 38 à la Cour fédérale, éventuellement suivie d'un ou deux appels.

L'affaire *Ribic* démontre comment un accusé pourrait recourir au régime dualiste – instruction du procès devant un tribunal et examen des questions liées à l'article 38 à la Cour fédérale – pour saboter un procès antiterroriste en tentant de présenter des éléments de preuve qui conduisent à un débat sur l'article 38 à la Cour fédérale. Dès lors qu'un accusé cherche à obtenir des renseignements

⁴¹ *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790 aux paras. 138, 147.

⁴² Ministère de la Justice Canada, « La *Loi antiterroriste* – Modifications à la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) », en ligne : <<http://canada.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcc2-ceap2-fra.asp>> (consulté le 7 janvier 2010).

et que le procureur général du Canada refuse de les divulguer, un litige à la Cour fédérale est inévitable, avec les appels qui risquent de s'ensuivre à la Cour d'appel fédérale et à la Cour suprême du Canada. Ces débats retarderont et perturberont le procès principal et pourraient entraîner son avortement. Particulièrement dans un procès avec jury, le procès risquera d'être annulé s'il y a un retard important. Le procureur général du Canada est ainsi confronté au dilemme d'avoir à consentir à la divulgation de renseignements secrets qui ne devraient pas être communiqués, dans l'espoir d'empêcher le procès de « dérailler ».

D'autres procédures dans le procès *Ribic* ont démontré que le régime dualiste actuel est complexe, entraîne des retards et requiert le double des efforts. De multiples requêtes préliminaires y ont été présentées devant des juges de la Cour fédérale spécialement désignés pour traiter des questions se rapportant à l'article 38⁴³. Suivant l'article 38, la Cour fédérale peut se prononcer sur un seul privilège – celui de la confidentialité liée à la sécurité nationale. Toutes les autres décisions concernant les privilèges susceptibles de protéger des renseignements contre la divulgation, comme le privilège relatif aux indicateurs, relèvent du juge du procès. Même sur les questions de la confidentialité liée à la sécurité nationale, la décision de la Cour fédérale ne met pas fin au débat; si la Cour fédérale rend une ordonnance de non-divulgation, le juge du procès doit déterminer s'il convient de prendre des mesures pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable.

Dans l'affaire *Ribic*, la Cour fédérale a adopté une approche innovatrice pour concilier les impératifs opposés de divulgation et de préservation du secret en prévoyant que les deux témoins que souhaitait l'accusé seraient interrogés par un avocat ayant une habilitation de sécurité. Pour éviter la divulgation involontaire de renseignements secrets, seule une transcription expurgée des témoignages devait être communiquée pour les besoins du procès⁴⁴. Toutefois, la transcription a fait l'objet d'un nouveau débat devant le juge du procès, qui devait décider de son admissibilité. Le juge a admis en preuve la transcription expurgée, en grande partie parce qu'elle se rapportait aux éléments de preuve contextuels présentés par l'accusé et n'était pas déterminante quant aux allégations portant sur la conduite de l'accusé⁴⁵. Il ne sera pas facile de suivre cette approche dans d'autres affaires impliquant des renseignements secrets et, dans le meilleur des cas, elle constituera simplement une autre solution « de fortune ».

Dans l'affaire *Ribic*, une question de divulgation qui avait été soumise au tribunal et qui avait fait l'objet d'un appel à la Cour fédérale⁴⁶ a été débattue de nouveau devant le juge du procès. L'appel subséquent interjeté par l'accusé à

43 Voir, par exemple, *Nicholas Ribic c. Sa Majesté la Reine et le Service canadien du renseignement de sécurité*, 2002 CFPI 290 et *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839, 221 F.T.R. 310.

44 *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, 250 F.T.R. 161.

45 *R. v. Ribic*, [2005] O.J. No. 2628 (Cour supérieure).

46 La Cour suprême a refusé d'autoriser l'appel.

la Cour d'appel de l'Ontario, au motif que le juge du procès aurait dû arrêter les procédures en raison de la divulgation limitée et des retards dans le procès, a été rejeté tout récemment⁴⁷.

La procédure de l'article 38 exige que deux tribunaux différents décident de questions similaires et étroitement liées. Or, toute ordonnance de non-divulgation ou de divulgation partielle rendue par la Cour fédérale en application de l'article 38 devra dans les faits être débattue de nouveau devant le juge du procès, car l'article 38.14 de la *Loi sur la preuve au Canada* exige que ce dernier accepte l'ordonnance de la Cour fédérale, mais qu'il rende également l'ordonnance qu'il estime indiquée en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable en tenant compte de l'ordonnance de non-divulgation. L'article 38.14 protège le droit de l'accusé à un procès équitable. Toutefois, il place les juges qui président les procès dans la délicate situation d'avoir à décider, sur le fondement de renseignements incomplets, si le droit à un procès équitable a été enfreint par une ordonnance de non-divulgation de la Cour fédérale.

Un juge de la Cour supérieure de l'Ontario qui a présidé une poursuite antiterroriste en 1986 où l'on invoquait la disposition ayant précédé l'article 38 a clairement indiqué que le régime dualiste l'a placé dans une position très difficile. Il a dit que [traduction] « le juge du procès risque alors d'être aux prises avec un réel dilemme dans le cas où, selon lui, un tel examen s'impose⁴⁸ ». Il a affirmé ce qui suit :

[Traduction]

Il y a lieu d'en blâmer le législateur qui, sans le vouloir, a peut-être créé une impasse dans certains cas en instaurant un régime judiciaire dualiste et en attribuant à chaque instance des fonctions qui sont incompatibles ou qui se contredisent mutuellement [...]. Les tribunaux de première instance ne semblent donc rien avoir à faire d'autre que de réfléchir aux répercussions de la décision de la Cour fédérale sur l'exigence d'offrir un procès équitable [...]. Le législateur n'a certainement pas eu l'intention de confier à la Cour fédérale une compétence qu'elle pourrait exercer – et ce ne saurait, à mon avis, être le cas – d'une façon qui soit contraire au devoir qui incombe aux juges de première instance, en leur qualité de présidents de tribunaux ayant compétence, de faire respecter les droits de l'accusé au cours du procès, droits qui sont maintenant codifiés dans nos lois⁴⁹.

⁴⁷ *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790. La Cour d'appel de l'Ontario a souligné que quatre juges de la Cour fédérale avaient déjà conclu que le processus de divulgation était équitable envers l'accusé : voir le paragraphe 92.

⁴⁸ *R. v. Kevork, Balian and Gharakhanian* (1986), 27 C.C.C. (3^e) 523, p. 536 (Ont. H.C.J.).

⁴⁹ (1986), 27 C.C.C. (3^e) 523, p. 538, 540 (Ont. H.C.J.).

La poursuite a été autorisée à procéder même si aucun tribunal n'avait examiné les renseignements de surveillance du SCRS au sujet de l'accusé. Une telle approche serait probablement inacceptable aujourd'hui, compte tenu de l'importance que l'on accorde maintenant aux droits de l'accusé à la communication de la preuve et à une défense pleine et entière.

7.2.4 Procédures équivalentes à l'article 38 dans d'autres pays

Le Canada accuse un certain retard par rapport aux autres pays, notamment l'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis, lorsqu'il est question d'établir un processus efficace et équitable pour permettre aux juges de déterminer si des renseignements de sécurité doivent être communiqués en vue d'assurer un procès équitable.

Le rapport préparé pour la Commission par Robert Chesney décrit quelques-unes des solutions créatives que les juges américains ont retenues pour éviter le dilemme « communication des renseignements ou abandon des poursuites ». Ainsi, on a autorisé des agents de sécurité étrangers à témoigner sous des pseudonymes, on a permis la présentation de dépositions par témoins virtuels et la communication de renseignements aux avocats de la défense contre la promesse de ne pas les transmettre à leurs clients.

En Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis, le juge du procès est autorisé à examiner les renseignements secrets afin de déterminer si leur communication est nécessaire pour assurer un procès équitable. Dans son étude pour la Commission, Kent Roach a conclu que ces trois pays « autorisent tous le juge de première instance à trancher les questions de non-divulgaration. De cette façon, la non-divulgaration est intégrée à un aspect plus général, la gestion de l'instance avant le procès. Cette solution permet surtout au juge de première instance qui a pris connaissance des documents secrets de réviser l'ordonnance de confidentialité qu'il a rendue initialement, en tenant compte des questions soulevées au cours du procès pénal [...]»⁵⁰.

La législation australienne édictée en 2004 a confié au juge du procès la tâche de concilier les impératifs opposés du secret et de la divulgation et de gérer les questions de confidentialité liée à la sécurité nationale, y compris exiger que les avocats de la défense obtiennent une habilitation de sécurité comme condition d'accès aux renseignements secrets. La législation a été édictée après un examen approfondi des options par la commission de réforme du droit de l'Australie⁵¹.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la capacité du juge du procès à accéder aux renseignements et à « contrôler la nécessité d'une divulgation tout au long du procès, évaluant ainsi l'importance des preuves dissimulées

⁵⁰ Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 283.

⁵¹ *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.); Australian Law Reform Commission, *Keeping Secrets: The Protection of Classified and Security Sensitive Information*, en ligne : Australasian Legal Information Institute <<http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/reports/98>> (consulté le 28 mai 2009).

à un stade où de nouvelles questions surgissaient⁵² », est essentielle à l'équité du système d'immunité pour raisons d'intérêt public du Royaume-Uni, qui a été appliqué dans beaucoup de poursuites antiterroristes dans ce pays. La capacité du juge du procès à examiner tout au long du procès si la divulgation est nécessaire aide à assurer un traitement équitable envers l'accusé. Cette procédure favorise également l'efficacité du processus judiciaire en permettant aux juges du procès de rendre des ordonnances de non-divulgation provisoires, sachant qu'elles pourront être réexaminées en cours d'instance si l'équité envers l'accusé le requiert. À l'opposé, la Cour fédérale se penche souvent sur des questions de divulgation fondées sur l'article 38 avant le début du procès et avant même que toutes les questions qui émergeront à la faveur du procès ne soient connues. De plus, le juge du procès ne peut plus tard réviser une ordonnance de non-divulgation fondée sur l'article 38. Il doit s'y plier.

Le régime dualiste canadien a été critiqué partout dans le monde, notamment dans un rapport récent du Eminent Jurists Panel sur le terrorisme, la lutte contre le terrorisme et les droits de la personne :

[Traduction]

Au Canada, les juges de première instance, qui doivent décider en dernier ressort de poursuivre l'instance ou d'ordonner son arrêt, se retrouvent dans la délicate situation d'avoir à examiner le préjudice que la non-divulgation pourrait causer aux droits de l'accusé sans avoir accès aux renseignements non divulgués⁵³.

Le rapport a également signalé les préoccupations exprimées par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies devant la possibilité que la procédure de l'article 38 viole le droit à un procès équitable, droit protégé l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁴.

7.2.5 Observations à la Commission concernant le régime dualiste imposé par l'article 38

Le procureur général du Canada a appuyé le régime dualiste actuel, principalement parce que la Cour fédérale « a acquis un certain degré d'aisance en ce qui concerne les enjeux liés à la sécurité nationale, possède déjà l'expertise nécessaire et dispose des installations sécuritaires requises⁵⁵ ». Il a indiqué que

⁵² *Rowe and Davis v. United Kingdom*, (2000) 30 E.H.R.R. 1 au para. 65. Voir également *R. v. H; R. v. C*, [2004] UKHL 3 au para. 36, où le juge a souligné que la décision du juge du procès de ne pas divulguer les renseignements pour des raisons d'immunité d'intérêt public [traduction] « ne devrait pas être considérée comme une réponse définitive et sans appel, mais comme une réponse provisoire que le tribunal doit examiner dans un processus continu ».

⁵³ *Assessing Damage, Urging Action*, p. 153.

⁵⁴ *Assessing Damage, Urging Action*, p. 153.

⁵⁵ Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, 29 février 2008, para. 92.

soustraire ces questions à la compétence de la Cour fédérale « pourrait mener à des demandes incohérentes⁵⁶ ». Le procureur général a également affirmé qu'il était trop tôt pour déterminer si le régime dualiste était un échec, et que la procédure de l'article 38 n'était pas directement liée au procès criminel⁵⁷. Le procureur général a également fait valoir que le titulaire de la fonction continuerait de soupeser les intérêts favorables et défavorables à la divulgation après que la Cour fédérale aura statué sur cette question⁵⁸.

Les autres témoins, parties et intervenants devant la Commission ont été quasi unanimes à conclure que le régime dualiste actuel était inadéquat et pouvait causer des problèmes⁵⁹. George Dolhai, du Service des poursuites pénales du Canada, a signalé que ce régime n'était pas appliqué aux États-Unis, en Grande-Bretagne ou en Australie⁶⁰. Jack Hooper, un ancien agent chevronné du SCRS, a affirmé que le régime actuel ne comportait pas [traduction] « une disjonction particulièrement utile ». Il s'est exprimé ainsi : « Je crois que ce système a un effet aliénant sur la Couronne provinciale et les juges provinciaux qui doivent se prononcer sur la preuve présentée au tribunal. »⁶¹ Luc Portelance du SCRS a déclaré que [traduction] « le régime divisé est complexe et contribue probablement à l'enlèvement de l'affaire⁶² ». L'ancien commissaire de la GRC, Giuliano Zaccardelli, a affirmé pour sa part qu'une modification législative s'imposait pour la raison suivante [traduction] : « parce que recourir à deux tribunaux, à deux juges, n'est simplement pas efficace et cela doit changer. Je ne vois pas pourquoi il est impossible d'avoir un seul juge, peu importe où l'affaire est instruite. Dire qu'un juge peut examiner tout sauf ça, c'est presque lui faire insulte à mon avis⁶³. »

La Criminal Lawyers' Association s'est également penchée sur la procédure de l'article 38 :

La procédure de l'article 38 est irréalisable. La nécessité de devoir se présenter devant un tribunal différent dans un endroit différent, avant ou pendant le procès, ralentit l'instance. La Cour fédérale est désavantagée par le fait de ne pas avoir accès au contexte complet de la preuve, compte tenu que les parties consacrent beaucoup de temps à ce contexte. Le juge du procès est le mieux placé pour rendre les décisions nécessaires au titre de l'article 38.

⁵⁶ Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 93.

⁵⁷ Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 90.

⁵⁸ Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 110.

⁵⁹ Témoignage de John Norris, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11127-11129; témoignage de Gérard Normand, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11129; témoignage de Kent Roach, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11131-11132.

⁶⁰ Témoignage de George Dolhai, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11136.

⁶¹ Témoignage de Jack Hooper, vol. 50, 21 septembre 2007, p. 6247.

⁶² Témoignage de Luc Portelance, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11507.

⁶³ Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11071.

L'examen en appel de la Cour d'appel fédérale crée également les mêmes problèmes – les procédures interlocutoires se multiplient et les décisions sont rendues sans le contexte intégral.

Le manque d'expérience en droit criminel des juges de la Cour fédérale constitue également un problème.

Les juges principaux des cours supérieures présidant les procès antiterroristes devraient pouvoir examiner les demandes fondées sur l'article 38 (soit en modifiant l'article 38 soit en désignant les juges comme membres d'office de la Cour fédérale et en permettant que la procédure ait lieu ailleurs qu'à Ottawa⁶⁴.)

L'Association des familles des victimes d'Air India s'est également prononcé en faveur de l'abandon du régime dualiste. Pour préserver le rôle important du procès par jury, l'Association a proposé que la cour supérieure de la province statue sur les questions de divulgation liées à l'article 38⁶⁵.

Après la conclusion des audiences de la Commission, l'honorable Patrick LeSage et Michael Code ont produit un rapport sur les affaires criminelles complexes. Ils ont recommandé que les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux examinent la possibilité de modifier la procédure de l'article 38 « afin d'éliminer, dans les poursuites importantes en matière de terrorisme, les retards causés en raison des déviations prises par l'affaire et des appels interlocutoires⁶⁶ ». S'inspirant de leurs nombreuses années d'expérience au sein du système de justice pénale, MM. LeSage et Code ont expliqué que presque toutes les poursuites antiterroristes donneront lieu à des tentatives d'obtenir la divulgation de renseignements et de faire entendre le témoignage d'indicateurs du SCRS :

Par suite de ce croisement entre les enquêtes du SCRS et de la GRC dans le contexte d'infractions de terrorisme, les allégations de privilège relatif à la sécurité nationale en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* sont désormais une caractéristique commune à ces causes. Ces allégations de privilège soulèvent des problèmes très difficiles de gestion de l'instance. [...] La disjonction des procès criminels et celle des appels interlocutoires dans la procédure criminelle ont toutes deux été très longtemps réprouvées parce qu'elles fragmentent et retardent le processus d'instance criminelle⁶⁷.

⁶⁴ Provient du résumé de Yolanda, qu'on ne peut trouver dans les observations.

⁶⁵ Conclusions finales de l'AIVFA, p. 131, 168.

⁶⁶ Patrick LeSage et Michael Code, *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes* (novembre 2008), p. 111, en ligne : ministère du Procureur général de l'Ontario, <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/lesage_code/lesage_code_report_fr.pdf> (consulté le 22 décembre 2009) [rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes].

⁶⁷ Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 109-110.

Selon MM. LeSage et Code, les juges chevronnés des cours supérieures devraient décider des questions relevant de l'article 38 comme si elles faisaient partie de l'instance, et leurs décisions ne devraient être assujetties aux procédures d'appel normales qu'à la fin du procès.

7.3 Viabilité du régime dualiste

Le régime dualiste appliqué actuellement pour statuer sur les demandes fondées sur l'article 38 est incompatible avec les régimes en vigueur dans d'autres démocraties. L'échec de ce régime est manifeste.

Il est peu probable que le régime dualiste puisse être sauvé. On a suggéré de modifier l'article 38.05 pour faciliter la communication entre le juge de la Cour fédérale et le juge du procès. Cependant, le juge du procès ne serait pas autorisé d'emblée à examiner les renseignements sensibles.

L'article 38.14 reconnaît que le juge du procès a l'obligation de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* lui confère également des pouvoirs réparateurs⁶⁸. Or, sous le régime actuel, le juge du procès n'a pas accès aux renseignements requis pour accorder une réparation convenable au titre de l'article 38.14 ou du paragraphe 24(1) de la *Charte*.

Le juge du procès peut appliquer nombre de réparations en réponse à une ordonnance de non-divulgence, comme l'arrêt des procédures. Cependant, il n'a pas compétence pour ordonner la réparation qui s'avère souvent la meilleure – la révision de l'ordonnance de non-divulgence de la Cour fédérale eu égard aux nouvelles circonstances.

Les problèmes du régime dualiste actuel sont réels et sérieux. Le juge du procès pourrait suspendre de façon permanente une poursuite antiterroriste en application de l'article 38.14 à la suite du prononcé d'une ordonnance de non-divulgence par la Cour fédérale. Comme l'a déclaré Geoffrey O'Brian, directeur général des Opérations au SCRS [traduction] : « Il ne s'agit pas forcément de savoir si nous pouvons protéger ces informations. La question, selon moi, est la suivante : ces informations une fois protégées, la poursuite est-elle compromise? Voilà je crois la question la plus difficile⁶⁹. »

De plus, suivant le régime dualiste actuel, le juge du procès qui n'a pas vu les renseignements secrets assujettis à l'ordonnance de la Cour fédérale pourrait conclure à tort que l'accusé n'en a pas besoin pour présenter une défense pleine et entière. Il en résulterait un procès inéquitable.

Si le juge du procès était autorisé à examiner les renseignements secrets assujettis à l'ordonnance de non-divulgence, il pourrait déterminer qu'ils ne seraient pas utiles à l'accusé et que, par conséquent, l'ordonnance de non-divulgence n'a pas rendu le procès inéquitable. S'il déterminait que les renseignements non

⁶⁸ *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790 au para. 113.

⁶⁹ Témoignage de Geoffrey O'Brian, vol. 17, 6 mars 2007, p. 1582.

divulgués pourraient être utiles à l'accusé, il pourrait réviser l'ordonnance de non-divulgarion initiale en vue d'autoriser la communication de certaines parties des renseignements ou d'exiger que la poursuite fasse des admissions pour compenser la non-divulgarion.

Le procureur général du Canada a fait valoir que le régime dualiste repose sur l'expertise développée par les juges de la Cour fédérale spécialement désignés pour statuer sur les questions de confidentialité liée à la sécurité nationale. Selon la Commission, la nécessité que les décisions en la matière soient rendues par des juges chevronnés a été exagérée.

La première étape de la procédure de l'article 38 telle qu'elle est appliquée dans les poursuites criminelles consiste à déterminer si les renseignements en cause sont « pertinents » suivant l'arrêt *Stinchcombe*. Il s'agit d'une question habituellement tranchée par les juges qui président les affaires criminelles.

Si le juge du procès détermine que les renseignements sont pertinents, il doit passer à la deuxième étape afin de déterminer si leur divulgation porterait préjudice aux relations internationales, à la sécurité nationale ou à la défense nationale. Cette question relève actuellement de la compétence des juges de la Cour fédérale spécialement désignés. À cette étape, les juges reconnaissent habituellement le préjudice invoqué par le procureur général dans la mesure où il est raisonnable⁷⁰. Si les juges du procès étaient autorisés à se pencher sur la question, ils pourraient, comme les juges de la Cour fédérale, bénéficier des observations *ex parte* du procureur général du Canada concernant les risques de la divulgation.

Enfin, l'étape cruciale de la procédure de l'article 38 consiste à concilier l'impératif de la divulgation et l'impératif de la préservation du secret. La Cour d'appel fédérale préfère que ce processus soit régi par l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé⁷¹, un test que les juges de première instance, fréquemment confrontés à la question, sont parfaitement en mesure d'appliquer.

De plus, l'article 38.06 incite les juges à trouver des solutions créatives, de l'expurgation partielle à l'admission de faits. Les juges de première instance seraient les mieux placés pour ordonner des réparations adaptées eu égard à l'ensemble des faits de l'affaire dont ils sont saisis. Comme nous l'avons déjà dit, si les juges de la Cour fédérale ordonnent le même genre de réparations adaptées, celles-ci devront en pratique faire l'objet d'un nouveau débat devant le juge du procès, qui garde le contrôle ultime sur la présentation de la preuve au procès. Permettre aux juges du procès de rendre des décisions en matière de divulgation éviterait cette remise en litige.

Il est inexact d'affirmer, comme l'a fait le procureur général du Canada dans ses observations finales à la Commission, que la procédure de l'article 38 n'est pas liée directement au procès. La procédure de l'article 38 est invoquée pour

⁷⁰ *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C (3^e) 129 aux paras. 18-19.

⁷¹ *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C (3^e) 129 au para. 27.

contrer la production et la divulgation de renseignements de sécurité à l'accusé. En principe, l'article 38 permet d'invoquer un privilège qui limite la quantité de documents que l'accusé et le tribunal de première instance peuvent avoir à leur disposition au procès. En ce sens, le privilège invoqué au titre de l'article 38 est semblable aux autres privilèges invoqués dans une instance. De plus, suivant l'article 38.14, le juge du procès a la tâche cruciale de déterminer s'il y a lieu d'accorder réparation à l'accusé pour compenser une ordonnance de non-divulgation ou de divulgation partielle de la Cour fédérale. C'est à lui que revient l'ultime responsabilité de gérer les conséquences de toute décision de la Cour fédérale en matière de divulgation. Au risque de nous répéter, la procédure de l'article 38 touche à la fois l'efficacité et l'équité des poursuites antiterroristes. Elle est donc clairement et directement liée au procès.

Le procureur général du Canada a fait valoir qu'autoriser les juges du procès à rendre des décisions en application de l'article 38 pourrait entraîner une certaine incohérence dans l'application de la loi. Cela ne semble pas poser problème dans d'autres pays qui autorisent les juges du procès à trancher des questions de divulgation semblables à celles relevant de l'article 38. Au Canada, les juges du procès, conformément à leur serment d'office, suivraient la jurisprudence existante, telle qu'elle a été élaborée par la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale. Le *Code criminel*⁷² est un bon exemple de la façon dont la législation fédérale est appliquée partout au pays par des cours supérieures et provinciales, sans incohérence majeure. De toute façon, la Cour suprême du Canada peut régler toute incohérence susceptible de survenir dans l'interprétation de l'article 38.

La Cour suprême n'a pas encore interprété l'article 38, en partie parce que les questions liées à cette disposition ont souvent été soulevées dans des appels interjetés avant ou, comme dans l'affaire *Ribic*, pendant les procès criminels. Dans tous ces cas, la Cour a rejeté la demande d'autorisation d'appel. Accorder cette autorisation aurait encore retardé un processus judiciaire déjà sous tension. La Cour suprême pourrait être la mieux placée pour donner des directives sur l'interprétation de l'article 38 si cette question, tout comme d'autres questions touchant la divulgation et les privilèges, est soulevée en appel une fois le procès terminé.

En résumé, le régime dualiste actuel présente des désavantages sérieux et irrémédiables lorsqu'il s'agit de résoudre les questions de confidentialité liée à la sécurité nationale. La Cour fédérale ne dispose pas de toute l'information sur le procès criminel, alors que le juge qui le préside n'a pas toute l'information sur les renseignements secrets assujettis à une ordonnance de non-divulgation. La procédure de l'article 38, en l'état actuel, retarde et perturbe les poursuites antiterroristes et laisse au juge du procès le soin de décider quelle réparation, le cas échéant, s'impose pour compenser l'accusé pour l'insuffisance de la communication. Il se peut que le juge du procès doive recourir à des réparations radicales, comme l'arrêt des procédures qui mettrait fin définitivement à

⁷² L.R.C. 1985, c. C-46.

la poursuite. Le juge du procès n'est pas habilité à réviser l'ordonnance de non-divulgarion, même si ce pouvoir est considéré comme crucial dans d'autres pays également confrontés au défi de concilier l'obligation de divulgation et l'impératif du secret.

Les alliés du Canada comptent sur les juges qui président les procès pour rendre des décisions touchant la communication de renseignements secrets, y compris les renseignements fournis par leurs alliés. De plus, les juges du procès se penchent régulièrement sur des questions concernant le privilège relatif aux indicateurs dans les cas où la divulgation involontaire de renseignements pourrait causer la mort d'un indicateur.

7.4 Tribunal le mieux placé pour instruire les procès antiterroristes et trancher les questions de confidentialité pour raisons de sécurité nationale

La Commission a conclu que le système du tribunal unique s'impose pour l'examen des questions relevant de l'article 38. L'étape suivante consiste à décider quel tribunal – les tribunaux criminels ordinaires ou la Cour fédérale – convient le mieux pour instruire des procès antiterroristes et rendre des décisions au titre de l'article 38. Selon la Commission, cette fonction devrait revenir aux tribunaux criminels ordinaires. La Cour fédérale conserverait sa compétence, tout comme les cours supérieures, pour instruire les demandes fondées sur l'article 38, mais sa participation cesserait dès que s'ouvre le procès.

Un certain intérêt s'est manifesté aux États-Unis pour la création d'un tribunal de sécurité nationale compétent en matière de poursuites antiterroristes. Toutefois, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie ont tous connu d'importants succès dans des poursuites antiterroristes impliquant des renseignements secrets menées devant des tribunaux criminels ordinaires. Dans ses observations, l'Association du Barreau canadien s'est vigoureusement opposée à un système judiciaire spécial pour les infractions terroristes⁷³. Tant avant qu'après les événements du 11 septembre, les tentatives d'autres pays de créer un organisme juridictionnel dédié uniquement aux procès antiterroristes n'ont pas été particulièrement réussies⁷⁴.

Dans son témoignage, Jack Hooper a dit préférer que ce soit la Cour fédérale qui mène les procès antiterroristes, en raison de son expertise en matière de sécurité nationale⁷⁵. Cependant, Bruce MacFarlane a souligné dans son rapport pour la Commission qu'il est très avantageux d'instruire des procès antiterroristes dans des tribunaux criminels ordinaires⁷⁶.

⁷³ Association du Barreau canadien, *Submissions to the Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182*, avril 2007, p. 36 [observations de l'Association du Barreau canadien].

⁷⁴ Voir l'historique de ces tentatives analysées dans Bruce MacFarlane, « Éléments structureaux des mégaprocès : une analyse comparative », vol. 3 des études de recherche : *Les poursuites liées au terrorisme* [rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes].

⁷⁵ Témoignage de Jack Hooper, vol. 50, 21 septembre 2007, p. 6248.

⁷⁶ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes.

La Cour fédérale est un tribunal créé par la loi qui a des responsabilités très importantes pour le Canada. Lorsque la Cour de l'Échiquier est devenue la Cour fédérale en 1976, il n'a jamais été question que cette nouvelle cour ait compétence en matière criminelle. Bien qu'ils impliquent des renseignements secrets, dont des renseignements secrets obtenus d'autres pays, les procès antiterroristes restent des procès criminels, soulevant une multitude de questions procédurales, substantives et de preuve qu'il vaut mieux laisser à l'appréciation de juges ayant une expérience en droit criminel.

Permettre à la Cour fédérale d'instruire des procès antiterroristes pourrait également soulever des difficultés d'ordre constitutionnel. Dans son rapport pour la Commission, M. Roach a souligné qu'autoriser la Cour fédérale à instruire des procès antiterroristes pourrait être contesté au motif que cela empièterait sur les compétences inhérentes et constitutionnelles des cours supérieures provinciales sur ce qui risque d'être essentiellement des procès pour meurtre, comme dans les poursuites concernant l'attentat à la bombe contre Air India⁷⁷. Il a affirmé qu'il était [traduction] « préférable de faire en sorte que les tribunaux criminels actuels acquièrent une expertise en matière de sécurité nationale plutôt que de tenter de confier à un tribunal ayant une expertise en matière de sécurité nationale mais aucune en matière criminelle la tâche difficile d'instruire des procès antiterroristes⁷⁸ ».

La solution idéale serait d'adopter la pratique suivie aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie, ce qui permettrait aux juges des cours supérieures de concilier les impératifs opposés de la divulgation et du secret. À l'instar de quelques autres témoins, George Dolhai a affirmé, mais de façon peu convaincante, qu'il était prématuré de modifier l'article 38. Il a néanmoins convenu que les Américains, les Britanniques et, plus récemment, les Australiens [traduction] « ont tous jugé bon de confier ces questions complexes de secret [...] aux juges du procès, comme pour toute autre question qui commande une gestion continue avant ou pendant l'instance⁷⁹ ».

Certains ont dit craindre que les tribunaux criminels ne disposent pas des installations pour conserver et protéger les renseignements secrets⁸⁰, une préoccupation qui n'est guère justifiée puisque les cours supérieures partout au pays sont déjà en mesure d'offrir une telle protection. Comme l'a déclaré John Norris, un avocat de la défense chevronné, les tribunaux de première instance s'occupent déjà de renseignements hautement sensibles susceptibles de dévoiler l'identité d'indicateurs et qui impliquent le crime organisé⁸¹.

Les prétentions du procureur général du Canada et du commissaire de la GRC William Elliott⁸² selon lesquelles les juges des cours supérieures provinciales n'ont pas suffisamment d'expérience dans le traitement des renseignements

77 Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 296-297.

78 Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 313 (version anglaise).

79 Témoignage de George Dolhai, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11136. Voir également le témoignage d'Andrew Ellis, vol. 82, 23 novembre 2007, p. 10576-10577.

80 Témoignage de Gérard Normand, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11134-11135.

81 Témoignage de John Norris, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11136.

82 Témoignage de William Elliott, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11811.

secrets sont dénuées de fondement. Comme nous l'avons déjà indiqué, la majeure partie des décisions rendues en application de l'article 38 ont trait à des questions comme la pertinence, le droit à une défense pleine et entière et la « démonstration de l'innocence de l'accusé ». Les juges présidant des procès criminels ont l'expertise voulue pour statuer sur toutes ces questions. Comme le font en ce moment les juges de la Cour fédérale, ce sont les juges présidant des procès criminels qui, dans le cadre d'un processus d'audience réformé, recevraient les observations confidentielles du procureur général du Canada concernant le préjudice que la divulgation de renseignements secrets pourrait causer à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales.

Comme c'est habituellement le cas, le juge en chef de chaque cour supérieure provinciale désignerait les juges qui seraient chargés d'instruire les demandes fondées sur l'article 38. Nommer des juges chevronnés au début du processus judiciaire favoriserait la gestion efficace des instances. Comme il est indiqué au chapitre IX, la gestion efficace des instances est essentielle si l'on veut que les poursuites antiterroristes complexes débouchent efficacement et équitablement sur un verdict. Une personne doit être en charge de ce processus complexe, qu'il s'agisse de concilier les impératifs opposés du secret et de la divulgation, de statuer sur les multiples requêtes préliminaires ou la communication volumineuse d'autres éléments de preuve. Comme dans plusieurs autres pays, la meilleure personne pour indiquer la marche à suivre et garantir que les poursuites antiterroristes puissent déboucher sur un verdict en toute diligence et équité est le juge du procès.

Recommandation 19:

Le régime dualiste actuel adopté pour trancher les revendications de confidentialité pour raisons de sécurité nationale fondées sur l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* devrait être abandonné en ce qui concerne les affaires criminelles. Il conviendrait de modifier l'article 38 pour permettre au tribunal de première instance qui instruit une poursuite antiterroriste de rendre des décisions à propos de la confidentialité liée à la sécurité nationale. Il conviendrait également de modifier l'article 38 et d'inclure le tribunal de juridiction criminelle dans la définition de « juge » lorsqu'il s'agit de statuer sur une demande fondée sur l'article 38 dans le cadre d'une poursuite criminelle.

7.5 Interjection d'appels avant la fin des procès antiterroristes

En droit criminel, il n'est normalement pas permis à l'accusé ou au ministère public d'interjeter appel, avant la fin d'un procès, des décisions rendues avant ou en cours d'instance. Par exemple, l'accusé ne peut, avant la fin du procès, interjeter appel d'une décision portant qu'un aveu a été obtenu volontairement ou dans le respect des garanties constitutionnelles. Ces mêmes restrictions s'appliquent au ministère public. Cette interdiction traditionnelle des appels interlocutoires, ou appels avant la fin du procès, repose sur l'intérêt public

impérieux de conduire les procès avec diligence⁸³. On pourrait dire qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'autoriser les appels en plein milieu du procès. S'agissant des procès avec jury, les appels interlocutoires pourraient commander la tenue d'un procès entièrement nouveau avec un nouveau jury. Même cela n'écarterait pas la possibilité d'autres appels en vertu de l'article 38. De plus, il se peut que les questions débattues sous le régime de l'article 38 lors d'un appel interjeté en cours d'instance se règlent avant même que le procès ne soit terminé. Un appel sur ces questions pourrait alors avoir été interjeté inutilement.

Les articles 37.1 et 38.09 de la *Loi sur la preuve au Canada* autorisent les appels, tant par l'accusé que par le procureur général du Canada, d'une décision rendue par le juge du procès en application de l'article 37 ou par un juge de la Cour fédérale en application de l'article 38. Les articles 37.1 et 38.09 permettent que les appels concernant les questions de divulgation visées par ces dispositions soient interjetés avant le début du procès criminel. Ils autorisent également l'appel sur ces questions si elles sont soulevées durant le procès.

Dans les deux poursuites criminelles qui ont mis en cause l'article 38 depuis 2001, la Cour d'appel fédérale a instruit des appels avant la fin du procès⁸⁴. Or la possibilité de multiplier les demandes fondées sur l'article 38 dans une poursuite antiterroriste entraîne la possibilité de multiplier les appels. Ces appels retardent incontestablement le procès criminel, sans compter que d'autres délais surviendront si la partie déboutée demande l'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada et, si elle l'obtient, se fait entendre par la Cour.

Le procureur général du Canada s'est porté à la défense des appels interlocutoires en vertu de l'article 38.09, en faisant valoir qu'ils « visent à protéger l'intérêt public dans le cadre d'un procès qui débouche rapidement sur un verdict et, par la même occasion, peuvent prévenir le recours au certificat du procureur général du Canada interdisant la divulgation de renseignements aux termes de l'article 38.13 de la [*Loi sur la preuve au Canada*]⁸⁵ ». On semble craindre qu'une décision ordonnant la divulgation, qui ne serait pas sujet à appel immédiat, force le ministère public à abandonner la poursuite s'il ne veut pas divulguer les renseignements. Toutefois, ces arguments ne tiennent pas compte du pouvoir du procureur général du Canada d'agir en vertu de l'article 38.13 lorsqu'il conclut que la divulgation est contraire à l'intérêt public.

Dans ses observations, la Criminal Lawyers' Association a affirmé que les appels interlocutoires [traduction] « [engendrent] inévitablement [...] des retards excessifs dans les poursuites criminelles, parfois à tel point que le droit d'être

83 [Traduction] « Les contestations interlocutoires de décisions rendues pendant le procès ou les demandes de décisions concernant des questions qui pourraient se poser à un moment quelconque durant le procès nuisent au bon fonctionnement de notre système de justice pénale. Une politique semblable s'observe dans les cas où l'on conclut qu'il ne peut y avoir d'appels interlocutoires en matière criminelle. » : *R. v. Duvivier*, (1991) 64 C.C.C. (3^e) 20 à la p. 24 (Ont. C.A.).

84 *Voir Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C. (3^e) 129; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 342, 228 C.C.C. (3^e) 1; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388, 289 D.L.R. (4^e) 260.

85 Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 59.

jugé promptement garanti par la *Charte* est en jeu ». Dans son témoignage devant la Commission, M. Code a affirmé ce qui suit [traduction] : « Les appels interlocutoires sont une abomination [...] [I]ls n'ont jamais été autorisés dans des poursuites criminelles et le fait que l'article 38 les autorise actuellement est, à mon avis, carrément inapproprié⁸⁶. » Dans leur rapport subséquent, l'honorable Patrick Lesage et M. Code recommandaient l'abolition de ces appels interlocutoires⁸⁷.

La pratique habituelle de ne pas entendre d'appels avant la fin des procès criminels est établie depuis bien longtemps et demeure sage. Exiger que les appels sur les questions relevant de l'article 38 soient interjetés après le procès permettrait au tribunal d'appel de rendre sa décision sur le fondement du dossier complet.

Si les appels ne sont pas autorisés avant la fin du procès, le tribunal disposera alors du dossier complet pour déterminer si les ordonnances de non-divulgarion rendues en application des articles 37 et 38 ou le certificat d'interdiction délivré par le procureur général du Canada après une ordonnance de divulgation ont porté atteinte aux droits de l'accusé.

La Cour d'appel fédérale pourrait ordonner la divulgation de renseignements qui faisaient initialement l'objet d'une ordonnance de non-divulgarion de la Cour fédérale. Le procureur général du Canada peut accepter ou empêcher la divulgation de renseignements. Pour empêcher la divulgation, il peut délivrer un certificat de non-divulgarion en application de l'article 38.13. Il peut également suspendre la poursuite ou encore donner son autorisation en vertu de la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*⁸⁸ et ensuite suspendre la poursuite.

L'article 38.09 autorise la Cour d'appel fédérale à instruire les appels sur les questions visées à l'article 38 qui sont soulevées dans des procès criminels. La Cour d'appel fédérale ne devrait plus instruire ce genre d'appels. Il faudrait plutôt modifier la *Loi sur la preuve au Canada* afin que seules les cours d'appel provinciales soient autorisées à instruire les appels, et ce, à la fin du procès seulement. L'article 37.1 autorise déjà les cours d'appel provinciales à instruire des appels lorsqu'une demande d'immunité pour raisons d'intérêt public a été présentée dans un procès criminel. Permettre que les appels sur les questions visées à l'article 38 soient instruits par les mêmes tribunaux éviterait de fragmenter le processus d'appel. Les cours d'appel provinciales seraient alors en mesure d'instruire les appels concernant toutes les questions de droit découlant d'un procès antiterroriste, dont les questions relevant de l'article 38. La proposition d'élargir la compétence des cours d'appel provinciales vient compléter la proposition précédente d'élargir la compétence des juges du procès pour leur permettre de trancher les questions liées à l'article 38 dans les procès antiterroristes.

⁸⁶ Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11388.

⁸⁷ Rapport de P. Lesage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 111.

⁸⁸ L.R.C. 1985, c. S-7.

Recommandation 20:

Dans les poursuites antiterroristes, les appels ou les examens interlocutoires portant sur des questions de divulgation relevant des articles 37 ou 38 devraient être interdits. Les appels des décisions rendues au titre des articles 37 ou 38 devraient pas être autorisés avant qu'un verdict n'ait été prononcé. Les appels devraient être instruits par les cours d'appel provinciales conformément aux dispositions en matière d'appel prévues dans le *Code criminel*. Si ce n'est déjà fait, il faudrait prendre des mesures pour assurer la protection adéquate des renseignements secrets que les cours d'appel provinciales pourraient recevoir. Les articles 37.1, 38.08 et 38.09 de la *Loi sur la preuve au Canada* devraient être modifiés ou abrogés en conséquence.

7.6 Recours possible aux avocats spéciaux dans les instances tenues sous le régime de l'article 38

Les avocats spéciaux sont des avocats qui ont reçu une habilitation de sécurité et qui peuvent ainsi avoir accès à des renseignements secrets. Ils peuvent représenter les intérêts d'individus dans des poursuites où ces derniers et leurs avocats ne sont pas autorisés à avoir accès à des documents secrets. Le chapitre IV analyse le rôle des avocats spéciaux dans des poursuites où l'on conteste la légalité et la constitutionnalité des mandats.

À l'heure actuelle, il existe un régime qui régit le rôle des avocats spéciaux dans le cadre des poursuites fondées sur la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁸⁹. Ce régime a donné lieu à la création d'un groupe d'avocats chevronnés ayant une habilitation de sécurité dans des poursuites mettant en cause des questions de confidentialité pour raisons de sécurité nationale.

Les avocats spéciaux devraient avoir un rôle semblable dans le cadre de la procédure de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le paragraphe 38.11(2) prévoit que le procureur général du Canada peut présenter à un juge des arguments en l'absence d'autres parties. La nature *ex parte* de l'audience permet au procureur général de décrire les renseignements secrets qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance de non-divulgation et de fournir des détails confidentiels concernant le préjudice que la divulgation est susceptible de causer.

Bien qu'elles soient autorisées dans certaines situations, généralement lors d'une demande de mandat de perquisition, les procédures judiciaires où une seule partie est présente devant le juge ne sont pas la norme. Elles dérogent aux principes fondamentaux de l'équité procédurale. Elle place les juges, habitués aux débats contradictoires, dans une position très difficile. Les intérêts de l'accusé, et du juge qui statue sur la question, seront mieux servis si les avocats spéciaux

⁸⁹ L.C. 2001, c. 27. Le régime des avocats spéciaux a été introduit par la *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, c. 3.

peuvent présenter des arguments contradictoires concernant des questions cruciales – à savoir par exemple si les renseignements secrets seraient utiles à l'accusé et si les prétentions du procureur général concernant le préjudice que pourrait causer la divulgation sont valides.

De plus, les avocats spéciaux pourraient aider à trouver une façon de concilier les impératifs opposés de la divulgation et du secret – par exemple, au moyen de la divulgation partielle.

La Cour fédérale a nommé des *amici curiae* ayant l'habilitation de sécurité voulue pour l'aider dans des instances récentes sous le régime de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*⁹⁰. La possibilité pour la Cour de nommer des *amici curiae* a été invoquée comme l'une des raisons pour lesquelles l'article 38 a été jugé conforme à la *Charte*, même s'il autorise le procureur général à présenter des observations au juge en l'absence de l'accusé⁹¹.

Dans ses conclusions finales, le procureur général du Canada a reconnu le « pouvoir discrétionnaire inhérent » de la Cour fédérale de nommer un ami de la cour à titre d'expert juridique pour l'aider à trancher les questions de sécurité nationale. Toutefois, le procureur général a établi une distinction entre l'ami de la cour et l'avocat spécial, qui protégerait les intérêts de l'accusé⁹². Le procureur général, inutilement et sans arguments convaincants, a signalé que le gouvernement estimait nécessaire de procéder à d'autres études avant de permettre le recours à des avocats spéciaux dans le cadre d'instances fondées sur l'article 38⁹³.

Le recours à des avocats spéciaux dans le cadre d'instances fondées sur l'article 38 a déjà fait l'objet d'études approfondies et bénéficie d'un appui généralisé. Les comités de la Chambre des communes et du Sénat ayant examiné le fonctionnement de la *Loi antiterroriste* ont tous deux recommandé qu'on permette à des avocats spéciaux de contester les prétentions du gouvernement au secret fondées sur l'article 38⁹⁴. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, l'Association du Barreau canadien et la Criminal Lawyers' Association ont toutes appuyé le recours aux avocats spéciaux dans le cadre

90 *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 46, 54 C.R. (6^e) 76; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2008 CF 560; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807.

91 *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 463, 280 D.L.R. (4^e) 32 au para. 59, confirmée sans référence aux avocats spéciaux par *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388, 289 D.L.R. (4^e) 260.

92 Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 51.

93 Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 53.

94 Chambre des communes Canada, Rapport final du Comité permanent de la sécurité publique et nationale, Sous-comité sur la revue de la *Loi antiterroriste – Droits, restrictions et sécurité : Un examen complet de la Loi antiterroriste et des questions connexes*, mars 2007, p. 91-92, en ligne : Parlement du Canada <<http://www2.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/391/SECU/Reports/RP2798914/sterrp07/sterrp07-f.pdf>> (consulté le 12 janvier 2010); Sénat du Canada, *Justice fondamentale dans des temps exceptionnels : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la Loi antiterroriste*, février 2007, p. 44, en ligne : Parlement du Canada, <<http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/Com-f/anti-f/rep-f/rep02feb07-f.pdf>> (consulté le 12 janvier 2010).

des instances tenues sous le régime de l'article 38⁹⁵. La Fédération des ordres professionnels de juristes a insisté sur le fait que les droits de l'accusé à la communication de la preuve et à une défense pleine et entière, garantis par la *Charte*, étaient en jeu dans les instances sous le régime de l'article 38, et que le système de justice du Canada était un système contradictoire⁹⁶. Elle a cité la déclaration du juge Hugessen de la Cour fédérale lors d'une récente conférence à Montréal [traduction] : « [N]ous n'aimons pas l'idée de devoir siéger seuls pour n'entendre qu'une seule des parties et pour examiner les éléments de preuve produits par une seule d'entre elles⁹⁷. »

La procédure de l'article 38 est une question importante qui met en cause les droits de l'accusé à la communication de la preuve et à une défense pleine et entière. Le juge à qui est confié la tâche difficile de concilier les impératifs opposés du secret et de la divulgation devrait pouvoir bénéficier du débat contradictoire éclairé que les avocats spéciaux peuvent offrir. Ce débat contradictoire est d'autant plus nécessaire que le procureur général du Canada tend à surestimer la nécessité du secret. Les accusés eux-mêmes, par l'intermédiaire de leur propre avocat, devraient être autorisés à présenter des observations dans les instances tenues sous le régime de l'article 38, même s'ils seraient fortement désavantagés du fait qu'ils n'auraient pas vu les renseignements secrets ou entendu les arguments *ex parte* du procureur général concernant les dangers de la divulgation.

Les avocats spéciaux désignés pour traiter des questions fondées sur la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* pourraient tout aussi bien servir dans le cadre de la procédure de l'article 38. Ils ont déjà l'habilitation de sécurité nécessaire et pourraient être disponibles sans délai.

Recommandation 21:

Des avocats spéciaux ayant l'habilitation de sécurité nécessaire devraient être autorisés à protéger les intérêts de l'accusé lorsque des demandes fondées sur l'article 38 sont présentées, comme le permet la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L'accusé ou le juge qui préside l'instance devrait être autorisé à demander la désignation d'un avocat spécial.

7.7 Problèmes causés par la surestimation de l'impératif du secret

Les revendications excessives concernant la nécessité de préserver le secret formulées par le procureur général du Canada, tant durant la présente enquête que pendant l'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, ont été analysées dans le volume un. Dans plusieurs décisions récentes, les juges ont conclu que le procureur général du Canada n'avait pas

⁹⁵ Submissions of the Federation of Law Societies of Canada, 31 janvier 2008, p. 2 [observations de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada]; observations de l'Association du Barreau canadien, p. 38; Submissions of the Criminal Lawyers' Association, février 2008, p. 40-41.

⁹⁶ Observations de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, p. 7-8.

⁹⁷ Observations de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, p. 8.

démontré que la divulgation de renseignements pour lesquels il demandait une ordonnance de non-divulgence en vertu de l'article 38 porterait préjudice aux relations internationales, à la sécurité nationale ou à la défense nationale⁹⁸. On ne saurait ignorer ces conclusions, étant donné la déférence dont les tribunaux font habituellement preuve à l'égard des revendications du procureur général en cette matière et leur disposition à ne les rejeter que si elles sont déraisonnables⁹⁹.

Le Canada est un importateur net de renseignements de sécurité et il doit protéger ses secrets et ceux de ses alliés. Toutefois, il ne faut pas pour autant surestimer la nécessité du secret. La « culture du secret » obsessive et timorée est un produit de la guerre froide. Elle ne convient pas à une époque où le terrorisme est la première menace à la sécurité nationale et où l'information doit être communiquée plus largement que durant l'ère de la guerre froide afin de prévenir et de sanctionner le terrorisme.

Les alliés du Canada sont eux aussi forcés de repenser leur approche à l'égard du secret à cause de la menace terroriste. La nécessité de divulguer des informations « secrètes » s'est renforcée. La nécessité dans certaines situations d'utiliser des renseignements en preuve dans des poursuites antiterroristes a changé la façon dont les organismes de renseignement recueillent leurs informations et les communiquent aux services de police.

Non seulement le fait d'exagérer la nécessité de préserver le secret complique la tâche des commissions d'enquête comme celle-ci, mais cette exagération peut aussi menacer la sécurité publique. Elle empêche l'échange, entre les gouvernements et au sein d'un même gouvernement, des renseignements nécessaires pour prévenir des actes terroristes. Exagérer la nécessité de préserver le secret favorise une approche étroite et « cloisonnée » à l'égard de la sécurité nationale, ce qui mène aux résultats qui ont été constatés dans les attentats terroristes.

Surestimer la nécessité du secret peut également nuire à la viabilité des poursuites antiterroristes en entraînant des demandes d'ordonnances de non-divulgence au titre de l'article 38 par ailleurs inutiles. Kent Roach a affirmé que les revendications de secret excessives [traduction] « risquent de retarder et de fragmenter ces instances à cause du recours à la procédure prévue à l'article 38. Elles peuvent donner l'impression que l'accusé n'a pu avoir accès à des renseignements essentiels et pourraient même amener le juge du procès à conclure sur le fondement de l'article 38.14 qu'une réparation s'imposait pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable¹⁰⁰. »

Il est particulièrement décevant que la tendance à surestimer la nécessité du secret soit apparue au Canada après les événements du 11 septembre, alors

⁹⁸ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, 316 F.T.R. 279; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, 219 C.C.C. (3^e) 305.

⁹⁹ *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, 185 C.C.C. (3^e) 129 aux paras. 18-19.

¹⁰⁰ Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 195 (version anglaise).

que les alliés du Canada accordaient beaucoup d'importance à l'échange d'informations sur des actes terroristes. Le fait que le procureur général cherche constamment à protéger le secret indique qu'il n'apprécie peut-être pas pleinement la nécessité actuelle de communiquer des renseignements de sécurité et de mener des poursuites antiterroristes qui impliquent ces renseignements. Même si sa situation d'importateur net de renseignements peut obliger le Canada à être très diligent dans la protection des informations qu'il reçoit d'organismes étrangers, cela ne veut pas dire qu'il doive pour autant surestimer la nécessité de préserver le secret.

Surestimer la nécessité du secret peut permettre à certains responsables d'éviter les critiques, l'embarras et des décisions difficiles, mais le prix à payer est élevé. Dans son rapport de 2006, le commissaire O'Connor a affirmé que les revendications de secret excessives risquaient de compromettre l'équité de certaines poursuites et de nuire à la crédibilité des revendications futures du gouvernement :

[L]a multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations CSN [confidentialité liée à la sécurité nationale]. En conséquence, le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale. [...] Je soulève la question de la trop grande portée des réclamations CSN du gouvernement dans l'espoir que l'expérience acquise dans la [sic] cadre de la présente Commission orientera, en quelque sorte, d'autres procédures. Lorsque le gouvernement formule des réclamations CSN à l'égard d'une certaine information dans une procédure judiciaire ou administrative, et que l'on vise la reddition de comptes du secteur public et l'équité, le facteur le plus important consiste, pour le gouvernement, à limiter dès le départ la portée de ces réclamations à ce qui est vraiment nécessaire. S'adresser aux tribunaux pour résoudre les réclamations CSN contestables ne profite à personne. Bien que les organismes gouvernementaux puissent être tentés de formuler des réclamations CSN pour soustraire certaines informations à l'examen du public et éviter une situation potentiellement embarrassante, ils devraient toujours résister à cette tentation¹⁰¹.

Malheureusement, les mises en garde du commissaire O'Connor à propos des dangers de surestimer la nécessité du secret n'ont pas été entendues. La Commission a pu le constater avec les observations du procureur général du

¹⁰¹ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada), 2006, p. 326-329.

Canada. De plus, dans plusieurs décisions, la Cour fédérale a conclu que le procureur général a présenté des demandes au titre de l'article 38 à l'égard de renseignements non pertinents, et dont il n'a pas été en mesure d'établir que la divulgation porterait préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales¹⁰².

La pratique de surestimer la nécessité du secret intéresse la Commission parce qu'elle est susceptible d'empêcher la communication de renseignements qui sont nécessaires à la collaboration efficace entre les services et les organismes dans des enquêtes sur le terrorisme et parce qu'elle rend les poursuites antiterroristes inutilement complexes. Des modifications à cette pratique et à la loi s'imposent.

7.7.1 Vers une approche plus disciplinée fondée sur le préjudice en matière de revendication du secret

L'une des raisons de la surestimation de la nécessité de préserver le secret réside dans la généralité des termes utilisés à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour définir la portée des renseignements secrets visés et le préjudice que leur divulgation peut causer. L'obligation d'aviser le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation s'applique à deux catégories générales de renseignements :

- les « renseignements potentiellement préjudiciables », qui s'entendent des « renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales »;
- les « renseignements sensibles », qui s'entendent des « 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 ».

La définition de « renseignements potentiellement préjudiciables » est suffisamment circonscrite. Cependant, la définition de « renseignements sensibles » est trop large. Elle peut s'appliquer à des renseignements à l'égard desquels le Canada prend des mesures de protection – par exemple, des renseignements liés à la sécurité nationale –, qu'il soit raisonnable ou non de les protéger. La définition peut aussi s'appliquer à des renseignements qui, même s'ils sont divulgués, ne seraient pas préjudiciables.

L'article 38 vise à empêcher que la divulgation de renseignements ne porte préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité

¹⁰² *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, 316 F.T.R. 279; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, 219 C.C.C. (3^e) 305.

nationale. Ce sont là des termes extrêmement généraux et vagues, que les tribunaux ont tenté de préciser. Le juge Noël de la Cour fédérale a examiné en détail ces questions de définition, soulignant que le terme « sécurité nationale » s'entend « au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada¹⁰³ ». Il a défini le terme « défense nationale » comme comprenant « [t]ous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis » et « [l']arsenal militaire d'une nation », alors qu'il a défini le terme « renseignements préjudiciables aux relations internationales » comme les « renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec des nations souveraines »¹⁰⁴. Ces tentatives de définir des termes vagues tendent à les rendre encore plus généraux et plus vagues. Bref, la définition de termes intrinsèquement généraux et vagues comporte des limites.

Il serait utile que le législateur étoffe l'article 38 et fournisse quelques exemples concrets d'un préjudice particulier susceptible d'être causé aux relations internationales, à la défense nationale et à la sécurité nationale. Jim Judd, directeur du SCRS au moment de son témoignage, a déclaré que l'article 38 a été invoqué principalement pour protéger les méthodes d'enquête secrètes, les informations reçues d'autorités étrangères moyennant certaines restrictions ainsi que les sources et les employés du SCRS¹⁰⁵.

Dans ses conclusions finales, le procureur général du Canada a affirmé qu'« en pratique, [...] les renseignements de sécurité concernant les relations internationales, la défense nationale ou la sécurité nationale peuvent inclure de l'information qui révèle ou tend à révéler : l'identité d'une source confidentielle d'information; l'identité des personnes visées par une enquête; les sources techniques d'information; les méthodes opérationnelles/techniques d'enquête; l'identité d'employés travaillant sous le couvert du secret; les systèmes de télécommunication et de chiffrement (cryptologie); les relations confidentielles avec le gouvernement ou un organisme étranger¹⁰⁶ ». Cette liste est longue, mais elle comporte des références utiles à la sécurité nationale, à la défense nationale et aux relations internationales.

L'approche pratique axée sur les préjudices concrets résultant de la divulgation de renseignements secrets plutôt que sur un vague préjudice causé à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales présente beaucoup d'intérêt. Même si la liste de préjudices concrets n'était pas exhaustive, elle permettrait de guider le procureur général du Canada et de limiter les revendications de confidentialité liée à la sécurité nationale. Elle servirait également à définir la portée des classifications de sécurité au sein du gouvernement en général. Enfin, elle aiderait les juges à rendre des décisions au titre de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

103 *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, 316 F.T.R. 279 au para. 68.

104 2007 CF 766, 316 F.T.R. 279 aux paras. 61-62.

105 Témoignage de Jim Judd, vol. 90, 6 décembre 2007, p. 11861-11862.

106 Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 44.

Comme dans le cas de la *Loi sur le SCRS*¹⁰⁷, il faut reconsidérer la question du moment où il convient d'invoquer le secret, afin de s'adapter à un contexte où le terrorisme, et non l'espionnage étranger, constitue la menace principale. Comme l'analyse de l'enquête sur l'attentat à la bombe contre Air India dans ce rapport le démontre clairement, l'obsession du secret a empêché l'échange d'informations entre des organismes dans des circonstances qui se rapportaient on ne peut plus directement à l'écrasement du vol 182.

7.8 Évolution de la jurisprudence en matière de confidentialité pour raisons de sécurité nationale

La jurisprudence en matière de confidentialité liée à la sécurité nationale commence à reconnaître la nécessité d'accroître l'échange d'informations pour prévenir et sanctionner le terrorisme. La « règle des tiers » empêche l'organisme qui reçoit des renseignements confidentiels d'un tiers de les divulguer sans son consentement. Cette règle a évolué de manière à reconnaître l'importance de demander au tiers de modifier les restrictions qu'il a imposées à la divulgation.

Le Canada doit respecter les restrictions que ses alliés imposent à la divulgation de renseignements secrets qu'ils communiquent au Canada. Dans son rapport, le commissaire O'Connor a insisté sur l'importance des restrictions et la nécessité de les respecter. Dans son récent rapport, le commissaire Iacobucci en vient aussi à cette conclusion. Toutefois, le gouvernement du Canada n'est pas sans recours. Il peut demander à ce que les restrictions soient levées pour faciliter une poursuite antiterroriste au Canada. Le commissaire O'Connor a écrit ce qui suit :

Les réserves ne devraient pas être considérées comme un obstacle au partage de l'information, surtout lorsqu'il s'agit de partage d'information dépassant les limites de ce qui est de prime abord envisagé. Elles peuvent aisément être assorties de modalités claires permettant de demander la modification ou l'assouplissement des restrictions imposées à l'utilisation et à la dissémination de l'information lorsque les circonstances le justifient. La procédure n'a pas à être longue ou complexe. Grâce aux communications modernes et à la surveillance centralisée du partage de l'information au sein de la GRC, les demandes des destinataires devraient pouvoir être traitées d'une façon diligente et efficace¹⁰⁸.

Le Canada dispose d'outils adéquats, dont les ordonnances de non-divulgation au titre de l'article 38.06 de la *Loi sur la preuve au Canada*, les certificats du procureur général du Canada en vertu de l'article 38.13 et l'arrêt des procédures, pour assurer le respect des restrictions.

¹⁰⁷ L.R.C. 1985, c. C-23.

¹⁰⁸ *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, p. 369-370.

Le juge Mosley de la Cour fédérale a reconnu l'importance de la règle des tiers pour favoriser « l'échange de renseignements sensibles entre le Canada et les États ou organismes étrangers ». Il a affirmé que, en vertu de cette règle, le Canada ne devrait pas révéler des renseignements ou même identifier ses sources sans le consentement de la source initiale. Il a signalé néanmoins que la règle des tiers « n'englobe pas toutes les situations. [...] [I]l n'est pas loisible au procureur général de prétendre tout bonnement que des renseignements ne peuvent pas être divulgués en application de la règle des tiers, si une demande de divulgation, sous une forme ou sous une autre, n'a pas été en fait présentée à la source étrangère¹⁰⁹. » Ces affirmations reconnaissent l'importance de demander aux alliés d'examiner la possibilité de lever les restrictions afin d'autoriser la divulgation de renseignements secrets. Ces demandes sont particulièrement importantes parce que les circonstances qui ont initialement mené le tiers à restreindre la divulgation – comme la crainte de compromettre une opération en cours – peuvent avoir disparu au moment où s'amorce une poursuite antiterroriste au Canada.

Le juge Mosley a également reconnu que la règle des tiers ne devrait pas s'appliquer « lorsque l'organisme canadien a connaissance de renseignements avant de les avoir reçus d'un ou de plusieurs organismes étrangers » ou lorsque les renseignements relèvent du domaine public et peuvent être divulgués « dans la mesure où c'est la source publique qui est mentionnée »¹¹⁰. L'exigence selon laquelle il faut demander à la source qui a initialement fourni les renseignements secrets de modifier une restriction, et selon laquelle la règle des tiers ne devrait pas s'appliquer aux renseignements que le Canada a acquis indépendamment ou qui relèvent déjà du domaine public, constitue un changement important à la règle des tiers.

Malheureusement, il semblerait que les organismes et le procureur général du Canada n'aient pas pleinement accepté cette évolution de la règle des tiers. En effet, dans une affaire récente, un agent de la GRC a affirmé dans son affidavit que « si la GRC devait obtenir un consentement à la divulgation des renseignements en l'espèce, l'engagement de la GRC à observer la règle des tiers pourrait être mis en doute puisque la divulgation serait demandée pour une fin autre que l'application de la loi, et donc en dehors des paramètres généralement admis pour l'obtention d'un consentement¹¹¹ ».

Les demandes de modification des restrictions confirment dans les faits que le Canada applique la règle des tiers en reconnaissant que la divulgation n'est pas autorisée sans le consentement de la source initiale. Le tiers qui a fourni des renseignements au Canada pourrait refuser de modifier la restriction, et le Canada honorerait alors cette demande. Bref, on ne perd rien à demander et il est nécessaire de le faire.

¹⁰⁹ *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, 219 C.C.C. (3^e) 305 aux paras. 145-146.

¹¹⁰ 2007 CF 490, 219 C.C.C. (3^e) 305 au para. 147.

¹¹¹ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, 319 F.T.R. 279 au para. 72.

Une autre partie de la jurisprudence en matière de confidentialité liée à la sécurité nationale évolue de manière à refléter le changement dans la nature des menaces. Les juges sont de plus en plus sceptiques devant les arguments selon lesquels des renseignements inoffensifs ne devraient pas être divulgués en raison de l'« effet mosaïque ». Certains croient en effet qu'en assemblant en une « mosaïque » différents renseignements qui sont inoffensifs en soi, une partie ennemie pourrait avoir assez d'informations pour porter préjudice à la sécurité nationale. Dans une affaire récente, le procureur général du Canada s'est appuyé sur l'affidavit d'un agent du SCRS qui prétendait que, « dans les mains d'un lecteur bien informé, des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui par eux-mêmes ne sont pas nécessairement très sensibles, pourront servir à dresser un tableau plus détaillé une fois comparés à des renseignements déjà connus du destinataire ou pouvant être obtenus d'une autre source¹¹² ». Toutefois, comme rien ne démontre que cela s'est produit, la Commission demeure sceptique quant à la justesse de la notion d'« effet mosaïque ».

D'autres pays semblent moins disposés que le Canada à restreindre la divulgation sur la base de l'« effet mosaïque ». Les tribunaux canadiens sont maintenant plus réticents à accepter l'effet mosaïque comme unique raison de refuser de divulguer des renseignements. Le juge Mosley a conclu que « l'effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même [...] une raison suffisante d'empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué¹¹³. » Si le procureur général du Canada désire restreindre la divulgation au motif qu'elle porterait préjudice à la sécurité nationale, il est en droit de le faire.

Le chapitre actuel du Guide du Service fédéral des poursuites portant sur la confidentialité liée à la sécurité nationale n'a apparemment pas été révisé depuis 2000¹¹⁴. Le directeur des poursuites pénales devrait réviser ce document afin qu'il reflète l'évolution jurisprudentielle. En particulier, les révisions devraient mettre en évidence la nécessité que le Canada demande aux tiers de lever les restrictions à la divulgation des informations, au lieu de simplement s'appuyer sur la restriction initiale. Les révisions devraient également souligner que l'effet mosaïque ne devrait pas être l'unique raison de revendiquer la confidentialité liée à la sécurité nationale. En règle générale, le procureur général du Canada devrait invoquer la confidentialité de manière indépendante, sans être influencé par les divers organismes.

Le procureur général du Canada devrait éviter d'exagérer le préjudice à la sécurité nationale. Comme l'a dit le commissaire O'Connor, les demandes

¹¹² *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, 319 F.T.R. 279 au para. 83.

¹¹³ *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, 219 C.C.C. (3^e) 305 au para. 136. Voir également *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, 319 F.T.R. 279 au para. 84.

¹¹⁴ Ainsi qu'il appert de la table des matières, en ligne : ministère de la Justice Canada, <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/sfp-fps/fpd/toc.html>> (consultée le 13 janvier 2010).

ayant une portée excessive ne profitent à personne¹¹⁵. La surclassification des renseignements – le fait de donner une classification de sécurité supérieure à celle qui est justifiée – et la surestimation de la nécessité de préserver le secret augmentent en réalité la menace à la sécurité nationale en nuisant à l'échange d'informations vitales.

L'enquête sur l'attentat à la bombe contre Air India a démontré comment l'excès de secret a entravé les efforts de l'État pour prévenir le terrorisme. Les demandes de préservation du secret compliquent les poursuites antiterroristes. Une plus grande discipline s'impose en la matière.

Le directeur des poursuites antiterroristes – poste proposé au chapitre III – devrait jouer le rôle central dans le traitement des revendications de confidentialité pour raisons de sécurité nationale. Les avocats du bureau du directeur pourraient voir le problème dans le contexte de la relation complexe entre le renseignement et la preuve et des compromis difficiles entre secret et divulgation. Ils pourraient assurer une continuité dans les avis juridiques.

Le directeur des poursuites antiterroristes devrait être en mesure de comprendre la démarche du SCRS, souvent préoccupé par la divulgation de renseignements de sécurité, ainsi que la démarche de la GRC et d'autres services de police qui ont besoin d'éléments de preuve admissibles pour étayer les poursuites. Le directeur devrait être en mesure de comprendre comment des demandes trop larges de secret peuvent entraver une poursuite antiterroriste. Le régime actuel, où un groupe d'avocats représente le procureur général du Canada pour les demandes au titre de l'article 38 et un autre groupe – fédéral ou provincial – mène les poursuites, ne favorise peut-être pas cette appréciation du contexte global.

Tout responsable qui invoque la confidentialité liée à la sécurité nationale pour le compte du procureur général du Canada devrait le faire de manière indépendante afin de limiter le risque que les organismes concernés ne présentent des revendications excessives. Ces revendications doivent respecter le mandat traditionnel du procureur général de promouvoir l'intérêt public¹¹⁶.

7.9 Responsabilité ultime du procureur général du Canada à l'égard de la divulgation des renseignements

Plusieurs témoins ont parlé de l'incertitude résultant de la généralité des règles en matière de divulgation et de la pénurie de jurisprudence concernant l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Un ancien commissaire de la GRC, Giuliano Zaccardelli, a déclaré que cette incertitude a affecté les relations de la GRC avec ses partenaires, et qu'il reconnaissait parfaitement que le SCRS était [traduction] « en droit d'être préoccupé par ce qui se produit lorsqu'il communique certaines informations, car personne ne peut contrôler la

¹¹⁵ *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, p. 328.

¹¹⁶ *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372.

divulgence ». Il a ajouté que l'absence de garantie affectait également les relations avec les partenaires internationaux, dont la GRC a besoin davantage chaque jour parce qu'elle est dépassée par les menaces auxquelles elle doit faire face, qu'il s'agisse de la sécurité nationale ou du crime organisé¹¹⁷. De même, un autre commissaire de la GRC, Norman Inkster, a déclaré que, selon son expérience, la GRC ne pouvait garantir de façon absolue la non-divulgence. Il a aussi affirmé que certains organismes étrangers estimaient que l'article 38 ne constituait pas une garantie suffisante que les informations fournies seraient protégées contre la divulgation¹¹⁸.

Il existe un moyen de se protéger contre la divulgation. Le procureur général du Canada a, en vertu de l'article 38.13 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le pouvoir de délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements, même si un juge a prononcé une ordonnance de divulgation. Cette disposition a été ajoutée en 2001 par la *Loi antiterroriste* et le certificat du procureur général est assujéti à un contrôle judiciaire restreint¹¹⁹.

Le certificat personnel du procureur général est la dernière protection contre la divulgation de renseignements de sécurité. Le certificat impose à l'agent responsable la charge de protéger les secrets en établissant son propre équilibre entre la nécessité du secret et celle de la divulgation.

Bien que le pouvoir du procureur général de délivrer un certificat soit controversé, le certificat constitue une protection valable qui permet d'empêcher la divulgation de renseignements de sécurité contre la volonté d'un gouvernement étranger. Ni le SCRS ni la GRC ne peuvent fournir ce genre de garantie.

Pour décider de délivrer un certificat interdisant la divulgation, le procureur général peut consulter le conseiller à la sécurité nationale et d'autres responsables. Cependant, il doit déterminer de façon indépendante si l'intérêt public requiert la délivrance d'un certificat interdisant la divulgation.

Aucun procureur général du Canada n'a encore délivré un certificat interdisant la divulgation en vertu de l'article 38.13. Il est normal de s'attendre à ce que le procureur général utilise ce pouvoir extraordinaire avec précaution. Il devrait envisager de délivrer ce certificat lorsqu'il s'impose pour honorer la promesse faite aux alliés que des renseignements ne seront pas divulgués.

Recommandation 22:

Le procureur général du Canada, par l'intermédiaire du directeur des poursuites antiterroristes (poste proposé), devrait invoquer de façon limitée l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, à la lumière de son propre jugement, et devrait éviter d'invoquer le secret de manière excessive.

117 Témoignage de Giuliano Zaccardelli, vol. 86, 30 novembre 2007, p. 11037.

118 Témoignage de Norman Inkster, vol. 81, 22 novembre 2007, p. 10329-10330.

119 Un seul juge de la Cour d'appel fédérale instruit les demandes de modification ou d'annulation du certificat. Le juge annule le certificat s'il estime qu'aucun des renseignements n'a été obtenu à titre confidentiel d'une entité étrangère, ou ne concerne une telle entité, ou ne porte sur la défense ou la sécurité nationales : *Loi sur la preuve au Canada*, art. 38.131(1), (4), (9).

Recommandation 23:

Le Guide du Service fédéral des poursuites et d'autres documents d'orientation qui renferment des lignes directrices sur les revendications relatives au secret devraient être mis à jour et encourager la présentation de demandes aux organismes étrangers afin qu'ils lèvent les restrictions imposées à la divulgation de renseignements. Ces documents devraient également être mis à jour en fonction de l'évolution de la jurisprudence en matière de confidentialité liée à la sécurité nationale. Plus particulièrement, le Guide devrait préciser que les poursuivants doivent être prêts à définir le préjudice que la divulgation pourrait causer, dont le préjudice aux enquêtes en cours, la violation des restrictions, le danger pour les sources et la divulgation des méthodes d'enquête secrètes. Le Guide devrait dissuader les intervenants de se fonder uniquement sur l'« effet mosaïque » pour invoquer la confidentialité liée à la sécurité nationale.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE VIII: GÉRER LES CONSÉQUENCES DE LA DIVULGATION - PROTECTION DES SOURCES ET DES TÉMOINS

8.0 Introduction

Le mandat de la *Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India* enjoint au commissaire de faire rapport et de formuler des recommandations en réponse à la question suivante : « Les pratiques et la législation en vigueur assurent-elles une protection adéquate des témoins contre l'intimidation au cours d'enquêtes ou de poursuites portant sur des actes terroristes¹? »

Comme la protection des témoins dans les poursuites antiterroristes est d'une importance cruciale, cette partie du mandat de la Commission est analysée dans le présent volume². Par ailleurs, la protection des témoins contre l'intimidation joue un rôle important dans la relation entre le renseignement secret et la preuve publique. La qualité de la protection est souvent déterminante lorsqu'il s'agit de décider si des sources humaines secrètes seront appelées à témoigner et à présenter des éléments de preuve lors de procès publics. Il est également nécessaire de protéger les témoins quand des renseignements sur leur identité sont divulgués, même s'ils ne témoignent pas.

Le mandat n'oblige pas le commissaire à tirer des conclusions expressément sur l'intimidation des témoins ayant participé à l'enquête sur l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India, et ce n'est pas l'objet du présent rapport. Cependant, la Commission a recueilli des preuves se rapportant à ces questions, lesquelles preuves fournissaient les éléments nécessaires pour évaluer les défis que représente la protection des témoins dans le cadre des poursuites engagées à la suite d'actes terroristes.

¹ Mandat, C.P. 2006-293, para. b(v).

² M. Yvon Dandurand a réalisé une étude à ce sujet pour la Commission, intitulée « Protecting Witnesses and Collaborators of Justice in Terrorism Cases » – vol. 3 des études de recherche, portant sur les poursuites liées au terrorisme [étude de M. Dandurand sur la protection des témoins].

M. Bruce Hoffman a aussi traité de l'intimidation et de la protection des témoins dans son témoignage et dans le rapport qu'il a rédigé pour la Commission, intitulé « Study of International Terrorism » – vol. 1 des études de recherche, portant sur l'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS [étude de M. Hoffman sur le terrorisme international].

Les exigences que pose la protection des témoins peuvent créer l'impression que le témoin en retire un avantage. Or, en réalité, ce sont les membres du public qui en bénéficient. Cela est d'autant plus vrai en matière de terrorisme, où des meurtres et des actes de destruction sont commis sans discrimination. Notre programme de protection des témoins doit être aussi efficace et sécuritaire que possible pour protéger les Canadiens. Si nous réussissons à atteindre cet objectif, les personnes qui détiennent des renseignements essentiels à notre sécurité seront davantage susceptibles de les divulguer et, au besoin, de témoigner.

8.1 Terminologie

Plusieurs termes sont utilisés dans les ouvrages juridiques et de sciences sociales pour désigner les personnes qui aident les autorités dans leurs enquêtes et poursuites. Ces termes sont utilisés de façon assez imprécise, ce qui rend confus l'examen de la question du statut et des droits de ces personnes, du type d'aide qu'elles apportent et de l'ampleur de leur besoin de protection contre les représailles. Les définitions générales des lois ajoutent encore à la confusion. Par exemple, un témoin est défini pour l'application de la *Loi sur le programme de protection des témoins* comme étant une personne qui a accepté de fournir des éléments de preuve ou une personne qui a déjà fourni des renseignements, ainsi que tout parent proche qui peut également avoir besoin de protection³.

Le terme « indicateur » désigne les différentes personnes qui collaborent avec la justice :

- une personne qui entend parler d'un complot terroriste et transmet l'information à la police (un indicateur de police) ou aux autorités du renseignement, mais qui ne témoigne pas dans un procès subséquent. Cette personne peut également être appelée une « source »;
- un criminel ou un autre individu chargé par les autorités compétentes d'infiltrer une organisation (agent de la police) et peut-être même de tenter d'influer sur le cours des événements (pour éventuellement devenir un *agent provocateur*⁴);
- un témoin essentiel⁵ – un témoin qui peut témoigner sur les faits importants⁶ et qui est considéré comme un témoin « primordial »⁷;

³ L'article 2 de la *Loi sur le programme de protection des témoins*, L.C. 1996, c. 15, définit un « témoin » comme étant une personne qui : a) soit a fourni ou accepté de fournir des renseignements ou des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite relative à une infraction – ou y a participé ou a accepté d'y participer – et, de ce fait, peut avoir besoin de protection, sa sécurité étant mise en danger; b) soit, en raison de ses liens avec la personne visée à l'alinéa a) et pour les motifs qui y sont énoncés, peut également avoir besoin de protection.

⁴ *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979 à la p. 996.

⁵ *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979 à la p. 996.

⁶ *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232 à la p. 242.

⁷ Comme l'était « Billy Joe » dans *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201.

- une personne qui est appelée à témoigner lors d'un procès à titre de témoin.

Dans le présent chapitre, les termes « indicateur » et « source » sont utilisés de façon interchangeable. Un indicateur est une personne qui fournit des renseignements aux autorités, mais qui ne répond pas à la définition d'agent de la police, d'*agent provocateur*, de témoin essentiel ou de témoin au procès.

Il faut apporter des précisions lorsque vient le temps de désigner les personnes qui fournissent des renseignements puisque différentes règles s'appliquent selon la nature de leur participation. L'identité de l'indicateur de police n'a pas à être communiquée à un accusé lors d'un procès criminel en raison du « privilège relatif aux indicateurs », reconnu en droit criminel. Le seul cas où le privilège ne s'applique pas est lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu⁸. Toutefois, la personne qui agit sous la direction de la police est un *agent* de la police, et non un indicateur; son identité devrait donc, sous réserve de certaines exceptions, être divulguée. De même, sauf exception, l'identité de l'*agent provocateur* et celle du témoin essentiel doivent être divulguées. Comme nous l'avons vu au chapitre VI, il est difficile de savoir si un indicateur du SCRS bénéficie du privilège relatif aux indicateurs.

Le présent chapitre porte principalement sur les témoins qui sont appelés à témoigner et dont il faudrait normalement dévoiler l'identité. Cependant, il est possible que les sources qui ne sont pas appelées à témoigner aient aussi besoin de protection parce qu'elles risquent d'être identifiées par l'accusé ou ses associés. En outre, dans certains cas, la protection est nécessaire car il est impossible de savoir si l'identité de la source sera protégée par le privilège relatif aux indicateurs.

8.2 Pourquoi faut-il protéger les témoins

Le fait de ne pas offrir une protection adéquate aux témoins peut menacer leur sécurité et leur vie et décourager d'autres témoins de collaborer avec les services de police ou du renseignement. En fin de compte, des mesures de protection mal adaptées peuvent priver le système judiciaire d'une aide essentielle.

Nous nous intéressons ici à la protection tant des témoins qui témoignent que de ceux qui fournissent simplement des renseignements. Il est important en effet d'accorder autant d'importance aux témoins qu'aux sources pour faire en sorte que les sources puissent parfois devenir des témoins capables de fournir des éléments de preuve dans des poursuites antiterroristes et pour éviter de perdre des sources précieuses en essayant vainement de les faire témoigner. Il est possible qu'une source recrutée par le SCRS devienne un témoin dans le cadre d'une poursuite antiterroriste, et cette transformation peut être considérée comme un élément essentiel de la relation entre le renseignement et la preuve dont il est question dans le présent volume.

⁸ Voir *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252 aux paras. 27-30 et la section 8.4.3.

La protection des témoins, qui encourage les personnes détenant des renseignements à se manifester, englobe la protection physique contre toutes représailles et les autres mesures visant à protéger et à reconforter ces personnes pendant qu'elles bénéficient du programme. Cela accroît leur confiance envers les organismes du renseignement et les services policiers et crée un environnement où les renseignements importants sont communiqués plus facilement aux autorités. La protection des témoins nécessite aussi l'instauration, au sein des institutions, d'une « culture de sécurité » qui témoigne d'une certaine reconnaissance des risques vraiment encourus par les personnes qui aident les autorités à prévenir les actes terroristes⁹.

Les premiers programmes de protection des témoins au Canada s'appliquaient aux indicateurs et aux témoins mêlés au crime organisé¹⁰. On ne s'était pas vraiment intéressé à la protection des témoins dans les enquêtes et poursuites antiterroristes – un environnement qui présente des difficultés très différentes. Comme l'enquête sur la tragédie d'Air India l'a démontré, la GRC considérait les sources et témoins dans les affaires de terrorisme de la même façon que dans les enquêtes criminelles. Ce manque de compréhension de la différence entre ces deux types d'affaires, pour ce qui est des témoins et des sources, s'est traduit par une certaine insensibilité de la part de la GRC envers les personnes touchées par la tragédie d'Air India. Ces personnes ont ainsi été mises en danger et cela a alimenté leur méfiance à l'égard des forces de l'ordre.

De plus, il se peut que de nombreux témoins potentiels dans les poursuites antiterroristes aient déjà été des sources confidentielles du SCRS. Comme les conditions nécessaires à la revendication du privilège relatif aux indicateurs ne sont pas claires pour les sources du SCRS, il n'est pas certain que l'agent du SCRS puisse faire une promesse d'anonymat. Il faut éviter de faire des promesses irréalistes aux sources. Ces dernières doivent être préparées de façon sensible et adéquate à la possibilité qu'elles soient appelées à témoigner. Aussi, le SCRS et la GRC doivent comprendre et prendre en considération les difficultés soulevées quand on veut qu'une source devienne un témoin.

À ce jour, le Programme de protection des témoins ne prévoit pas non plus la prise en compte des mesures qui se situent à mi-chemin entre l'anonymat complet et la divulgation de l'identité, c'est-à-dire les protections prévues aux articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹¹ et l'anonymat partiel au procès grâce à des pseudonymes, des écrans ou le témoignage à distance. La possibilité d'autoriser un témoin à témoigner de façon anonyme lors d'un procès criminel est aussi examinée.

La Commission a conclu que les services policiers, les organismes du renseignement, les procureurs et les juges devraient explorer toutes ces mesures.

⁹ Témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8771-8773.

¹⁰ Voir Gregory Lacko, « La protection des témoins », ministère de la Justice Canada, Ottawa, 2004, p. 3, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pi/gci-icg/pt-pw/pt-pw.pdf>> (consulté le 2 juin 2009) [étude de M. Lacko sur la protection des témoins].

¹¹ L.R.C. 1985, c. C-5.

Si elles ne sont pas appropriées (par exemple, si les procureurs concluent que le témoignage devant la cour est essentiel), le gouvernement doit prévoir des mesures de protection adéquates, y compris des programmes officiels de protection adaptés aux besoins parfois particuliers des témoins dans les affaires de terrorisme.

La présente partie examine les caractéristiques du terrorisme qui sont susceptibles de nuire au recrutement de sources et de témoins. Il y est question de l'intimidation de personnes précises et de l'intimidation à l'échelle de la communauté ainsi que de la façon dont une crainte réelle dans certaines communautés, combinée à l'insensibilité culturelle des autorités à l'égard des membres de ces communautés, fait en sorte qu'il est difficile de convaincre des individus de communiquer des renseignements importants sur les activités terroristes. Sont aussi examinés des moyens autres que les programmes officiels de protection des témoins pour protéger les personnes fournissant leur aide aux autorités. L'accent est mis sur l'élaboration d'une gamme de stratégies progressives, appropriées, pour protéger les témoins. L'idée qu'il existe une solution universelle à la protection des sources et des témoins est irréaliste, surtout dans le contexte particulier des enquêtes portant sur le terrorisme international.

Il n'est pas facile d'appliquer le programme fédéral de protection des témoins (PPT) actuel, conçu pour protéger les témoins dans les poursuites criminelles, aux affaires liées au terrorisme. La gestion du programme, et bien d'autres aspects, doivent changer substantiellement – tout comme les attitudes des services policiers et des organismes du renseignement envers les sources et les témoins. Le présent chapitre propose un nouveau programme de protection des témoins ne relevant pas de la GRC. Il serait géré par une personne indépendante respectée : le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale. Cette personne déterminerait les conditions et les exigences d'admission au programme et approuverait les candidats. Le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale pourrait demander conseil, le cas échéant, à différents organismes dont le SCRS, la GRC, le directeur des poursuites antiterroristes (poste proposé) et les autres procureurs publics, le Service correctionnel du Canada et les agents d'immigration. Le coordonnateur devrait consulter, mais les décisions finales lui appartiendraient.

Le coordonnateur serait responsable de l'admission au programme, des arrangements relatifs à la protection en cours de programme et du règlement des différends entre le bénéficiaire et le programme. Dans certains cas, le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale devrait être prêt à justifier des arrangements impopulaires qui seraient pris pour des raisons valables. Il agirait dans l'intérêt public et en toute indépendance par rapport aux autorités policières et judiciaires. Il aurait le pouvoir de trouver des solutions créatives et souples aux différents problèmes que pose la protection des témoins et des sources dans les enquêtes sur le terrorisme. Le coordonnateur pourrait aussi agir comme personne-ressource auprès des organismes et du conseiller à la sécurité nationale relativement aux questions de protection des témoins et des sources.

La raison pour laquelle il convient de retirer à la GRC le pouvoir de décider qui est admis au programme de protection des témoins est d'éviter toute apparence de conflit. L'inférence est évidente : collaborez avec la GRC et donnez l'information voulue, la GRC décidera ensuite si vous êtes admissible à la protection. Un tel conflit d'intérêts est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur la perception de la crédibilité du témoin protégé. Le coordonnateur éliminerait ce genre de conflits entre la protection des témoins et les intérêts des policiers et des procureurs. Toutefois, il obtiendrait l'avis de la GRC et la GRC continuerait, le cas échéant, d'assurer la protection concrète des témoins.

Plusieurs des facteurs mentionnés précédemment pourraient certainement s'appliquer dans les poursuites criminelles en général, où se pose également le conflit entre les intérêts des policiers et des procureurs et la protection des témoins. Toutefois, le mandat de la Commission restreint ses recommandations aux problèmes de la protection des témoins dans les affaires de terrorisme. De plus, ces problèmes font ressortir l'importance d'être sensible aux considérations ethniques, culturelles, religieuses et linguistiques, ce qui n'est pas toujours le cas dans d'autres affaires criminelles. La dimension internationale de la protection des témoins et des sources est également davantage présente dans certaines enquêtes sur le terrorisme.

8.3 Intimidation des témoins et répercussions sur les enquêtes et poursuites antiterroristes.

8.3.1 Le contexte du terrorisme

Dans son témoignage, M. Yvon Dandurand, professeur à l'Université de la vallée du Fraser, expliquait à quel point les groupes terroristes cherchent de plus en plus à obtenir l'appui des communautés d'outre-mer :

Et si vous regardez les études qui ont été faites sur l'évolution des mouvements terroristes dans les 20 dernières années, une des caractéristiques que les experts isolent normalement c'est le fait que de plus en plus les groupes terroristes internationaux ont trouvé des moyens efficaces d'obtenir l'appui de diaspora [*sic*] et de groupes ethniques dans divers pays qui, soit sont sympathisants, soit ne sont pas sympathisants, mais tombent sous le coup de l'influence de ces groupes radicaux¹².

Pour cette raison, selon M. Dandurand, l'aide des membres de ces communautés est essentielle pour prévenir les actes terroristes et poursuivre les terroristes :

¹² Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8576.

[1] est absolument essentiel de pouvoir compter sur la collaboration des communautés à l'intérieur desquelles les groupes terroristes ont tendance à se dissimuler ou à se cacher. Donc, il faut travailler de très près avec ces communautés-là¹³.

Malheureusement, certaines des communautés les plus susceptibles d'aider les autorités sont souvent aussi celles qui sont confrontées aux plus grands obstacles, dont la peur de l'intimidation chez les membres de la communauté qui collaborent ou dénoncent les extrémistes. La méfiance à l'égard des autorités ainsi que l'éloignement et l'aliénation de ces communautés par rapport à la société canadienne en général sont également des obstacles importants. Tous ces obstacles sont analysés ci-après.

8.3.2 Exploiter les faiblesses de certaines communautés – Intimidation à l'échelle de la communauté

Pour imposer leur pouvoir, les terroristes menacent, intimident ou attaquent les personnes qui les dénoncent. L'effet est triple : ils se vengent de ces personnes, ils diminuent les chances de succès des poursuites et ils découragent les autres d'aider les autorités.

Les membres de certaines communautés minoritaires qui aident les autorités dans les enquêtes sur le terrorisme courent des risques importants si les extrémistes sont mis au courant de leur collaboration. Ces communautés peuvent être si unies que toute collaboration devient rapidement évidente. Les personnes qui se trouvent dans cette situation craignent d'être victimes de violence ou d'ostracisme de la part de la communauté.

Ces personnes sont aussi exposées à un type moins fréquent d'intimidation – l'intimidation à l'échelle de la communauté. Cela comprend les [traduction] « actes intentionnels pour susciter une impression de peur et une réticence à collaborer avec la police et les poursuivants dans le contexte d'une collectivité particulière¹⁴ ». Des personnes qui, sans être directement ou personnellement menacées, sont conscientes des risques de représailles encourus par les membres de leur communauté qui aident les autorités peuvent aussi être victimes d'intimidation. Ce type d'intimidation contribue également à réduire au silence ceux qui s'opposent simplement aux intentions et aux propos extrémistes.

Dans son rapport pour la Commission, M. Dandurand a écrit que l'intimidation à l'échelle de la communauté est particulièrement frustrante pour les autorités policières et judiciaires, car, même en l'absence de menaces tangibles dans une affaire donnée, les témoins et les victimes sont fortement incités à ne pas témoigner¹⁵. Comme il l'a expliqué :

¹³ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8566.

¹⁴ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 32, citant K. Dedel, « Witness Intimidation », *Problem-Oriented Guides for Police Series*, n° 42 (United States Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services, Washington, D.C., 2006), p. 4.

¹⁵ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 32; témoignage de Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8565-8566.

Les groupes terroristes et les groupes criminels font des efforts très systématiques pour communiquer [...] à des communautés [...] le message que si quelqu'un de la communauté décide de participer avec les autorités, il y aura des conséquences très fâcheuses pour cette personne-là. Ils le font de façon systématique; ils renforcent le message constamment. Et donc, les gens qui vivent dans ces communautés-là le savent même si on n'a pas besoin toujours de leur faire des menaces explicites. [sic]

M. Dandurand a donné des précisions sur son analyse dans son témoignage :

[...] [O]n distribue des rumeurs à l'intérieur de la communauté; on fait des menaces voilées; on utilise des métaphores et ainsi de suite pour passer le message qu'effectivement les personnes qui collaboraient avec les autorités le feront à leurs risques et périls, et on vient renforcer ce message-là normalement avec des exemples frappants qui vont frapper l'imagination des membres de la communauté. Alors, on fait exemple d'un ou deux individus; des personnes qui, par exemple, se seraient prononcées publiquement contre un mouvement ou contre certains autres individus qui participent à un complot ou à un groupe radical et on va en faire des exemples soit par la violence ou l'ostracisation¹⁶. [sic]

Pour que l'ostracisme représente un danger réel, les membres doivent considérer leur communauté comme une communauté distincte de l'ensemble de la société et ils doivent percevoir la société comme étant hostile à leur égard. Être ostracisé signifie être laissé à soi-même.

M. Dandurand a dit à la Commission que les groupes criminels et certains groupes terroristes sont assez astucieux pour se présenter dans certaines communautés comme des protecteurs. Selon lui, il s'agit d'une [traduction] « [...] méthode très efficace pour garder une communauté sous contrôle¹⁷ ». Intimidation et endoctrinement vont de pair. Dans son rapport de recherche, M. Dandurand a affirmé que [traduction] « [l']intimidation de faible intensité à l'échelle de la collectivité s'exerce fréquemment à l'égard de groupes victimes de ségrégation, privés de leurs droits et vulnérables », tombés sous le joug d'organisations criminelles ou de groupes radicaux¹⁸ :

[Traduction]

De toute évidence, il s'agit souvent des communautés ethniques vivant dans des enclaves, moins enclines à s'intégrer dans la société d'accueil, et par conséquent plus susceptibles

¹⁶ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8568-8570.

¹⁷ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8590.

¹⁸ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 33.

de céder à l'endoctrinement et à l'intimidation de la part des terroristes et autres criminels. Tout ce qui contribue à l'isolement ou à la ghettoïsation de ces groupes augmente les probabilités d'intimidation, d'attaque, de recrutement ou d'exploitation par les organisations terroristes ou criminelles¹⁹.

M. Dandurand a également souligné qu'il est important pour les groupes criminels et terroristes d'éveiller un sentiment de vulnérabilité chez les membres de ces communautés :

[Traduction]

Les groupes criminels se donnent souvent beaucoup de mal pour maintenir leurs victimes dans un état de vulnérabilité et d'impuissance. À titre d'exemple, cela se produit dans le cas des immigrants illégaux, entrés clandestinement au pays et qui risquent la déportation. Les groupes terroristes manipulent et exploitent à dessein leur situation précaire.

[...]

Tout ce qui contribue à augmenter leur isolement et leur aliénéation risque indirectement de faciliter leur exploitation par des groupes terroristes. D'autre part, ces clandestins ou résidents illégaux ont généralement des attaches fortes et directes avec d'autres membres de la même communauté. Leur expérience et le traitement qu'ils reçoivent contribuent à leur impression d'aliénéation et d'exclusion ou à leur vulnérabilité à l'intérieur de la collectivité dans son ensemble. Évidemment, les groupes criminels ou terroristes exercent un chantage bien connu à l'égard des résidents clandestins et de leurs proches (même si ces derniers sont des résidents légaux) en menaçant de les dénoncer aux autorités²⁰.

M. Dandurand a indiqué que les menaces proférées contre les membres de la famille qui se trouvent à l'étranger constituent un moyen d'intimidation crédible et efficace²¹.

On trouve dans un rapport²² de Human Rights Watch, en date de mars 2006, des exemples d'intimidation à l'étranger. On y décrit en détail l'intimidation

¹⁹ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 44.

²⁰ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 43-45.

²¹ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 43-45. Voir aussi le témoignage d'Isabelle Martinez-Hayer, vol. 76, 15 novembre 2007, p. 9534-9535.

²² Jo Becker, « Funding the "Final War": LTTE Intimidation and Extortion in the Tamil Diaspora », *Human Rights Watch* (mars 2006), en ligne : <<http://hrw.org/reports/2006/ltte0306/ltte0306webwcover.pdf>> (consulté le 2 juin 2009) [étude de M^{me} Becker sur les TLET]. Voir aussi l'analyse des moyens de coercition et des activités de financement des TLET dans l'étude de M. Hoffman sur le terrorisme international, p. 57-58.

que les Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET) auraient fait subir aux communautés tamoules au Canada, au Royaume-Uni et dans d'autres pays. Selon le rapport, en plus d'exercer des pressions sur les individus pour qu'ils fassent des dons à des organisations caritatives contrôlées par eux, les TLET avaient recours à différentes tactiques d'intimidation pour étouffer les voix dissidentes :

[Traduction]

En raison de l'opposition, les Tamouls en Occident ont reçu des menaces de mort, ont été battus, ont subi des dommages matériels, ont été victimes de campagnes de diffamation, de fausses accusations criminelles et même d'assassinats. Bien que les incidents violents soient relativement rares, ils ont de fortes répercussions dans la communauté et ils découragent les autres à exprimer des opinions contraires à celles des TLET²³.

Ce phénomène lié à l'intimidation à l'échelle de la communauté prend de l'ampleur et dépasse peut-être le contexte du terrorisme. William Blair, chef du Service de police de Toronto, attribue plusieurs crimes non résolus à ce type d'intimidation. Selon lui, les témoins ne voulaient pas se manifester dans les enquêtes criminelles parce qu'ils pensaient que les groupes criminels seraient rapidement avisés de leur collaboration avec la police :

[Traduction]

Ce dont ils se plaignent est [...] que l'accusé, ses amis et tout le monde du voisinage sauront que ce sont eux qui ont divulgué l'information et, à partir de ce moment-là, ils sont en danger. Dès lors, leurs enfants ne peuvent plus aller à la même école que leurs voisins, leur réputation dans la communauté est ruinée. [...] Dans certains cas, leurs déclarations circulent dans le voisinage parce que nous les avons communiquées à un avocat de la défense qui les a refilées à l'accusé, lequel les a ensuite diffusées afin de montrer aux autres membres du gang ou à ses voisins qui sont les personnes qui ont témoigné contre lui. [...] Ils ne nous font pas confiance et ils ne collaborent pas avec nous. Et ils disent à leurs voisins, amis et enfants de ne pas nous faire confiance non plus²⁴.

8.3.3 Comment la méfiance et l'éloignement limitent-ils la capacité des autorités d'assurer une protection

L'éloignement et la méfiance entre les services de police ou de renseignement et les communautés peuvent aggraver la réticence de ces dernières à collaborer

²³ Étude de M^{me} Becker sur les TLET, p. 14.

²⁴ Témoignage de William Blair, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9996-9998.

avec les autorités et renforcer le sentiment de vulnérabilité qui découle des tactiques d'intimidation. Plusieurs facteurs y contribuent :

M. Dandurand a signalé dans son rapport de recherche que :

[Traduction]

Les stratégies de lutte contre le terrorisme ne prennent pas d'ordinaire en compte la nécessité d'offrir une protection active à ces groupes vulnérables, car une approche légaliste ou dissuasive de la question tend à prévaloir. Il en résulte des programmes publics de protection étendus aux victimes d'intimidation et le recours à ces derniers en tant que témoins ou délateurs, mais dans les strictes limites où leur participation est requise par l'appareil judiciaire lui-même. Si tel n'est pas le cas, les victimes d'intimidation ont tendance à être des laissés-pour-compte²⁵.

Selon M. Dandurand, les audiences d'investigation²⁶ qui étaient auparavant permises par le *Code criminel*²⁷ [traduction] « ont clairement renforcé les impressions de précarité et d'insécurité existant déjà chez les membres des groupes vulnérables. Elles transmettent un message contradictoire en laissant croire à ceux qui détiennent de l'information concernant des terroristes potentiels que le fait de la dévoiler aux autorités peut les exposer à une audience d'investigation, une arrestation préventive ou une imputation en vertu d'une ample panoplie de nouvelles infractions de terrorisme²⁸. »

- Les membres de la communauté commencent à se méfier quand les services de police ou du renseignement ne respectent pas leurs promesses – surtout la promesse de ne pas dévoiler l'identité des sources. Parfois encore, les autorités ne sont pas tout à fait franches au sujet de leur obligation légale de révéler l'identité de la source. La méfiance peut aussi s'installer quand les policiers doivent révéler, contre leur gré, l'identité d'une source conformément aux règles relatives à la divulgation. Comme l'a dit M. Blair, [traduction] « ça ne change rien si je leur dis que j'ai été tenu par la loi de le faire. Ils ne comprennent pas. Ils ne nous font pas confiance et ils ne collaborent pas avec nous²⁹. »

²⁵ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 46-47. Voir aussi le témoignage d'Ujjal Dosanjh, vol. 80, 21 novembre 2007, p. 10168.

²⁶ L'audience d'investigation, procédure introduite par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, c. 41, permettant à une cour de rendre une ordonnance autorisant la collecte de renseignements auprès d'une personne désignée. Le pouvoir d'ordonner une audience d'investigation a été aboli en 2007 en raison d'une disposition de temporarisation. Le projet de loi visant à rétablir ces audiences, le projet de loi S-3, est mort au Feuilleton lorsque le Parlement a été dissous en vue des élections d'octobre 2008 : projet de loi S-3, *Loi modifiant le Code criminel (investigation et engagement assorti de conditions)*, 2^e session, 39^e législature, 2007-2008.

²⁷ L.R.C. 1985, c. C-46.

²⁸ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 46.

²⁹ Témoignage de William Blair, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9997.

- Les membres de la communauté peuvent se méfier de ces organismes en raison d'expériences vécues avec des organisations semblables dans leur pays d'origine. Ils peuvent associer les autorités à la corruption, aux pratiques déloyales et à l'incompétence. Dans certaines communautés, selon M. Dandurand, l'idée que les policiers soient là pour aider et protéger serait incroyable³⁰.
- Même si les membres de la communauté ne se méfient pas, il est possible qu'ils n'aient pas confiance dans les services du renseignement et de police tout simplement parce que ces services ne sont pas présents dans les communautés, qu'ils comprennent rarement leur dynamique et qu'ils semblent réticents à aider. Par exemple, M. Dandurand a déclaré à la Commission que « plusieurs des menaces, des moyens d'intimidation sont faits de façon clandestine, à mots couverts, à mots voilés, par métaphores et ainsi de suite. Donc, quelqu'un qui n'aurait qu'une connaissance superficielle de la culture aurait souvent beaucoup de difficulté à décoder les menaces, à décoder les conversations³¹. » Mark Lalonde, ancien policier, a décrit une autre situation où une « station de radio ethnique » pouvait diffuser une menace qui était bien comprise par l'auditoire cible, mais qui était interprétée d'une tout autre façon par l'ensemble du public. Et comme le message ne violait aucune loi, les policiers ne sont pas intervenus. Cependant, pour les groupes visés, cette omission suppose que les policiers [traduction] « sont réticents ou incapables d'agir³² ».

8.3.4 Exemples d'intimidation individuelle et communautaire dans le contexte d'Air India

Les descriptions de tentatives d'intimidation et de manœuvres d'intimidation réussies abondent tant dans la décision du juge Josephson dans *R. c. Malik and Bagri*³³ que dans la preuve soumise à la Commission.

En 2004, le juge Josephson a rendu une ordonnance pour interdire en permanence la publication de l'identité d'un témoin, « M^{me} E », présent au procès Air India. Il a souligné que la vie de M^{me} E et de sa famille était gravement menacée :

[Traduction]

Il a été prouvé que les personnes ayant exprimé des opinions contraires à celles de certains extrémistes ont été victimes de menaces et d'actes de violence. Il existe aussi une preuve de ce

³⁰ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8585-8586.

³¹ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8572.

³² Témoignage de Mark Lalonde, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8630-8631.

³³ 2005 BCSC 350.

que le Témoin a interprété non sans motif raisonnable comme étant une menace grave pour sa vie et celle de sa famille si elle révélait certains renseignements. Ce n'est qu'après avoir reçu la confirmation que son identité resterait confidentielle qu'elle a communiqué ces renseignements aux autorités et elle a toujours soutenu qu'elle ne témoignerait pas parce qu'elle craignait pour sa sécurité et celle de sa famille.

Dans ce contexte, les préoccupations du Témoin liées à la sécurité ne sont pas purement hypothétiques. Comme les représailles font partie intégrante du risque, le risque ne disparaît pas une fois qu'elle a terminé son témoignage³⁴.

M^{me} E était une amie d'Ajaib Singh Bagri qui a fait des déclarations au SCRS et à la GRC dans les années qui ont suivi la tragédie d'Air India. Un ancien agent du SCRS a déclaré au procès que M^{me} E l'avait informé d'une menace proférée par M. Bagri. M. Bagri lui aurait dit qu'ils partageaient certains secrets et qu'elle savait ce qui l'attendait si elle les répétait à quelqu'un. Selon l'agent du SCRS, M^{me} E a ajouté qu'elle était certaine que M. Bagri voulait dire qu'il allait la tuer³⁵. L'agent du SCRS a témoigné devant la Commission dans le même sens³⁶.

Plusieurs menaces ont aussi été proférées contre une certaine « M^{me} D » et sa famille. M^{me} D a déclaré avoir été victime de menaces et d'intimidation et craindre pour sa sécurité dès qu'elle a commencé à collaborer avec les autorités³⁷. Au début de novembre 1997, la GRC a installé une caméra de vidéosurveillance chez elle³⁸. M^{me} D recevait toujours des menaces lorsqu'elle a commencé à collaborer avec la GRC.

Le 14 février 1998, un proche de Balwant Bhandher l'a avisée d'être prudente parce que trois hommes, Ripudaman Singh Malik, Bhandher et Aniljit Singh Uppal, s'étaient rencontrés et ils allaient [traduction] « essayer de la faire taire pour de bon³⁹ ». Peu de temps après, un jeune homme d'origine indienne orientale l'a approchée dans une station du Sky Train et lui a dit que Malik « en finirait » avec elle et la journaliste Kim Bolan⁴⁰. En mars 1998, des œufs ont été lancés sur sa maison en plein milieu de la nuit et elle a reçu un certain nombre d'appels quelque peu troublants⁴¹. En juin 1998, M^{me} D était au centre commercial avec son enfant quand une personne qu'elle a connue dans le cadre de son travail à l'école Khalsa l'a approchée et l'a avisée qu'elle causait bien des problèmes⁴². La personne était au courant de renseignements personnels au sujet de M^{me} D et de son enfant et lui a dit qu'elle et sa famille souffriraient si elle ne faisait pas « attention »⁴³.

34 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 520 aux paras. 6-7.

35 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 aux paras. 960, 980.

36 Témoignage de William Dean Laurie, vol. 61, 15 octobre 2007, p. 7411-7412.

37 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 aux paras. 380, 396.

38 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 aux paras. 377, 414.

39 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 au para. 352.

40 Pièce P-101, CAF0485, p. 1.

41 Pièce P-101, CAF0485, p. 3.

42 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 au para. 352.

43 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 au para. 352.

En juillet 1998, Kim Bolan a communiqué avec la GRC pour dire qu'elle avait reçu des informations à propos d'une « liste noire » et qu'on lui avait dit qu'une personne des États-Unis viendrait avec des AK47 pour s'occuper des gens sur la liste⁴⁴. Selon les renseignements obtenus, le nom de M^{me} D, ainsi que ceux de Tara Singh Hayer et de M^{me} Bolan elle-même, figuraient sur la liste⁴⁵. À l'époque, M^{me} Bolan, qui avait entendu un coup de feu dans sa rue le 16 juillet, a dit à la GRC qu'elle avait l'impression que la personne des États-Unis et les AK47 étaient « déjà en ville pour exécuter le contrat lié à la liste noire⁴⁶ ». Par conséquent, la GRC a installé une autre caméra de vidéosurveillance chez M^{me} D⁴⁷.

La décision rendue en 2005 par le juge Josephson dans *R. c. Malik and Bagri* soulignait le fait que M^{me} D « a[vait] toujours peur pour sa sécurité⁴⁸ ».

La Commission a été mise au courant d'autres exemples de crainte d'intimidation ou de réelles menaces et de représailles :

« **M. A** » : Un ancien agent du SCRS a parlé de sa relation avec M. A à la Commission. M. A fournissait à titre confidentiel des renseignements au SCRS, mais il était très réticent à collaborer avec la GRC parce qu'il craignait pour sa sécurité s'il devait sortir de l'anonymat et témoigner⁴⁹. L'ancien agent du SCRS a déclaré que la peur de M. A était [traduction] « tout à fait légitime [...] sans aucun doute⁵⁰ ».

Tara Singh Hayer : M. Hayer était l'éditeur du *Indo-Canadian Times* et critiquait ouvertement les extrémistes. Il a aussi fourni des renseignements au SCRS, puis à la GRC, à propos de l'attentat à la bombe commis contre Air India. Une tentative de meurtre l'a laissé paralysé en 1988. Le ministère public de la Colombie-Britannique a plus tard allégué que la tentative de meurtre était liée aux renseignements qu'il détenait au sujet d'Air India. Il a été tué en 1998. Les responsables du meurtre n'ont jamais été arrêtés⁵¹.

8.3.5 Intimisation des membres de la communauté sikhe qui « brisent le silence »

En plus de l'intimidation à l'égard des personnes ayant participé à l'enquête sur la tragédie d'Air India, il y a eu une certaine intimidation à l'échelle de la communauté à l'encontre des personnes qui auraient pu vouloir dénoncer

44 Pièce P-101, CAF0485, p. 3.

45 Pièce P-101, CAF0485, p. 3.

46 Pièce P-101, CAF0485, p. 3.

47 Pièce P-101, CAF0485, p. 5.

48 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 aux paras. 352-353.

49 Pièce P-291, déclaration de M. A, p. 25-26.

50 Témoignage de Neil Eshleman, vol. 75, 14 novembre 2007, p. 9449.

51 Voir le volume deux, partie 2, Après l'attentat à la bombe, section 1.2, Tara Singh Hayer.

l'extrémisme. Dans son rapport de 2005, l'honorable Bob Rae a expliqué que selon les familles des victimes du vol 182 d'Air India, il existait une « culture de la peur » qui empêchait les gens de dire la vérité au sujet de ce qui s'était produit⁵². Cette culture de la peur était renforcée par des actes concrets de violence et avait pour effet, outre l'intimidation des témoins, de supprimer toute opposition de la communauté aux idéologies extrémistes⁵³.

Le fils de Tara Singh Hayer, David (« Dave ») Hayer, un député de l'assemblée législative de la Colombie-Britannique, a expliqué à la Commission que l'opposition de son père à la violence sikhe après l'attentat contre le vol d'Air India s'est traduite par une tentative d'attentat à la bombe contre son bureau, de multiples menaces et une tentative de meurtre en 1988⁵⁴.

Dave Hayer a également parlé du climat de peur dans la communauté sikhe en 1986-1987 :

[Traduction]

Je pense que tout le monde était effrayé et si vous disiez quoi que ce soit qui ne soutenait pas la cause de ceux qui tentaient d'encourager le terrorisme et la violence, un État – un État indépendant de l'Inde, vous faisiez l'objet d'insultes et vous – à la radio étiez traité d'étranger. Ils se rendaient aux temples sikhs. Ces groupes avaient ni plus ni moins pris le contrôle des temples sikhs. Ils [un petit groupe de personnes qui essayaient de promouvoir la création de l'État indépendant du Khalistan par la violence] vous menaçaient. Des gens de la communauté ont été battus⁵⁵.

La belle-fille de Tara Singh Hayer, Isabelle Hayer (également Martinez-Hayer), a fait part devant la Commission de la terreur [traduction] « profonde » que ressentait la communauté indo-canadienne à cette époque⁵⁶.

L'honorable Ujjal Dosanjh a parlé du traitement réservé aux Indo-Canadiens qui s'opposaient publiquement à l'extrémisme sikh ou qui résistaient aux pressions de ceux qui voulaient les rallier à la cause de l'extrémisme à la suite de l'incident survenu au Temple d'or d'Amritsar en 1984. Il a affirmé que, dès 1984, les sikhs du Canada devaient [traduction] « [se] débrouiller tous seuls » car les institutions canadiennes n'étaient pas en mesure de faire face à « [...] une vague de haine, à la violence, aux menaces, aux listes noires, aux actes visant à faire taire les

52 *Leçons à retenir : Rapport de l'honorable Bob Rae, conseiller indépendant de la ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada, sur les questions en suspens relatives à l'explosion survenue à bord du vol 182 d'Air India* (Secrétariat pour l'examen d'Air India, Ottawa, 2005), p. 3 [*Leçons à retenir*].

53 *Leçons à retenir*, p. 3.

54 Témoignage de Dave Hayer, vol. 76, 15 novembre 2007, p. 9528-9529.

55 Témoignage de Dave Hayer, vol. 76, 15 novembre 2007, p. 9533-9534.

56 Témoignage d'Isabelle Martinez-Hayer, vol. 76, 15 novembre 2007, p. 9534-9535.

radiodiffuseurs, les journalistes et les activistes »⁵⁷. Il a dit que les modérés qui cherchaient à reprendre le contrôle des temples sikhs dans les années 1990 ont été sauvagement battus⁵⁸.

M. Dosanjh a relaté les incidents d'intimidation dont lui, sa famille et les autres ont été victimes et a souligné les risques courus par ceux qui n'ont pas cédé à l'intimidation :

[Traduction]

Donc, il y avait des listes noires et vous receviez des lettres anonymes qui avaient été introduites dans la fente à lettres ou qui avaient été envoyées par la poste par un régiment ou un organisme quelconque disant qu'ils allaient vous éliminer et « vous réformer », et je ne faisais pas exception. J'en ai également reçues.

[...]

J'ai reçu des menaces d'enlèvement de mes enfants, c'était en 1984-1985, et mon fils aîné avait alors 11 ans. J'ai trois fils. Et j'ai eu des menaces par téléphone, sur le répondeur selon lesquelles ils allaient tuer mes enfants, tuer ma femme, enlever mes enfants, faire sauter ma maison, me tuer et tout ça bien sûr, comme je l'ai déjà dit, directement par téléphone ou sur le répondeur ou par le biais d'autres personnes.

Je me souviens d'une menace qui avait été faite directement à un parent éloigné selon laquelle on me tuerait cette nuit-là. Et cette menace a ensuite été envoyée, transmise à mon beau-frère qui, avec toute sa famille, a abouti chez moi à 11 h le soir alors que je dormais sur un matelas sur le plancher au rez-de-chaussée. J'étais terrifié à l'idée d'être la cible d'une bombe incendiaire pendant que mes enfants dormiraient à l'étage. Nous avons dormi au rez-de-chaussée, sur des matelas ou même sur le tapis pendant des années parce que nous avons peur que quelqu'un fasse sauter notre maison et [...] et que nous soyons tous la proie des flammes à l'étage.

[...] Il faut toujours être sur ses gardes⁵⁹.

Il ne fait aucun doute que l'intimidation visant à empêcher les gens de dénoncer les intentions extrémistes instaure un climat général de peur qui fait aussi en sorte que les membres de la communauté hésitent à aider les autorités dans

⁵⁷ Témoignage d'Ujjal Dosanjh, vol. 80, 21 novembre 2007, p. 10168.

⁵⁸ Témoignage d'Ujjal Dosanjh, vol. 80, 21 novembre 2007, p. 10175.

⁵⁹ Témoignage d'Ujjal Dosanjh, vol. 80, 21 novembre 2007, p. 10169-10172.

leurs enquêtes et poursuites. Don McLean, détective au Service de police de Vancouver, a travaillé dans la communauté sikhe comme membre de l'équipe de liaison indo-canadienne avant et tout de suite après l'attentat. Il a précisé dans son témoignage que le niveau d'intimidation dans la communauté sikhe de Vancouver était comparable à ce qui existait dans les communautés victimes d'intimidation de la part du crime organisé et qu'il y avait une crainte généralisée de représailles contre ceux qui collaboraient avec la police⁶⁰.

Dave Hayer a parlé de l'impression qu'ont les Indo-Canadiens que des organisations telles que les Babbar Khalsa ont une influence politique et qu'elles peuvent agir en toute impunité. Il a déclaré que les acquittements prononcés dans les affaires liées à la tragédie d'Air India renforçaient cette impression, comme le sentiment d'intimidation dans la communauté sikhe⁶¹.

8.3.6 Réduire l'intimidation et favoriser la confiance

Les autorités doivent comprendre l'intimidation et les menaces dont sont victimes les témoins et prendre les mesures qui conviennent le mieux pour les protéger. M. Dandurand a présenté plusieurs initiatives pour accroître le niveau de confiance envers les autorités et éviter ou limiter les dommages causés par les tentatives d'intimidation :

- favoriser le recrutement, la formation et l'avancement d'agents de différents milieux culturels, y compris les communautés « cibles », afin de créer des liens avec les communautés et d'accroître leur niveau de confiance envers les autorités⁶²;
- familiariser les agents avec la culture, la langue et les coutumes des différentes communautés⁶³;
- répondre aux situations où quelqu'un se plaint d'avoir été intimidé et permettre à cette personne de rester en contact au cas où l'intimidation deviendrait plus sérieuse⁶⁴;
- procéder à des enquêtes sérieuses sur les plaintes relatives à l'intimidation et y consacrer les ressources nécessaires⁶⁵;

⁶⁰ Témoignage de Don McLean, vol. 35, 29 mai 2007, p. 4131-4132.

⁶¹ Témoignage de Dave Hayer, vol. 76, 15 novembre 2007, p. 9539-9540, 9582.

⁶² Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8570-8571. L'idée d'avancement suppose que les agents recrutés ne sont pas que de simples policiers venant d'une communauté particulière. Avec le temps, ces agents gravissent les échelons.

⁶³ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8571-8572.

⁶⁴ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8577-8581. L'Air India Victims' Families Association (AIVFA) a aussi dit qu'il faut accorder plus d'importance aux enquêtes sur les plaintes se rapportant à l'intimidation [traduction] : « Les autorités doivent réagir vigoureusement aux menaces et non pas attendre que des actes de violence se produisent ». *Where is Justice? AIVFA Final Written Submission – Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182*, 29 février 2008, p. 174 [AIVFA Final Written Submission]. Aucun autre intervenant et aucune autre partie n'a commenté les conclusions et recommandations de M. Dandurand à ce sujet.

⁶⁵ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8579. Voir aussi l'étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 72.

- faire un suivi auprès des victimes d'intimidation et les tenir au courant, aussi bien que l'ensemble de la communauté, des mesures prises⁶⁶;
- tenter des poursuites dans les cas d'intimidation avec toute la rigueur de la loi pour montrer aux criminels, ainsi qu'à la communauté, que les incidents sont pris au sérieux⁶⁷;
- améliorer et élargir la coordination du programme de protection des témoins avec les forces policières étrangères⁶⁸. La protection des témoins doit être suffisamment souple pour s'adapter aux circonstances particulières, et souvent très difficiles, auxquelles sont confrontées les victimes dans les poursuites antiterroristes.

L'honnêteté est primordiale. Les autorités ne devraient pas faire des promesses d'anonymat si elles ne peuvent les tenir – par exemple, quand les obligations légales, comme le droit de l'accusé à la divulgation de l'identité des agents de la police, peuvent faire en sorte qu'il sera impossible de garder parole.

8.3.7 Le protection des témoins pendant l'enquête sur la tragédie d'Air India

Ce qui précède donne un aperçu de l'intimidation dont ont été victimes ceux qui ont dénoncé l'extrémisme et ceux qui ont aidé les autorités. Dans certains cas, il fallait protéger physiquement ces individus. Or, l'examen des relations du SCRS et de la GRC avec les sources et témoins, et entre eux, réalisé par la Commission a révélé plusieurs cas de mesures de protection inadéquates.

Contrairement au SCRS, lequel considérait les sources comme des « ressources précieuses », la GRC voyait souvent les sources comme des délateurs ou des criminels de qui il fallait se méfier, qui devaient « tout accepter sans broncher ». La GRC était d'avis que la principale valeur des sources était qu'elles pouvaient fournir des éléments de preuve devant les tribunaux à titre de témoins. La Gendarmerie était relativement indifférente à leur valeur en tant que sources confidentielles d'information⁶⁹.

Dans plusieurs cas, la GRC a fait un travail lamentable dans ses rapports avec les sources que le SCRS avait recrutées. L'approche radicale du « tout ou rien » de la GRC envers M. A, par exemple, était représentative de la façon dont les sources étaient traitées, c'est-à-dire comme des criminels, et non comme des ressources. Cela montrait aussi l'insensibilité de la GRC à l'endroit des témoins potentiels qui réclamaient une protection et certains autres avantages.

⁶⁶ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8580.

⁶⁷ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8579. Voir aussi l'étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 51, 72.

⁶⁸ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8570-8591; témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8695-8698.

⁶⁹ Voir le volume deux, partie 2, Après l'attentat à la bombe, chapitre I, Sources humaines : approche à l'égard des sources et de la protection des témoins.

De plus, la GRC n'a pas su reconnaître l'importance d'une bonne collaboration avec la communauté sikhe pour ses enquêtes. Dans bien des cas, elle a fait montre d'une insensibilité culturelle troublante envers les sources. Au-delà de la GRC, le gouvernement en général a fait preuve d'aveuglement volontaire à l'égard de l'intimidation et de la peur au sein de la communauté sikhe canadienne.

La façon dont la GRC a abordé, traité et protégé les sources potentielles a peut-être amené les sources à refuser de fournir d'autres renseignements. Cela a peut-être aussi accru leur réticence à communiquer des renseignements au SCRS. William Dean (« Willie ») Laurie, enquêteur du SCRS, a témoigné à cet égard :

[Traduction]

M. LAURIE : [...] parfois nous connaissions les personnes qui avaient été interrogées par la GRC, manifestement dans le même but, et elles étaient tellement intimidées qu'elles pouvaient – même si elles voulaient nous aider, elles étaient convaincues qu'elles ne devaient pas le faire parce qu'elles ne voulaient pas avoir affaire avec des gens qui les traitaient de cette façon.

M. KAPOOR : De quelle façon?

M. LAURIE : Comme s'ils devaient participer, vous savez, comme s'ils étaient forcés de le faire, comme s'ils étaient contraints d'aider parce que vous devez savoir quelque chose et que nous sommes des policiers après tout, et vous savez, nous pouvons peut-être vous causer des problèmes, ou quelque chose du genre. Vous savez, nous connaissons une personne de votre famille qui a eu des démêlés avec la justice bla bla bla, ce genre de choses. C'est quelque chose qui n'a jamais été toléré chez nous⁷⁰.

Comme la GRC a mal évalué la menace constante que posait le terrorisme sikh, elle a abordé au moins une source d'une façon qui a pu mettre sa vie en danger. De façon plus générale, la GRC n'avait aucune stratégie pour s'occuper des témoins effrayés. Dans au moins un cas, elle a communiqué à plusieurs reprises avec une source pour tenter d'obtenir sa collaboration sans essayer de répondre à ses préoccupations.

En fait, la GRC considérait la protection des témoins comme un avantage offert à une personne en échange de renseignements et de services. La GRC semblait croire que jusqu'à ce que la personne se soit « engagée » à aider, il était prématuré de penser aux mesures de protection.

⁷⁰ Témoignage de William Laurie, vol. 61, 15 octobre 2007, p. 7403-7404.

Les exemples suivants démontrent le manque de sensibilité à l'égard des questions de protection des témoins pendant l'enquête et le procès relatifs à la tragédie d'Air India :

- La GRC a abordé « M. A » tout en sachant qu'il ne souhaitait pas parler à la police. M. A a alors dit craindre pour sa sécurité. Les membres de la GRC ont utilisé une voiture banalisée pour aller le voir, mais ils l'ont abordé publiquement et à l'improviste, lui ont parlé sur le pas de la porte de sa résidence à la vue des voisins et lui ont ensuite demandé de les accompagner, ce qui aurait malheureusement pu attirer l'attention des voisins et des autres personnes vivant à cet endroit⁷¹;
- La protection insuffisante offerte à Tara Singh Hayer s'explique en grande partie par le fait que la GRC ne comprenait pas le contexte général des menaces proférées. En considérant ces menaces comme des incidents localisés et isolés, la GRC n'a pas reconnu la menace encore plus grande que l'extrémisme sikh faisait peser sur M. Hayer. Quand les membres de la GRC ont finalement installé des caméras de vidéosurveillance dans la résidence de M. Hayer, ils n'ont pas expliqué le fonctionnement du système à la famille, n'ont pas installé le système de façon optimale et ne l'ont pas bien surveillé. Après le meurtre de M. Hayer, la GRC a découvert que le système n'avait pas enregistré la vidéo de la fusillade, mais elle ne l'a pas dit à la famille⁷²;
- Il ressort clairement des rapports entretenus par la GRC avec « M^{me} E » que les membres de la GRC n'étaient pas conscients de la menace que représentaient M. Bagri et ses associés. M^{me} E craignait vraiment pour sa sécurité et celle de sa famille. Pourtant, la GRC a continué de l'aborder en public, de l'interroger parfois à portée de voix d'autres personnes. Les membres de la GRC n'ont pas vraiment tenté d'évaluer le danger qu'elle courait en collaborant avec eux. En fait, en 1990, la GRC n'a pas pris les craintes de M^{me} E au sérieux. Quand la GRC lui a finalement posé des questions sur ses préoccupations, elle s'est fait dire de préciser et de définir ses craintes elle-même et elle n'a bénéficié d'aucun service de consultation ou d'orientation pour l'aider à les exprimer ou à comprendre les précautions à prendre. En outre, M^{me} E a souvent été abordée dans un esprit de confrontation et de manière insensible – par exemple, quand les agents de la GRC l'ont à maintes reprises accusée d'avoir une liaison avec M. Bagri, en dépit de ses dénégations, et ont ensuite dit à son conjoint de fait, avec qui elle se trouvait au moment des faits, qu'elle « fréquentait M. Bagri »⁷³;

71 Voir le volume deux, partie 2, Après l'attentat à la bombe, section 1.1, M. A.

72 Voir le volume deux, partie 2, Après l'attentat à la bombe, section 1.2, Tara Singh Hayer.

73 Voir le volume deux, partie 2, Après l'attentat à la bombe, section 1.3, M^{me} E.

- Le SCRS a « confié » « M^{me} D » au Groupe de travail de la GRC sur l'écrasement de l'avion d'Air India après qu'elle eût fourni de l'information sur M. Malik. La Section des infractions commerciales de la GRC a aussi eu affaire avec M^{me} D, puisque l'information portait en partie sur des allégations de fraude. Le nom de M^{me} D a été rendu public quand cette section a par inadvertance laissé une demande de mandat non scellée. M^{me} D a dû adhérer au Programme de protection des témoins de la GRC bien plus tôt que prévu, ce qui a profondément bouleversé sa vie⁷⁴.

Les conflits entre le SCRS et la GRC ont parfois entraîné la perte de sources et de renseignements précieux. Aucune méthode n'avait été établie pour déterminer à quel moment il était approprié de « partager » les sources entre les organismes. L'empressement de la GRC à faire en sorte que des sources deviennent des témoins pendant l'enquête est certes compréhensible compte tenu de l'ampleur du crime. Cependant, la GRC n'était pas aussi sensible qu'elle aurait dû l'être avec les sources et pas aussi efficace qu'elle aurait dû l'être pour assurer leur sécurité.

8.3.8 Conclusion

L'intimidation à l'échelle de la communauté et les cas précis d'intimidation ont joué un rôle dans les enquêtes sur la tragédie d'Air India. Selon la preuve soumise à la Commission, même un quart de siècle après le début de l'enquête, l'intimidation se poursuit et nuit au déroulement de l'enquête.

Une protection efficace des personnes menacées et une réplique ferme aux cas d'intimidation renforcent la crédibilité du système judiciaire. Permettre que des menaces ne donnent pas lieu à une intervention policière ne fait qu'accroître le pouvoir des extrémistes ou des groupes criminels. L'existence ne serait-ce que d'un cas isolé de protection inefficace ou d'un seul témoin menacé ou intimidé peut nuire gravement à la crédibilité des autorités et dissuader les autres membres de la communauté de se manifester.

Dans les enquêtes sur des activités terroristes, à tout le moins, la GRC ne devrait pas considérer la protection des témoins comme un avantage à échanger contre un témoignage. Il conviendrait de prendre des mesures raisonnables pour répondre aux préoccupations d'une source liées à sa sécurité avant que son admission au Programme de protection des témoins ne soit étudiée. La GRC devrait se familiariser davantage avec les problèmes d'intimidation dans les communautés pouvant être impliquées dans des enquêtes liées au terrorisme. Elle devrait aussi reconnaître que tous les témoins ne sont pas des criminels et que les sources humaines peuvent s'avérer des sources précieuses de renseignements même si elles ne témoignent pas devant un tribunal⁷⁵.

⁷⁴ Voir le volume deux, partie 2, Après l'attentat à la bombe, section 1.5, M^{me} D.

⁷⁵ Voir le volume deux, partie 2, Après l'attentat à la bombe, chapitre 1, Sources humaines : approche à l'égard des sources et de la protection des témoins.

Toutes les autorités, y compris le SCRS, doivent être franches avec les sources. Elles doivent éviter de leur faire des promesses qu'elles ne peuvent tenir – par exemple, de dire que l'identité d'une source sera gardée confidentielle et que la source ne sera jamais appelée à témoigner. Elles doivent être franches à propos des fardeaux et des limites des programmes de protection des témoins. La tromperie engendre la méfiance parmi les sources potentielles et la méfiance entraîne trop souvent le silence.

8.4 Protéger l'identité pour éviter de recourir à la protection des témoins

La section précédente portait sur quelques-uns des dangers réels que courent les personnes dont l'assistance aux services de renseignement et de police devient connue. Dans les enquêtes ou les poursuites antiterroristes, la façon la plus sûre de protéger les personnes contre l'intimidation directe est de veiller à ce que leur identité demeure secrète. Si aucune poursuite n'est intentée, les agents de renseignements qualifiés auront relativement peu de difficulté à garder l'identité d'une source secrète. Toutefois, il est dans l'intérêt public d'engager des poursuites pour de nombreuses infractions de terrorisme. Les poursuites rendent beaucoup plus difficile la protection de l'identité des personnes ayant aidé les autorités. Heureusement, le gouvernement et les poursuivants disposent d'une panoplie de mesures juridiques offrant un anonymat partiel ou total aux sources et aux témoins, ce qui réduit les chances qu'ils aient besoin d'adhérer aux programmes de protection des témoins.

Comme nous l'avons vu au chapitre IV, il semblerait que les agents du SCRS ayant témoigné devant la Commission aient présumé que le meilleur moyen de protéger les sources confidentielles était d'empêcher la communication de leur identité⁷⁶. Le SCRS doit connaître parfaitement les exigences de communication du régime juridique et ses nombreuses protections contre la communication, y compris le privilège relatif aux indicateurs. Enfin, le SCRS doit avoir accès aux programmes de protection des témoins et des sources vulnérables. Ces programmes doivent faciliter la continuité dans la gestion des sources pour éviter que les problèmes survenus dans l'enquête sur la tragédie d'Air India, lorsque des sources du SCRS ont été transférées à de nouveaux agents de la GRC qui n'étaient pas au fait des dossiers, ne se reproduisent.

La présente section résume diverses mesures dont les sources et les témoins ayant besoin de protection peuvent bénéficier lorsque des poursuites sont entamées. Comme nous l'analyserons en détail plus loin, même les programmes de protection des témoins les mieux conçus peuvent poser des difficultés importantes à ceux qui y sont admis. Il est préférable de chercher tout d'abord des mesures qui évitent le recours à la protection des témoins. Si ces mesures n'autorisent pas les enquêteurs à utiliser les renseignements fournis par des sources secrètes et ne permettent pas aux poursuivants de respecter leurs obligations de communication, les programmes de protection des témoins seront nécessaires.

⁷⁶ Voir la section 4.5.

8.4.1 Le rôle du pouvoir discrétionnaire de la poursuite

Une mesure de protection importante pour protéger les sources et la sécurité des témoins est le pouvoir discrétionnaire qu'ont les poursuivants de décider d'entamer ou de continuer une poursuite. La Cour suprême du Canada a reconnu que le ministère public peut exercer à bon droit son pouvoir de suspendre ou d'arrêter les procédures dans le but de protéger l'identité des indicateurs⁷⁷.

Bon nombre d'infractions de terrorisme prévues par le *Code criminel* sont passibles de longues peines maximales. Par exemple, quiconque charge une personne de se livrer à une activité au profit d'un groupe terroriste⁷⁸ ou de se livrer à une activité terroriste⁷⁹, et quiconque commet un acte criminel au profit d'un groupe terroriste⁸⁰ est passible d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité.

Les poursuivants peuvent être tentés de déposer le plus d'accusations possibles liées à des actes terroristes pour augmenter les chances de condamnation à l'égard de certaines d'entre elles. Mais un plus petit nombre d'accusations stratégiques pourrait engendrer les mêmes résultats. Ainsi, un moins grand nombre de personnes verraient leur identité dévoilée en raison des obligations de communication ou seraient appelées à témoigner. Dans certains cas, il serait préférable de porter une accusation criminelle qui n'est pas liée au terrorisme ou peut-être une accusation liée au financement d'activités terroristes, au lieu d'une accusation fondée sur un présumé complot terroriste, pour assurer la protection des sources qui connaissaient les détails du complot et qui pourraient être facilement identifiées par l'accusé et ses associés si on voulait tenter une poursuite pour complot comme tel. Comme nous l'avons vu au chapitre V, le ministère public n'est pas obligé de communiquer les renseignements qui ne se rapportent pas aux accusations pesant contre l'accusé⁸¹.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite peut se révéler d'une utilité limitée pour protéger les sources, car les tribunaux pourraient considérer que les obligations de communication s'appliquent à toute l'enquête. Même une accusation fondée sur le financement d'activités terroristes, par opposition à une accusation de complot terroriste, nécessitera généralement la communication de renseignements sur des questions telle l'intention de l'accusé de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter, ou d'en faire bénéficier un groupe terroriste⁸². La pertinence de ces questions pourrait nécessiter la communication de toute l'information sur l'enquête, ce qui pourrait mettre les sources en danger. Quoi qu'il en soit, la nécessité de protéger les sources devrait être un facteur à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

77 *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979.

78 *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.21 [*Code criminel*].

79 *Code criminel*, art. 83.22.

80 *Code criminel*, art. 83.2.

81 Voir *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727.

82 *Code criminel*, art. 83.03, 83.04.

8.4.2 Modification des affidavits préparés à l'appui des demandes de mandats

Comme nous l'avons vu au chapitre IV, l'obtention de mandats de surveillance électronique en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* ou de la partie VI du *Code criminel* suppose la communication de l'affidavit accompagnant la demande. Avant de communiquer l'affidavit, le gouvernement peut en retirer les renseignements qui pourraient révéler l'identité d'une source confidentielle. Toutefois, tout élément permettant d'identifier le témoin ainsi retranché de l'affidavit ne pourra être utilisé pour étayer la constitutionnalité du mandat et de la fouille. Dans certains cas, le fait de ne pas divulguer des renseignements sur l'identité d'une source peut rendre le mandat invalide. L'affaire *R. c. Parmar*⁸³ en est un bon exemple. Dans cette affaire, un indicateur a refusé que son nom soit divulgué, de sorte que la poursuite n'a pas communiqué l'affidavit qui aurait révélé son identité. Or, la légalité du mandat ne pouvait être confirmée sans cette information. À cette époque, les renseignements obtenus au moyen de l'écoute électronique en vertu d'un mandat invalide étaient automatiquement et définitivement écartés. La poursuite a échoué en raison d'une communication incomplète découlant du refus de l'indicateur d'autoriser la divulgation de son nom et d'adhérer à un programme de protection des témoins.

Le chapitre IV propose un nouveau régime qui permettrait à des conseillers spéciaux dotés d'une habilitation de sécurité de représenter les intérêts de l'accusé qui conteste les mandats délivrés en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* ou de la partie VI du *Code criminel*. Les conseillers spéciaux auraient accès sans restriction à l'affidavit utilisé pour obtenir le mandat, y compris les renseignements permettant d'identifier les sources confidentielles, et représenteraient les intérêts de l'accusé sans lui communiquer l'identité de la source. Si elle est adoptée, cette proposition pourrait fournir une protection importante aux indicateurs, sans pour autant sacrifier la possibilité pour l'accusé de contester le mandat et de faire valoir ses droits contre les perquisitions et les saisies abusives.

8.4.3 La revendication du privilège relatif aux indicateurs de police

En common law, les indicateurs de police (autres que les agents de la police et les témoins essentiels) ont le droit d'empêcher que leur identité soit révélée à la défense dans une poursuite criminelle. Dans *Personne désignée c. Vancouver Sun*, la Cour suprême du Canada a décrit cette règle du « privilège relatif aux indicateurs de police », soulignant qu'elle « empêche l'identification, en public ou en salle d'audience, des personnes qui fournissent à titre confidentiel des renseignements concernant des matières criminelles⁸⁴ ». La Cour a fait remarquer que l'obligation de garder secrète l'identité des indicateurs s'applique aux policiers, au ministère public, aux avocats et aux juges, et que tous les renseignements susceptibles de permettre l'identification d'un indicateur sont

⁸³ (1987) 34 C.C.C. (3^e) 260 (Ont. H.C.J.).

⁸⁴ 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252 au para. 16.

protégés par le privilège. La protection ne vise pas uniquement le nom de l'indicateur de police, mais aussi tous les renseignements susceptibles de servir à l'identifier⁸⁵.

Dans un arrêt antérieur de la Cour suprême, *R. c. Leipert*, la juge McLachlin, maintenant juge en chef, a affirmé que le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu'il ne saurait être soupesé en fonction d'autres intérêts : « Une fois que son existence est établie, ni la police ni les tribunaux n'ont le pouvoir discrétionnaire de le restreindre⁸⁶. »

La règle du privilège relatif aux indicateurs est une exception au droit général qu'a l'accusé d'obtenir une communication complète, établi dans *R. c. Stinchcombe*⁸⁷. Le privilège est absolu et peut être écarté uniquement lorsque l'innocence d'une personne est en jeu. L'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé vise les cas où la communication est le seul moyen pour l'accusé de démontrer son innocence⁸⁸. Par exemple, il faudrait communiquer à l'accusé l'identité et le témoignage d'un indicateur dans les cas où celui-ci est devenu un témoin essentiel ou un agent provocateur⁸⁹. Subsidiairement, le ministère public pourrait retirer les accusations portées contre un accusé pour protéger l'identité d'un indicateur.

À l'heure actuelle, la règle de common law concernant le privilège relatif aux indicateurs ne s'applique pas aux sources confidentielles du SCRS; elle ne s'applique qu'aux indicateurs qui aident la police. Cependant, l'article 18 de la *Loi sur le SCRS* interdit la communication d'informations sur les sources confidentielles du SCRS, bien que sous réserve de nombreuses exceptions prévues au paragraphe 18(2), notamment la communication ordonnée par la cour. Le chapitre VI porte sur la nécessité que le SCRS puisse transmettre des renseignements à la GRC sans empêcher les indicateurs ou l'État d'invoquer ultérieurement le privilège relatif aux indicateurs. Ce privilège ne devrait pas être perdu du simple fait de transférer une source de renseignements confidentielle du SCRS à la GRC. Il est important de ne pas sous-estimer la valeur de ce privilège, que l'État peut invoquer en vue d'obtenir des renseignements qui pourraient aider à prévenir des actes de terrorisme.

⁸⁵ 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252 au para. 26.

⁸⁶ *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281 au para. 14. Voir également l'analyse du privilège relatif aux indicateurs dans Kent Roach, « The Unique Challenges of Terrorism Prosecutions: Towards a Workable Relation Between Intelligence and Evidence », vol. 4 des études de recherche, portant sur les défis uniques des poursuites liées au terrorisme, p. 68, 75-76 [étude de M. Roach sur les poursuites liées au terrorisme].

⁸⁷ [1991] 3 R.C.S. 326.

⁸⁸ Chapitre VI, portant sur le privilège. La *Loi sur le programme de protection des témoins* comporte une exception similaire concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé à l'obligation générale de protéger les renseignements au sujet du changement d'identité ou du lieu où se trouve une personne admise dans un programme de protection des témoins. L'article 11(3)d) permet au commissaire de la GRC de communiquer des renseignements au sujet du lieu où se trouve un « bénéficiaire », ancien ou actuel, ou de son changement d'identité si leur communication est essentielle pour établir l'innocence d'une personne dans le cadre d'une poursuite criminelle.

⁸⁹ *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, arrêt analysé dans l'étude de M. Roach sur les poursuites liées au terrorisme, p. 157. Aux pages 155-165, M. Roach analyse les différents jugements rendus dans l'affaire *R. c. Khela* concernant un indicateur de police, « Billy Joe », à qui on avait promis l'anonymat.

Le chapitre VI portant sur la question du privilège, traite de l'importance de gérer les indicateurs avec précaution. Le SCRS et la police devraient tous deux s'assurer qu'ils détiennent l'information la plus complète possible avant de promettre l'anonymat à un indicateur en échange de renseignements. Cette précaution est nécessaire pour un certain nombre de raisons. Dans certains cas, il se pourrait que la promesse d'anonymat ne soit pas légalement réalisable. Par exemple, un policier pourrait « proposer » à un indicateur de poser des questions précises afin de soutirer certains renseignements à la cible d'une enquête. Même des années plus tard, au procès, le juge pourrait conclure que la personne n'était pas un indicateur, mais plutôt un agent de la police en raison de la proposition du policier. Le privilège relatif aux indicateurs serait alors perdu.

De plus, les promesses d'anonymat peuvent compromettre gravement la possibilité d'intenter une poursuite antiterroriste subséquente. Comme nous l'avons vu précédemment, la poursuite intentée contre Talwinder Singh Parmar et autres à Hamilton, en 1987, a échoué lorsqu'un indicateur a refusé de consentir à la communication de renseignements qui permettaient de l'identifier. En 1986, une condamnation pour complot en vue de faire exploser un autre avion d'Air India a finalement été suspendue, en bonne partie parce qu'on avait apparemment promis à un indicateur clé que son identité ne serait pas révélée. Toutefois, les tribunaux ont conclu que l'indicateur n'était pas protégé par le privilège relatif aux indicateurs parce qu'il avait agi à titre d'agent de la police. La police hésitait tout de même à communiquer des renseignements au sujet de l'indicateur, de sorte que les tribunaux ont finalement suspendu l'affaire définitivement⁹⁰.

Dans certains cas, les avantages de garder secrète l'identité d'une source pour obtenir des renseignements pouvant empêcher un acte terroriste peuvent clairement l'emporter sur la valeur de cette source en tant que témoin dans une poursuite subséquente. La prévention peut de fait être souvent plus importante que les poursuites. Les agents du renseignement de sécurité ou les policiers sont parfois placés devant des choix difficiles lorsqu'ils décident d'offrir l'anonymat en échange de renseignements dont ils ont besoin de toute urgence, et leurs décisions ne devraient pas être critiquées a posteriori.

La police et le ministère public ont tous deux élaboré des politiques pour garantir que les indicateurs ne perdent pas leur statut privilégié en raison des mesures prises par l'État⁹¹. Ces politiques doivent être élargies et adaptées au

⁹⁰ *R. c. Khela* (1991), 68 C.C.C. (3^e) 81 (C.A. Qué.); *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201; *R. c. Khela* (1998), 126 C.C.C. (3^e) 341 (C.A. Qué.).

⁹¹ Par exemple, la GRC offre un cours d'une semaine intitulé « Gestion des sources humaines » visant à former des agents sur la façon de traiter avec les agents et les indicateurs. Le cours vise notamment à [traduction] « faire en sorte qu'un indicateur demeure un indicateur et ne devienne pas un agent-source » (témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8890). Le *Guide du Service fédéral des poursuites* invite les procureurs de la Couronne à faire le nécessaire pour comprendre pleinement la nature des liens entre la police et le représentant de l'État au départ pour déterminer le statut de la personne et prévoir tout risque éventuel. Ministère de la Justice Canada, *Guide du Service fédéral des poursuites*, ch. 36, en ligne : Ministère de la Justice Canada < <http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/sfp-fps/fpd/ch36.html> > (consulté le 10 juin 2009).

SCRS. De plus, il doit y avoir une plus grande coordination en ce qui concerne le traitement des sources entre les autorités enquêtant sur des affaires de terrorisme. Le directeur des poursuites antiterroristes dont nous avons parlé au chapitre III pourrait donner des avis juridiques importants, de façon continue, au sujet du statut juridique des indicateurs qui passent du SCRS à la GRC et qui, dans certains cas, réintègrent le SCRS. Chaque organisme de renseignement doit mieux apprécier les besoins et le point de vue de l'autre. Les différends concernant l'utilisation ultime des sources humaines pourraient, au besoin, être réglés grâce à l'intervention du conseiller à la sécurité nationale, comme nous l'avons vu au chapitre II.

Le droit en matière de privilège relatif aux indicateurs est complexe et en constante évolution. Il se pourrait qu'il y ait beaucoup d'incertitude dans une enquête particulière liée au terrorisme quant à savoir si une source est protégée par ce privilège. En particulier, des questions très détaillées pourraient être soulevées quant à savoir si des promesses d'anonymat valides ont été faites à la source et, le cas échéant, à quel moment, et quant à savoir si une source qui est par ailleurs protégée par le privilège relatif aux indicateurs a perdu ce privilège en devenant un agent actif, un témoin essentiel ou un agent provocateur. En présence d'une telle incertitude factuelle et juridique, il sera prudent de prendre les mesures nécessaires pour protéger les indicateurs qui seront vulnérables aux représailles si leur identité est révélée publiquement. Parallèlement, au nom de l'indicateur, l'État devrait invoquer le privilège pour que les renseignements qui permettent de l'identifier ne soient pas communiqués.

8.4.4 La communication : la non-pertinence et le choix du moment

L'arrêt *Stinchcombe* impose à l'État l'obligation constitutionnelle générale de conserver et de communiquer à l'accusé toute information pertinente. Cela signifie que les poursuivants peuvent refuser à bon droit de communiquer des renseignements, y compris sur l'identité, s'ils ne sont pas pertinents. Les poursuivants peuvent également refuser de communiquer des éléments de preuve qui sont assujettis à un privilège valide, comme le privilège relatif aux indicateurs.

Les poursuivants jouissent également d'un pouvoir discrétionnaire, susceptible de contrôle, quant au *moment* où ils communiquent les éléments de preuve. Ils peuvent exercer ce pouvoir afin de retarder la communication de l'identité d'un indicateur ou d'un témoin pour assurer leur protection. La communication tardive peut miner l'efficacité d'un procès, car elle peut entraîner des ajournements pour permettre à la défense d'examiner les informations communiquées. La communication tardive peut également réduire les chances qu'une affaire soit réglée avant de se rendre en procès. Pour ces motifs, les poursuivants ne devraient pas décider à la légère de retarder la communication de renseignements pertinents. Quoi qu'il en soit, la nécessité d'assurer la sécurité des indicateurs et des témoins est l'une des rares raisons qui permettra de retarder la communication. Ce retard devrait toutefois être limité à la période nécessaire pour veiller à ce que la protection soit efficace pour la personne dont la sécurité peut être ainsi mise en danger.

8.4.5 Les articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* permet aux ministres de s'opposer à la divulgation de renseignements en attestant que, pour des raisons d'intérêt public, ces renseignements ne devraient pas être divulgués. Comme nous l'avons vu plus en détail au chapitre VII, la protection des indicateurs est considérée comme une raison d'intérêt public. Le juge a le pouvoir de soupeser les intérêts favorables et défavorables à la divulgation et il peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation sous réserve de certaines conditions⁹². Ainsi, il pourrait interdire la divulgation de l'identité d'un indicateur. Parallèlement, il peut rendre une ordonnance en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Il peut ainsi ordonner l'arrêt des procédures⁹³.

L'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* autorise le procureur général du Canada à solliciter des ordonnances de non-divulgation au motif que la divulgation des renseignements porterait préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales. Tout comme à l'article 37, le juge peut soupeser les intérêts favorables et défavorables à la divulgation et il peut imposer des conditions. Il pourrait ainsi interdire la divulgation de l'identité d'un indicateur. L'article 38 pourrait jouer un rôle important pour éviter tout préjudice à la sécurité nationale dans le cas où la défense ferait valoir avec succès que le transfert de sources humaines du SCRS à la GRC a entraîné la perte du privilège relatif aux indicateurs.

Nous recommandons au chapitre VII, portant sur le rôle des ordonnances de non-divulgation, divers moyens pour améliorer l'efficacité et l'impartialité du processus utilisé pour obtenir de telles ordonnances en vertu de l'article 38. Dans certains cas, les articles 37 et 38 pourraient servir à empêcher la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'identifier un indicateur. L'intérêt public ou les privilèges du ministère public invoqués en vertu de ces articles offrent une protection moins grande que le privilège relatif aux indicateurs de police.

8.4.6 L'«anonymat partiel»

Les mesures dont nous avons discuté précédemment sont toutes liées aux étapes préliminaires au procès et visent à empêcher que des renseignements susceptibles de permettre d'identifier un indicateur ne soient communiqués à l'accusé. Au procès lui-même, la protection des témoins est assurée par diverses autres mesures, soit en limitant l'accès aux renseignements concernant leur identité (par exemple, par des ordonnances de non-publication) ou en autorisant des mesures qui leur permettraient de se sentir moins intimidés lorsqu'ils témoignent.

Bon nombre de ces mesures visant à assurer un anonymat partiel protégeront le témoin uniquement contre l'intimidation de la part de personnes autres que l'accusé parce que, dans la plupart des cas, ce dernier connaîtra déjà l'identité du témoin. Dans certains cas, il est possible de permettre à un témoin,

⁹² *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5, art. 37(5) [*Loi sur la preuve au Canada*].

⁹³ *Loi sur la preuve au Canada*, art. 37.3.

particulièrement un agent d'infiltration, de témoigner sous un pseudonyme. Ainsi, l'accusé ne peut découvrir la véritable identité du témoin même si le ministère public lui a divulgué tous les renseignements pertinents à son sujet. La question du témoignage anonyme, où l'accusé ne connaît pas l'identité du témoin, sera examinée dans la section qui suit.

Les mesures visant à assurer un anonymat partiel constituent des exceptions au « principe de la publicité des débats judiciaires » récemment énoncé par le juge Lebel dans *Personne désignée c. Vancouver Sun* :

Défini d'une manière générale, le principe de la publicité des débats judiciaires implique que la justice doit être rendue publiquement. En conséquence, les débats judiciaires eux-mêmes sont en général ouverts au public. La salle d'audience où les parties plaident devant le tribunal leurs prétentions respectives doit en effet être ouverte au public et ce dernier doit avoir accès aux actes de procédure, éléments de preuve et décisions judiciaires⁹⁴.

[...]

Cependant, le principe de la publicité des débats judiciaires n'est pas absolu. Le tribunal a généralement le pouvoir, lorsque les circonstances l'exigent, de limiter la publicité des débats judiciaires par des ordonnances de non-publication, de mise sous scellés ou de huis clos. Il peut aussi autoriser une personne à plaider ou à comparaître en utilisant un pseudonyme, dans les circonstances où une telle mesure s'avère nécessaire. Dans certains cas, d'ailleurs, certaines dispositions législatives lui imposeraient de le faire. Dans d'autres cas, il est seulement autorisé à le faire, soit en vertu d'une disposition législative lui reconnaissant ce pouvoir, soit – s'il s'agit d'une cour supérieure – en vertu de son pouvoir inhérent de déterminer sa propre procédure⁹⁵.

Bon nombre des exceptions au principe de la publicité des débats judiciaires sont prévues par le *Code criminel* :

- **Exclusion du public de la salle d'audience** : Le paragraphe 486(1) permet au juge d'exclure de la salle d'audience des membres du public, pour tout ou partie de l'audience, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice. Il doit alors s'assurer que les personnes associées au système judiciaire (ce qui inclurait les témoins) sont protégées⁹⁶.

⁹⁴ 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 au para. 81.

⁹⁵ 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 au para. 91.

⁹⁶ L.R.C. 1985, c. C-46, art. 486(2)b). Selon l'article 2 du *Code criminel*, le terme « personne associée au système judiciaire » s'entend notamment de « l'informateur, la personne susceptible d'être assignée comme témoin, celle qui l'a été et celle qui a déjà témoigné ».

- **Témoignage à l'extérieur de la salle d'audience, etc. :** Dans le cas où une personne est accusée d'une infraction de terrorisme prévue par le *Code criminel*, le juge peut ordonner que certains ou la totalité des témoins témoignent à l'extérieur de la salle d'audience si cela est nécessaire pour assurer leur protection. Le juge peut ordonner qu'un témoin témoigne derrière un écran ou d'autres moyens similaires pour l'empêcher de voir l'accusé, s'il conclut que cela est nécessaire pour obtenir du témoin un récit complet et franc⁹⁷.

Cependant, un témoin peut témoigner à l'extérieur de la salle d'audience uniquement si l'accusé, le juge et le jury peuvent assister au témoignage par télévision en circuit fermé ou par un autre moyen, et si l'accusé peut communiquer avec son avocat pendant le témoignage⁹⁸. Autrement dit, l'accusé peut tout de même voir le témoin, mais ce dernier a l'avantage de ne pas voir l'accusé pendant qu'il témoigne.

L'affaire pénale fédérale australienne *R. c. Lodhi*⁹⁹, jugée en 2006, indique comment les mesures d'anonymat partiel pourraient s'appliquer au Canada. Au stade des procédures préliminaires, le juge avait ordonné qu'un écran soit utilisé pour que l'accusé ne puisse pas identifier les agents de l'organisme chargé du renseignement de sécurité, l'Australian Security Intelligence Organisation (ASIO), lors de leur témoignage, le tout pour parer à [traduction] « la possibilité bien réelle de compromettre les opérations de renseignement à Sydney¹⁰⁰ ». Les parties ont consenti à ce que les agents de l'ASIO témoignent au procès par télévision en circuit fermé, au lieu d'utiliser des écrans. Tous les participants, y compris l'accusé, disposaient d'un moniteur. Toutefois, le moniteur de l'accusé était intentionnellement non opérationnel, mais le jury n'en savait apparemment rien¹⁰¹.

- **Ordonnances de non-publication :** Le paragraphe 486.5(1) du *Code criminel* permet au juge de rendre une ordonnance interdisant la publication ou la diffusion de quelque façon que ce soit de tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'un témoin, s'il est convaincu que la bonne administration de la justice l'exige. Pour déterminer s'il doit rendre une ordonnance, le juge doit prendre en compte plusieurs facteurs liés au bien-être du témoin :
 - Le risque sérieux que le témoin subisse un préjudice grave si son identité est révélée;

⁹⁷ *Code criminel*, art. 486.2(4). Confirmant une version antérieure de cette disposition en application de la *Charte*, la Cour Suprême a fait remarquer que l'accusé pouvait voir le plaignant et que l'écran ne portait donc pas atteinte à son droit de contre-interroger le témoin : *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475.

⁹⁸ *Code criminel*, art. 486.2(7).

⁹⁹ [2006] NSWSC 596.

¹⁰⁰ [2006] NSWSC 596 au para. 59.

¹⁰¹ Voir l'analyse plus approfondie de l'affaire *Lodhi* dans l'étude de M. Roach sur les poursuites liées au terrorisme, p. 278-283.

- La nécessité d'assurer la sécurité du témoin et sa protection contre l'intimidation et les représailles;
- L'existence d'autres moyens efficaces permettant de protéger l'identité du témoin¹⁰².
- **Pseudonymes** : Comme l'a souligné le juge Lebel dans *Personne désignée c. Vancouver Sun*, le tribunal peut autoriser une personne à plaider ou à comparaître en utilisant un pseudonyme, dans les circonstances où une telle mesure s'avère nécessaire¹⁰³. L'emploi d'un pseudonyme pour témoigner constitue un autre moyen de protéger l'identité d'un témoin contre la curiosité publique. Ce moyen peut également empêcher l'accusé de découvrir la véritable identité du témoin – par exemple, si l'accusé ne connaissait le témoin que par son nom d'emprunt. Cependant, le pseudonyme offrirait peu de protection au témoin qui pourrait être identifié par l'accusé même en témoignant sous ce pseudonyme. Les pseudonymes peuvent tout de même jouer un rôle particulièrement important et précieux dans la protection de l'identité des agents du SCRS et des agents d'infiltration qui pourraient être tenus de témoigner dans des poursuites liées au terrorisme.

Ces diverses mesures visent à fournir un « anonymat partiel » et ne protègent donc pas totalement l'identité des témoins au procès. L'accusé peut en effet toujours identifier le témoin si ce dernier témoigne par télévision en circuit fermé ou derrière un écran, de même que si une ordonnance de non-publication a été rendue ou que le public a été exclu de la salle d'audience. Même le témoignage au moyen d'un pseudonyme ne garantit pas l'anonymat, puisque l'accusé peut voir le témoin.

8.4.7 Conclusion

Nous avons vu plusieurs façons de protéger l'identité des personnes lorsque cela est nécessaire pour la conduite normale du procès et, parallèlement, pour éviter qu'elles ne soient obligées d'adhérer à un programme de protection des témoins. De plus, nous avons examiné le privilège relatif aux indicateurs de police et les ordonnances judiciaires de non-divulgation prévues aux articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lesquels jouent un rôle important puisqu'ils peuvent empêcher la divulgation de renseignements permettant d'identifier un indicateur. Leur utilisation peut toutefois compromettre les poursuites liées au terrorisme, en partie parce que l'indicateur ne sera pas présent pour témoigner dans de tels cas.

¹⁰² *Code criminel*, art. 486.5(7).

¹⁰³ 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 252 au para. 91.

Plusieurs autres options se situent à mi-chemin entre la protection des indicateurs au moyen de l'anonymat et la divulgation pure et simple de leur identité, ce qui les mettrait probablement, eux et leur famille, en danger. Parmi ces options, on retrouve la communication tardive, qui donne suffisamment de temps pour implanter les mesures de protection, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite concernant le dépôt d'accusations et l'introduction et la continuation des poursuites, ainsi que le recours à divers appareils d'« anonymat partiel » qui restreignent la communication au public de l'identité d'un témoin.

Compte tenu des dangers réels que courent certains témoins et leur famille, il est impératif que les juges et les poursuivants exercent leurs fonctions dans le cadre d'une « culture de sécurité ». Ils doivent comprendre les risques auxquels sont exposés les sources et les témoins et les différentes mesures qui peuvent les protéger, tout en assurant un procès équitable à l'accusé. Anne-Marie Boisvert, doyenne de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, a parlé de cette culture de sécurité devant la Commission :

Et je pense qu'on va devoir développer une sensibilité et une culture de sécurité tout en préservant bien évidemment les acquis fondamentaux de notre système de justice. [...] les procureurs de la Couronne ont été parfois trop timides dans leurs objections à certaines divulgations et la magistrature a aussi parfois été trop timide ou aurait pu assortir la divulgation de certaines conditions¹⁰⁴.

En règle générale, chaque fois qu'il pourrait être nécessaire de révéler l'identité d'une personne pour faire avancer la poursuite, il serait préférable de ne révéler que les renseignements qui sont nécessaires pour assurer la viabilité de la poursuite et le traitement équitable de l'accusé. Si une mesure d'anonymat partiel assure un traitement équitable à l'accusé et répond aux besoins de la poursuite, cette dernière ne devrait pas recourir à une procédure qui pourrait révéler entièrement l'identité du témoin et possiblement le forcer à adhérer à un programme de protection des témoins hautement restrictif.

Bien qu'elles puissent jouer un rôle important, les mesures d'anonymat partiel ont toutefois des limites. Elles supposent en effet que l'accusé, et peut-être d'autres personnes, découvrira l'identité du témoin. Dans la section qui suit, la Commission examinera le témoignage anonyme, une option où même l'accusé ne connaît pas l'identité du témoin.

8.5 Le témoignage anonyme

Comme nous l'avons vu, le *Code criminel* prévoit plusieurs mesures qui offrent l'« anonymat partiel » au témoin en lui permettant de témoigner dans un lieu isolé, ou en le protégeant par une ordonnance de non-publication, une audience

¹⁰⁴ Témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8771-8773.

à huis clos ou un écran physique. Ces mesures peuvent réduire le danger et l'inconfort que les témoins ressentent lorsqu'ils témoignent. Néanmoins, elles supposent que l'accusé connaîtra l'identité du témoin. Aucune de ces mesures n'empêcherait une personne décidée de découvrir l'identité d'un témoin¹⁰⁵.

Les limites des mesures d'anonymat partiel nous amènent à nous demander si les témoins qui font l'objet de menaces sérieuses dans des poursuites liées au terrorisme devraient être autorisés à témoigner dans l'anonymat complet. Puisque leur identité demeurerait secrète, ils ne seraient pas obligés d'affronter les difficultés liées à un programme de protection des témoins. Bien qu'à l'heure actuelle le Canada n'autorise pas le témoignage anonyme, d'autres démocraties l'acceptent.

Aucune disposition législative au Canada n'autorise le témoignage anonyme. L'article 650 du *Code criminel* exige que l'accusé soit présent à son procès lors de la présentation de la preuve. La Cour suprême du Canada a donné à cette disposition une interprétation large, de façon à inclure toutes les procédures où les intérêts de l'accusé sont en jeu¹⁰⁶.

Dans l'arrêt de principe en matière de communication *R. c. Stinchcombe*¹⁰⁷, le juge Sopinka a reconnu que même si le privilège relatif aux indicateurs peut taire l'identité de certains indicateurs, « [l]a dure réalité de la justice veut que toute personne disposant d'éléments de preuve pertinents finisse par comparaître pour témoigner », ajoutant que les témoins « verront nécessairement leur identité divulguée tôt ou tard ». Le témoignage anonyme va à l'encontre de la tendance des tribunaux à favoriser la communication détaillée à l'accusé¹⁰⁸, y compris la communication de renseignements concernant des témoins potentiels. Ces renseignements peuvent être utiles à l'accusé qui souhaite contester la crédibilité des déclarations faites par un témoin.

M. Dandurand a fait remarquer qu'un grand nombre de pays européens accordent l'anonymat aux personnes qui témoignent dans des affaires criminelles, mais seulement dans des circonstances exceptionnelles et en conformité avec les lois européennes en matière de droits de la personne¹⁰⁹. La Belgique, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Moldavie, la Finlande¹¹⁰ et, tout récemment, le Royaume-Uni, tous ont promulgué des règlements autorisant le témoignage anonyme dans des circonstances strictement contrôlées. Dans chaque cas, les règlements respectent les trois principes directeurs établis par la Cour européenne des droits de l'homme :

¹⁰⁵ Jean-Paul Brodeur, « The Royal Canadian Mounted Police and the Canadian Security Intelligence Service: A Comparison of Occupational and Organizational Cultures », vol. 1 des études de recherche, portant sur l'évaluation de la menace et la coopération entre la GRC et le SCRS, p. 227.

¹⁰⁶ *Vézina et Côté c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. Barrow* [1987] 2 R.C.S. 694.

¹⁰⁷ [1991] 3 R.C.S. 326 aux p. 339, 335.

¹⁰⁸ Voir, par exemple, *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 et *R. c. Stinchcombe*, [1991] 2 R.C.S. 326.

¹⁰⁹ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 57-58.

¹¹⁰ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 59, où il cite N. Piacete, « Analytical Report », pour le Conseil de l'Europe, *Terrorism: Protection of Witnesses and Collaborators of Justice* (Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006), p. 19.

[Traduction]

- [L]’anonymat est-il justifié par des motifs impérieux?
- Les restrictions dans l’exercice effectif des droits de la défense qui découlent de l’utilisation de témoignages anonymes ont-elles été adéquatement compensées?
- La condamnation a-t-elle été basée exclusivement ou en grande partie sur un témoignage anonyme¹¹¹?

M. Dandurand a décrit en termes généraux les restrictions associées à l’utilisation du témoignage anonyme dans les pays où il est autorisé :

- Il se limite habituellement aux affaires où il y aurait lieu de croire que la sécurité du témoin serait sérieusement compromise;
- La décision d’accorder le statut de témoin anonyme revient au juge d’instruction, qui doit interroger le témoin assermenté;
- Durant l’interrogatoire, le juge devra établir le risque pour le témoin et vérifier son identité, sa crédibilité et son sérieux;
- L’accusé, son avocat et le procureur public peuvent être exclus de l’interrogatoire, mais ce dernier peut suivre l’interrogatoire au moyen d’un lien audio doté d’un dispositif qui modifie la voix ou d’autres méthodes sûres;
- La défense doit avoir l’occasion de suivre l’interrogatoire et d’interroger le témoin en utilisant le lien audio ou en remettant ses questions au juge avant l’interrogatoire;
- Si, après avoir soupesé les intérêts de la défense et ceux du témoin, le juge est convaincu qu’il y a lieu d’accorder l’anonymat, le ministère public sera autorisé à utiliser les déclarations de ce témoin comme preuve à l’audience. Toutefois, une condamnation ne peut reposer uniquement sur ces déclarations;
- Il est aussi souvent possible d’accorder l’anonymat partiel aux témoins vulnérables¹¹².

111 Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 59.

112 Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 57-59.

Même dans les pays européens où il est autorisé, le témoignage anonyme est controversé et est rarement utilisé¹¹³. M. Dandurand a expliqué quelques-unes des raisons pour lesquelles cette procédure est controversée :

[Traduction]

Il y a un grand nombre de questions importantes concernant la légitimité et la légalité de l'usage de telles méthodes et, comme l'a indiqué un critique énergique de cette pratique : « Les arguments en faveur de l'anonymat de témoins s'appuient sur l'opinion voulant que le préjudice à l'endroit de l'accusé puisse être réduit et que ce qu'il en reste puisse être justifié par une soi-disant "mise en balance" des intérêts contradictoires dans l'administration de la justice. Le problème avec cette approche, malgré son attrait apparent, est qu'elle nuit à l'accusé dès le départ¹¹⁴. »

M. Dandurand a également souligné la valeur limitée du témoignage anonyme :

[Traduction]

Même lorsque permise par la loi, l'on tend à n'employer que rarement cette procédure consistant à accorder l'anonymat partiel ou total à un témoin à cause de la manière dont elle peut, dans la pratique, limiter l'admissibilité de divers éléments de son témoignage¹¹⁵.

Autoriser le témoignage anonyme signifierait nécessairement que l'identité du témoin ne serait pas révélée lors de la communication.

8.5.1 Le témoignage anonyme au Royaume-Uni

Dans *R. c. Davis*¹¹⁶, la Chambre des lords a invalidé une condamnation pour meurtre après que trois témoins qui avaient désigné l'accusé comme étant le

113 Par exemple, dans ses observations à la conférence préparatoire des Nations Unies sur le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, l'Association internationale des avocats de la défense s'est opposée au témoignage anonyme, alléguant que l'anonymat complet du témoin est approprié seulement dans des instances où la personne est un indicateur qui a aidé à la découverte d'éléments de preuve admissibles, mais qui ne témoigne pas contre l'accusé dans la poursuite. Association internationale des avocats de la défense, *Protection of Witnesses*, exposé de position présenté durant la Conférence préparatoire des Nations Unies sur le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, du 26 juillet au 13 août 1999, 15 juillet 1999, p. 3. Voir également l'étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 57-60.

114 Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 59-60.

115 Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 58.

116 [2008] UKHL 36.

tireur eurent témoigné au moyen de pseudonymes parce qu'ils craignaient pour leur vie. L'accusé a soutenu que son ex-petite amie avait organisé un complot visant à l'accuser faussement de meurtre, mais qu'on ne lui avait pas permis de poser aux témoins des questions qui auraient pu révéler leur identité. Le témoignage anonyme a été déterminant pour la condamnation de l'accusé, et lord Brown a conclu que [traduction] « l'efficacité du contre-interrogatoire en l'espèce dépendait de l'enquête sur les motifs potentiels des trois témoins, lesquels ont donné, selon la défense, un récit mensonger et probablement conspirateur¹¹⁷ ».

La Chambre des lords a souligné que la possibilité pour l'accusé de confronter et de contre-interroger les témoins connus était un principe fondamental établi depuis très longtemps en common law. Elle a rappelé que, dans le contexte de la sécurité nationale, on a permis il y a bien longtemps certaines dérogations, comme dans le procès pour trahison de Sir Walter Raleigh, mais que celles-ci ont été très critiquées¹¹⁸. Le recours au témoignage anonyme avait été proposé mais rejeté même en Irlande du Nord, au moment où les préoccupations concernant l'intimidation des témoins et d'autres personnes associées au système judiciaire étaient les plus vives¹¹⁹.

La Chambre des lords s'est appuyée sur la Convention européenne¹²⁰ pour conclure qu'aucune condamnation ne devrait reposer uniquement, ou dans une mesure déterminante, sur un témoignage anonyme¹²¹. Cette décision ne s'attache pas à la question de l'admissibilité de la preuve sous le régime du droit national, mais plutôt à celle visant à savoir « si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable¹²² ». Il est également important de noter que la jurisprudence européenne à ce jour s'inscrit dans un contexte « inquisitoire », où le juge non seulement connaît l'identité du témoin, mais a aussi le mandat d'enquêter sur l'affaire¹²³.

Un peu plus d'un mois après que la décision *R. c. Davis* eût été rendue, le Royaume-Uni a édicté une loi sur la preuve criminelle traitant de l'anonymat des témoins, la *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008*¹²⁴. Cette loi a aboli [traduction] « les règles de common law liées au pouvoir des tribunaux de rendre une ordonnance en vue de garantir que l'identité d'un témoin dans

117 [2008] UKHL 36 au para. 96.

118 [2008] UKHL 36 au para. 5.

119 [2008] UKHL 36 au para. 6. Quelques témoignages anonymes ont été présentés dans un procès à Belfast pour le meurtre de deux membres de l'armée britannique, mais la défense n'a soulevé aucune objection. De plus, la preuve n'établissait pas que l'accusé avait participé aux meurtres, et la crédibilité des témoins anonymes (des photographes de presse) n'était pas en cause. [2008] UKHL 36 aux paras. 12, 53 et 73, lesquels portaient sur la décision *R. v. Murphy* [1990] NI 306.

120 L'alinéa 6(3)d) de la *Convention européenne des droits de l'homme* prévoit que tout accusé a le droit d'« interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ».

121 [2008] UKHL 36 au para. 25.

122 *Doorson v. Netherlands* (1996) 22 EHRR 330 au para. 67.

123 *Doorson v. Netherlands* (1996) 22 EHRR 330 au para. 73.

124 (R.-U.), 2008, c. 15.

une poursuite criminelle ne soit pas divulguée au défendeur¹²⁵ ». Elle s'applique potentiellement à toutes les affaires criminelles. Ses dispositions expireront à la fin de 2009, à moins qu'elles ne soient prolongées pour une période de 12 mois par le Secrétaire d'État¹²⁶.

Cette loi permet au poursuivant et à l'accusé de demander au tribunal de rendre une ordonnance préservant l'anonymat du témoin ainsi que diverses autres mesures, comme l'utilisation de pseudonymes et d'écrans pour empêcher la divulgation de renseignements permettant d'identifier le témoin¹²⁷. Bien que l'accusé et le poursuivant puissent tous deux solliciter de telles mesures, certaines sont conçues expressément pour des auditions *ex parte* en l'absence du défendeur si le tribunal conclut qu'elles sont justifiées¹²⁸. La loi demeure muette au sujet de la nomination de conseillers spéciaux en matière de droits de la personne.

En vertu de cette loi, le tribunal doit être convaincu que trois conditions, appelées conditions A à C, sont remplies avant de pouvoir rendre une ordonnance préservant l'anonymat du témoin. Les conditions sont les suivantes :

Selon la condition A, les mesures devant être précisées dans l'ordonnance sont nécessaires :

- a) afin d'assurer la sécurité du témoin ou d'une autre personne, ou afin d'éviter tout dommage matériel sérieux;
- b) afin d'éviter qu'un préjudice sérieux soit causé à l'intérêt public (en nuisant à une activité menée dans l'intérêt public ou à la sécurité d'une personne participant à une telle activité, ou d'une autre manière).

Selon la condition B, compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'application de ces mesures serait conforme au droit du défendeur à un procès équitable.

Selon la condition C, il est nécessaire de rendre l'ordonnance dans l'intérêt de la justice parce que le tribunal estime :

- a) qu'il serait important que le témoin témoigne;
- b) que le témoin refuserait de témoigner si l'ordonnance n'était pas rendue¹²⁹.

125 *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* (R.-U.), 2008, c. 15, art. 1(2) [*Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* du R.-U.].

126 *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* du R.-U., art. 14.

127 *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* du R.-U., art. 2-3.

128 *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* du R.-U., art. 3(7).

129 *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* du R.-U., art. 4.

La condition A est remplie lorsque la sécurité du témoin soulève des préoccupations. Selon le Service des poursuites de la Couronne, dans ses lignes directrices pour les poursuivants, les préoccupations en matière de sécurité concernent tant les menaces précises à l'égard d'un témoin que [traduction] « le climat général de peur qui subsiste dans l'environnement où il vit. Dans les deux cas, il est essentiel que le procureur du ministère public soit convaincu que la police détient des éléments de preuve pour étayer les préoccupations du témoin¹³⁰ ». La condition A vise également un très grand nombre d'intérêts publics. Elle peut autoriser les policiers et d'autres agents à témoigner anonymement.

La condition C concerne les craintes que des témoins importants ne puissent pas témoigner s'ils ne sont pas protégés par une ordonnance préservant leur anonymat.

Dans bon nombre de cas, la décision la plus difficile à rendre en application de la nouvelle loi sera la condition B, laquelle exige que l'ordonnance préservant l'anonymat du témoin soit conforme au droit du défendeur à un procès équitable. Le tribunal peut examiner toutes les circonstances pertinentes, mais le paragraphe 5(2) de la loi précise qu'il devrait prendre en considération les facteurs suivants :

- a) le droit général du défendeur dans une poursuite criminelle de connaître l'identité d'un témoin participant à l'instance;
- b) la mesure dans laquelle la crédibilité du témoin concerné serait un facteur pertinent lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur probante de son témoignage;
- c) la question de savoir si le témoignage du témoin pourrait être l'unique preuve, ou la preuve déterminante, impliquant le défendeur;
- d) la question de savoir si le témoignage du témoin pourrait être vérifié convenablement (pour des motifs de crédibilité ou autres) sans que son identité ne soit divulguée;
- e) la question de savoir s'il y a lieu de croire que le témoin, compte tenu (en particulier) de toute condamnation précédente prononcée contre lui et de toute relation qu'il entretient avec le défendeur ou ses associés :

(i) a tendance à être malhonnête;

¹³⁰ United Kingdom Crown Prosecution Service (Service des poursuites de la Couronne du Royaume-Uni), *The Director's Guidance on Witness Anonymity*, en ligne : <http://www.cps.gov.uk/publications/directors_guidance/witness_anonymity.html#04> (consulté le 2 juin 2009).

(ii) a une raison d'être malhonnête dans les circonstances de l'affaire;

f) la question de savoir s'il serait raisonnablement possible de protéger l'identité du témoin autrement qu'en rendant une ordonnance préservant son anonymat qui précise les mesures examinées par le tribunal.

Ces dispositions reconnaissent que les personnes accusées ont par tradition le droit de connaître l'identité des témoins à charge. Elles reconnaissent également qu'une ordonnance préservant l'anonymat peut nuire à la capacité d'un accusé de vérifier la crédibilité du témoin, y compris la crédibilité par rapport à des questions comme la relation entre le témoin et l'accusé.

En réponse à la Convention européenne des droits de l'homme, la loi enjoint au tribunal de décider si le témoignage anonyme sera [traduction] « l'unique preuve, ou la preuve déterminante » présentée contre l'accusé. Comme nous l'avons vu précédemment, la Convention européenne interdit en effet le recours au témoignage anonyme lorsqu'il est déterminant dans l'affaire.

La loi britannique s'intéresse également à la question de la proportionnalité, car elle exige du juge qu'il détermine [traduction] « s'il serait raisonnablement possible de protéger l'identité du témoin » par des moyens moins draconiens, ce qui renvoie aux dispositifs relatifs à l'anonymat partiel que nous avons examinés précédemment, comme le témoignage à distance, les écrans ou les restrictions à la publication.

8.5.2 Le témoignage anonyme et le système contradictoire

Le Royaume-Uni, de même que la Nouvelle-Zélande¹³¹, ont démontré que le témoignage anonyme peut être utilisé dans des pays de common law. Néanmoins, ce mécanisme est connu surtout dans les pays de droit civil où le juge (qui connaît l'identité du témoin) peut jouer un rôle actif d'enquêteur.

Dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, la Juge en chef McLachlin a fait ressortir la distinction fondamentale entre le système inquisitoire et le système contradictoire :

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

¹³¹ *Evidence Act 2006* de la Nouvelle-Zélande, art. 110 à 120. Ces dispositions autorisent les ordonnances préservant l'anonymat du témoin pour les enquêtes préliminaires et les procès, et prévoient également la nomination de procureurs indépendants pour aider le juge.

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 pertinente¹³².

La Juge en chef a souligné que le rôle des juges en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*¹³³ était « pseudo-inquisitoire ». « Le juge n’a pas, contrairement aux juges d’un véritable système inquisitoire, le pouvoir d’enquêter de façon indépendante sur tous les faits pertinents. Par ailleurs, comme la personne désignée n’est pas pleinement informée de ce qu’on lui reproche, le juge ne peut pas compter sur les parties pour lui présenter la preuve manquante. En définitive, on ne peut jamais avoir la certitude que le juge a pu prendre connaissance de tous les faits¹³⁴. » Ces commentaires de la Juge en chef mettent en évidence quelques-unes des difficultés et des dangers d’avoir recours au témoignage anonyme dans un système contradictoire de common law.

L’autorisation du témoignage anonyme n’a pas fait l’objet d’un consensus parmi les parties et les intervenants qui ont comparu devant la Commission. Certains étaient en faveur d’un tel mécanisme, tout en reconnaissant qu’il pourrait causer des problèmes juridiques¹³⁵.

8.5.3 Le témoignage anonyme et la *Charte*

Toute disposition autorisant le témoignage anonyme serait contestée au motif qu’elle viole les droits de l’accusé protégés par l’article 7 et l’alinéa 11d)

132 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 au para. 50.

133 L.C. 2001, c. 27.

134 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 au para. 51.

135 B’nai Brith était d’avis qu’il faudrait introduire le témoignage anonyme pour les [traduction] « témoins innocents » dans la législation canadienne (Final Submissions of the Intervenor, B’nai Brith Canada, paras. 86 et 87). L’AIVFA a reconnu que le recours aux témoins anonymes soulève un certain nombre de questions de procédure et de fond complexes, et a demandé une enquête et un examen plus poussés de la question (AIVFA Final Written Submission, p. 173). La Criminal Lawyers’ Association a soutenu que [traduction] « l’anonymat des témoins nuira toujours à la possibilité que l’accusé mette pleinement à l’épreuve la crédibilité d’un témoin », mais a également affirmé qu’il serait préférable de recourir au témoignage anonyme plutôt que de se fonder sur du oui-dire ou de se heurter à l’incapacité de la défense de convoquer un témoin (Submissions of the Criminal Lawyers’ Association, février 2008, p. 45 et 46). Le procureur général du Canada n’a pas fait de commentaires sur l’autorisation du témoignage anonyme, mais a précisé que la Commission examinait avec circonspection les recommandations de M. Dandurand, affirmant qu’« une analyse plus approfondie est requise afin de déterminer si elles sont applicables dans le cadre législatif canadien, ou peuvent être compatibles [avec] celui-ci » (Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, 29 février 2008, para. 198) [Conclusions finales du procureur général du Canada].

de la *Charte*. La première question qui se poserait serait de savoir si le droit de connaître l'identité d'un témoin afin de contester son témoignage est un principe de justice fondamentale reconnu à l'article 7 ou une condition de l'équité du procès garantie à l'alinéa 11*d*).

Si le témoignage anonyme violait le droit de l'accusé, la seconde question serait de déterminer si, et dans quelles circonstances, la violation pourrait être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

8.5.3.1 Le droit de confronter le témoin en sa présence n'est pas un principe de justice fondamentale, mais le droit d'avoir la possibilité de le contre-interroger l'est :

Dans l'arrêt *R. c. Potvin*¹³⁶ de 1989, la Cour suprême du Canada a confirmé la validité d'une disposition qui permettait que la preuve présentée par un témoin à l'enquête préliminaire soit utilisée au procès lorsque celui-ci n'était pas présent. L'accusé a soutenu que la « possibilité [...] de contre-interroger au procès tous les témoins à charge, devant le juge des faits, est un principe de justice fondamentale et une condition de l'équité du procès. Cet argument est basé sur la proposition selon laquelle le juge des faits est incapable d'apprécier la crédibilité d'un témoin qui est physiquement absent au moment où le témoignage lui est présenté¹³⁷. » La Cour a conclu qu'une telle proposition n'était pas un principe de justice fondamentale visé à l'article 7 de la *Charte* parce que « notre système judiciaire a traditionnellement reconnu que le témoignage fait sous serment lors d'une procédure antérieure était admissible dans un procès criminel, si le témoin ne pouvait être présent au procès, parce que par exemple il était décédé, à la condition que l'accusé ait eu l'occasion de le contre-interroger au moment de la déposition initiale¹³⁸ ». Ces sources « montrent que le droit de confronter des témoins qui ne seront pas présents au procès n'est pas un principe reconnu ou essentiel de justice fondamentale¹³⁹ ».

Bien que la Cour ait déterminé que le droit de confronter les témoins n'était pas un principe de justice fondamentale, elle a conclu que la possibilité pour l'accusé de les contre-interroger plus tôt à l'enquête préliminaire était une exigence constitutionnelle¹⁴⁰. Dans le cas du témoignage anonyme, il s'agirait de déterminer si l'impossibilité de connaître l'identité d'un témoin nuirait tellement au contre-interrogatoire mené par l'accusé sur des questions de crédibilité qu'on ne pourrait affirmer que ce dernier ait eu la possibilité de le contre-interroger, comme l'exige l'article 7 de la *Charte*.

8.5.3.2 Le témoignage anonyme et le droit de contre-interroger :

La règle du oui-dire interdit généralement l'introduction d'une déclaration lorsque le déclarant ne peut être contre-interrogé par l'accusé. Les exceptions

¹³⁶ [1989] 1 R.C.S. 525.

¹³⁷ *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525 à la p. 540.

¹³⁸ *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525 à la p. 540.

¹³⁹ *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525 aux p. 542-543.

¹⁴⁰ *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525 à la p. 544.

à la règle du oui-dire peuvent donner lieu à des situations où l'accusé pourrait ne pas être en mesure de contre-interroger la personne qui a fait la déclaration contre lui présentée en preuve. Les exceptions doivent être justifiées au motif qu'elles sont nécessaires, ainsi que par les préoccupations touchant la fiabilité de la déclaration¹⁴¹. Le juge Binnie a fait remarquer que « [m]ême si dans notre pays l'accusé n'a pas un droit absolu de se confronter avec son accusateur au cours d'un procès criminel, le droit à une réponse et à une défense complètes donne généralement ce résultat¹⁴² ». La fiabilité est une préoccupation particulière parmi les exceptions à la règle du oui-dire, puisque l'accusé pourrait ne pas être en mesure de contre-interroger la personne qui a fait la déclaration sous forme de oui-dire.

Le témoignage anonyme permet difficilement à l'accusé de contre-interroger un témoin efficacement sans connaître son identité. Le tribunal constitutionnel d'Afrique du Sud a rejeté un témoignage anonyme au motif qu'il [traduction] « engendre des conséquences beaucoup plus draconiennes » que l'utilisation d'ordonnances de non-publication, d'audiences à huis clos ou d'écrans. Il a souligné que cacher à l'accusé l'identité du témoin signifierait ce qui suit :

[Traduction]

Les représentants juridiques de l'accusé ne pourraient pas mener d'enquête sur les antécédents du témoin pour déterminer s'il a la réputation générale d'être menteur ou s'il a fait des déclarations contradictoires dans le passé, ni sur d'autres affaires qui pourraient se rapporter à sa crédibilité en général.

Il serait donc plus difficile de mener des enquêtes pour établir que le témoin n'était pas aux endroits où il disait être.

De plus, le témoin se sentirait encore plus inexpugnable et serait davantage tenté de falsifier ou d'exagérer son témoignage [...] ¹⁴³.

La Cour suprême des États-Unis est arrivée à une conclusion semblable :

[Traduction]

Le nom et l'adresse du témoin ouvrent un nombre incalculable de possibilités d'interrogatoire à l'audience et d'enquête extrajudiciaire. Le fait d'interdire cette enquête la plus rudimentaire à l'étape préliminaire équivaldrait en fait à affaiblir le droit de contre-interroger en soi¹⁴⁴.

141 *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144.

142 *R. c. Parrott*, 2001 CSC 3, [2001] 1 R.C.S. 178 au para. 51.

143 *S. c. Leepile*, 1986 4 S.A. 187 à la p. 189.

144 *Smith c. Illinois*, 390 U.S. 129 à la p. 130 (1967).

Ainsi, le défaut principal du témoignage anonyme est qu'il ne permet pas à l'accusé de procéder à un contre-interrogatoire complet et éclairé. Le contre-interrogatoire est considéré depuis longtemps comme le meilleur moyen de découvrir la vérité. Certaines condamnations injustifiées au Canada étaient directement liées à l'impossibilité pour l'accusé de contre-interroger complètement et de façon éclairée un témoin qui mentait¹⁴⁵.

8.5.3.3 L'article 7 de la Charte et les témoins anonymes :

Le témoignage anonyme pourrait être considéré comme violant les droits de l'accusé à un procès équitable protégés par l'article 7 de la *Charte*, y compris le droit de connaître la preuve qui pèse contre lui, le droit à une défense pleine et entière et le droit de mener un contre-interrogatoire complet. Le droit de confronter un témoin connu à un certain moment dans le procès pourrait également être considéré comme un principe de justice fondamentale en soi. Cela n'irait pas nécessairement à l'encontre de l'arrêt *Potvin*, selon lequel la confrontation entre l'accusé et le témoin absent au procès n'est pas un principe de justice fondamentale, pour autant que l'accusé ait déjà eu la possibilité de contre-interroger le témoin.

Le droit de l'accusé de confronter et de contre-interroger un témoin connu à un certain moment durant le procès est un principe juridique établi depuis bien longtemps. Il comporte seulement quelques exceptions, souples, relatives aux personnes accusées qui s'esquivent ou aux témoins qui sont absents, et certaines exceptions relatives à la règle du oui-dire. Enfin, le principe interdisant le témoignage anonyme touche à des questions qui relèvent du pouvoir inhérent des tribunaux en tant que gardiens d'un système judiciaire qui vise à ne pas condamner les innocents.

8.5.3.4 L'article premier de la Charte :

S'il était reconnu que le témoignage anonyme violerait les principes de justice fondamentale, la question suivante serait de savoir s'il pourrait néanmoins, dans certaines circonstances, être justifié au regard de l'article premier de la *Charte*. La Cour suprême du Canada n'a encore jamais conclu qu'une violation de l'article 7 était justifiée et raisonnable au regard de l'article premier. Quoiqu'il en soit, l'article premier s'applique aux droits protégés par l'article 7, et les tribunaux examineront les tentatives de justifier les violations de l'article 7¹⁴⁶.

¹⁴⁵ La Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils est arrivée à la conclusion suivante [traduction] : « Nous croyons que si M. Khattar [l'avocat de M. Marshall] avait procédé à un contre-interrogatoire total et complet de John Practico à cette étape, ce dernier aurait rétracté son témoignage donné en interrogatoire principal selon lequel il avait vu M. Marshall poignarder M. Seale. Dans ces circonstances, le jury n'aurait pas condamné Donald Marshall fils. » Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils (*Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution*), 1989, p. 79.

¹⁴⁶ « La *Charte* ne protège pas les droits de façon absolue. En effet, l'État est autorisé à restreindre les droits garantis – y compris le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 – dans des limites dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela dit, les atteintes aux droits protégés par l'art. 7 ne sont pas faciles à valider par application de l'article premier » : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

Le témoignage anonyme dans des affaires liées au terrorisme se rattacherait aux objectifs consistant à protéger les témoins et à mettre à la disposition du tribunal la preuve concernant un crime grave. Ces deux objectifs seraient suffisamment importants pour justifier la restriction des droits, même ceux protégés par l'article 7.

Il s'agirait ensuite de déterminer si le recours au témoignage anonyme serait rationnellement lié à ces objectifs. Il y aurait de bonnes raisons de croire qu'il existe effectivement un lien rationnel avec l'objectif de la protection des témoins, car l'anonymat est le meilleur moyen de protéger les témoins et les indicateurs contre les représailles. La jurisprudence en matière de privilège relatif aux indicateurs le reconnaît. Comme nous l'avons vu ailleurs dans le présent chapitre, aucun programme de protection des témoins n'offre une garantie complète de protection. De plus, le fait que les témoins doivent déménager, se trouver une nouvelle identité et renoncer à leur ancienne vie leur cause de grandes difficultés. Pour ces motifs, le témoignage anonyme serait probablement jugé comme étant rationnellement lié à la protection des témoins.

Le témoignage anonyme pourrait également être considéré comme rationnellement lié à l'objectif consistant à mettre à la disposition du tribunal la preuve concernant les crimes de terrorisme. L'enquête sur la tragédie d'Air India regorge d'exemples de témoins potentiels qui hésitent à témoigner par crainte que leur identité ne soit divulguée. La seule réserve à cet égard est la possibilité que les témoins témoignent même si on leur offre des mesures d'anonymat partiel comme les ordonnances de non-publication de renseignements permettant de les identifier, le recours à des écrans ou au témoignage à distance et l'admission dans un programme de protection des témoins.

La principale question à examiner pour déterminer si le témoignage anonyme constitue une atteinte minimale au droit protégé par l'article 7 de la *Charte* serait celle de savoir si les témoins pourraient témoigner sans l'anonymat complet et être tout de même protégés. Suivant cette partie du critère relatif à l'article premier, les tribunaux exigeraient vraisemblablement qu'on fasse la preuve que des solutions de rechange moins draconiennes ont été essayées ou seraient vouées à l'échec. La *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* du Royaume-Uni traite de cette question en exigeant que le tribunal détermine [traduction] « s'il serait raisonnablement possible de protéger l'identité du témoin autrement qu'en rendant une ordonnance préservant son anonymat qui précise les mesures examinées par le tribunal¹⁴⁷ ». Une exigence similaire devrait être ajoutée dans toute loi canadienne voulant répondre au critère de l'atteinte minimale. Le témoignage anonyme ne serait pas accepté si des mesures d'anonymat partiel moins draconiennes pouvaient s'appliquer.

Une autre solution de rechange moins radicale, à la lumière de l'arrêt *Charkaoui*¹⁴⁸ rendu en 2007, serait d'autoriser la contestation contradictoire du témoignage

¹⁴⁷ *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* du R.-U., art. 5(2)f).

¹⁴⁸ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

anonyme par un conseiller spécial qui connaîtrait l'identité du témoin. Cela répondrait à quelques-unes des difficultés auxquelles se heurterait l'accusé qui contre-interroge un témoin anonyme. Toutefois, des problèmes pourraient survenir si le conseiller spécial jugeait nécessaire de communiquer avec l'accusé après avoir découvert l'identité du témoin. Le conseiller spécial ne serait pas autorisé à révéler à l'accusé des renseignements susceptibles de permettre d'identifier le témoin, mais cela pourrait signifier que l'accusé ne pourrait pas l'informer des meilleurs moyens à invoquer pour attaquer la crédibilité du témoin. Ces difficultés seraient particulièrement graves dans le cas où l'accusé aurait entretenu antérieurement une relation, non divulguée, avec le témoin anonyme.

Les tribunaux pourraient également considérer les programmes de protection des témoins comme une solution de rechange moins draconienne. La conclusion selon laquelle ces programmes n'ont pas été financés ou administrés convenablement pourrait porter à croire qu'il existe encore des solutions de rechange et des réformes viables qui ne passent pas par le témoignage anonyme. Toutefois, les tribunaux reconnaîtront probablement toujours que l'adhésion à un programme de protection des témoins pose des difficultés.

Même si le tribunal reconnaissait qu'il n'y a aucune solution de rechange raisonnable au témoignage anonyme, il devrait tout de même soupeser les effets préjudiciables pour l'accusé par rapport aux avantages de son admission. Au Canada, les tribunaux s'intéresseraient probablement à l'équilibre établi par la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir que le témoignage anonyme ne devrait pas être utilisé comme preuve unique ou déterminante dans une affaire. La démarche de la Cour repose sur une appréciation du risque qu'une erreur judiciaire soit commise en raison de l'absence d'un contre-interrogatoire efficace, et d'une injustice envers l'accusé, par rapport aux avantages susceptibles de découler d'un témoignage présenté par un témoin qui ne peut témoigner autrement¹⁴⁹.

Bien qu'il ne soit pas possible de prédire définitivement si la validité de la législation autorisant le témoignage anonyme serait confirmée par les tribunaux, il est évident qu'ils n'accepteraient pas à la légère de s'écarter radicalement des règles traditionnelles garantissant l'équité du procès. Ils devraient être convaincus qu'il n'y avait aucun moyen moins radical de protéger

¹⁴⁹ Les facteurs en jeu sont présentés au paragraphe 5(2) de la *Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2008* du Royaume-Uni, selon lequel le juge doit prendre en considération : a) le droit général du défendeur dans une poursuite criminelle de connaître l'identité d'un témoin participant à l'instance; b) la mesure dans laquelle la crédibilité du témoin concerné serait un facteur pertinent lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur probante de son témoignage; c) la question de savoir si le témoignage du témoin pourrait être l'unique preuve, ou la preuve déterminante, impliquant le défendeur; d) la question de savoir si le témoignage du témoin pourrait être vérifié convenablement (pour des motifs de crédibilité ou autres) sans que son identité ne soit divulguée; e) la question de savoir s'il y a lieu de croire que le témoin, compte tenu (en particulier) de toute condamnation précédente prononcée contre lui et de toute relation qu'il entretient avec le défendeur ou ses associés: (i) a tendance à être malhonnête; (ii) a une raison d'être malhonnête dans les circonstances de l'affaire.

les témoins, y compris diverses mesures d'anonymat partiel comme des écrans, des ordonnances de non-publication et des programmes de protection des témoins, ou encore le contre-interrogatoire par des conseillers spéciaux. Les renseignements pertinents en la possession du ministère public concernant le témoin anonyme devraient également être divulgués à l'accusé pour l'aider dans son contre-interrogatoire, quoique sans les renseignements permettant de l'identifier.

Même s'il n'y avait aucune solution de rechange moins draconienne pour permettre aux témoins de témoigner, les tribunaux devraient être convaincus que, dans l'ensemble, l'équilibre entre le préjudice causé à l'accusé et les avantages pour la société favorise l'acceptation du témoignage anonyme. À tout le moins, les tribunaux canadiens, tout comme la Cour européenne des droits de l'homme, ne permettraient probablement pas que le témoignage anonyme soit utilisé comme preuve unique ou déterminante dans une poursuite. Il se pourrait bien qu'ils optent pour une norme plus élevée qui interdit tout témoignage anonyme, compte tenu de la façon dont la Cour traite l'article 7 de la *Charte* et de sa réticence à admettre des restrictions aux droits protégés par l'article 7 au regard de l'article premier.

Même si les tribunaux acceptaient que le témoignage anonyme puisse être justifié dans certains cas, il serait difficile de prévoir précisément dans quels cas. Il faudrait, dans chaque cas d'espèce, démontrer que des solutions de rechange moins draconiennes, comme des ordonnances préservant l'anonymat partiel, sont inadéquates. Même si ces solutions étaient inadéquates, les avantages que le témoignage anonyme apporterait par rapport aux objectifs du gouvernement pour ce qui est de protéger les témoins et d'intenter des poursuites pour terrorisme devraient l'emporter sur le préjudice qu'il causerait à l'accusé.

En raison des conditions préalables à remplir pour justifier le témoignage anonyme, il risquerait d'être très difficile de prédire si ce dernier pourrait être utilisé dans un cas particulier. Il serait donc pratiquement impossible pour le SCRS et la police de promettre à une personne qu'elle pourrait témoigner anonymement. Les promesses faites par la police devraient être formulées avec prudence, car une promesse d'anonymat qui ne serait pas subséquentement acceptée par le tribunal en application de l'article premier de la *Charte* pourrait, dans certains cas, être interprétée comme une promesse conférant au témoin potentiel le privilège relatif aux indicateurs de police. Dans un tel cas, le témoin ne pourrait pas être forcé à témoigner. En revanche, si les tribunaux concluaient que la police n'a pas promis l'anonymat, le témoin pourrait être contraint de témoigner.

De plus, contester la nécessité du témoignage anonyme allongerait et retarderait les poursuites liées au terrorisme. Si un juge de première instance décidait que le témoignage anonyme était justifié, sa décision pourrait être contestée en appel. Il faut tenir compte de l'effet cumulatif de la non-divulgateion en appel

pour déterminer si le droit d'un accusé à une défense pleine et entière a été violé¹⁵⁰. L'accusé pourrait prétendre que même si l'admission du témoignage anonyme en soi n'a pas compromis l'équité du procès, ce témoignage pourrait, combiné à la non-divulgation d'autres renseignements, violer son droit à une défense pleine et entière et ainsi compromettre l'équité du procès.

8.5.4 Conclusion

La question du témoignage anonyme est complexe et difficile. Le témoignage anonyme serait contesté au motif qu'il viole les droits de l'accusé à une défense pleine et entière garantis par la *Charte*, notamment le droit de contre-interroger. Le ministère public pourrait tenter de justifier toute violation comme étant une limite raisonnable au regard de l'article premier, mais il devrait démontrer que des mesures autres que le témoignage anonyme, telles des mesures d'anonymat partiel – par exemple, les ordonnances de non-publication, les écrans ou le témoignage à distance –, seraient inadéquates. Même dans ce cas, les tribunaux devraient apprécier les effets préjudiciables du témoignage anonyme sur les droits de l'accusé, particulièrement en ce qui touche l'attaque de la crédibilité du témoin anonyme, par rapport aux intérêts de l'État quant à l'obtention de ce témoignage. Bien entendu, le législateur pourrait édicter une loi autorisant le témoignage anonyme indépendamment des droits juridiques garantis par la *Charte*. Cette loi devrait être renouvelée tous les cinq ans.

Le témoignage anonyme soulèverait non seulement des questions graves liées à la *Charte*, mais aussi des questions d'ordre pratique. Même si les tribunaux canadiens suivaient le modèle européen et autorisaient le témoignage anonyme, une procédure préalable au procès serait nécessaire pour déterminer si le témoignage anonyme est justifié. Les services de renseignement de sécurité et la police ne sauraient pas à l'avance si le témoignage anonyme serait autorisé. De plus, la jurisprudence européenne, ainsi que la législation britannique récente en matière de témoignage anonyme, démontrent une réticence à accepter que cette forme de témoignage puisse jouer un rôle déterminant dans une poursuite criminelle. Cette réticence est liée aux difficultés qu'aurait l'accusé qui voudrait attaquer la crédibilité d'un témoin anonyme et aux dangers de commettre des erreurs judiciaires. Enfin, la nature des complots terroristes clandestins peut faire en sorte que, indépendamment de l'anonymat ordonné par la cour, l'accusé et ses complices pourraient toujours être en mesure de découvrir l'identité d'un témoin anonyme.

Pour que le témoignage anonyme puisse être justifié, il faut que les mesures moins draconiennes aient été épuisées. Diverses mesures qui existent actuellement protègent l'identité des indicateurs et des témoins dans les affaires liées au terrorisme. Les mesures que nous avons examinées ailleurs dans le présent volume, tels le privilège relatif aux indicateurs de police et les ordonnances en vertu des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, peuvent éviter la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'identifier les

¹⁵⁰ R. c. *Taillefer*; R. c. *Duguay*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307.

informateurs qui ne témoignent pas. D'autres mesures examinées dans le présent chapitre peuvent offrir l'anonymat partiel et des protections contre la divulgation publique complète aux personnes vulnérables qui témoignent. L'utilisation de pseudonymes peut être particulièrement importante pour permettre aux agents qui agissent pour le compte du SCRS de témoigner, pour autant que le ministère public divulgue complètement les renseignements pertinents se rapportant à ces agents. Le recours à ces mesures radicales peut être combiné à des méthodes perfectionnées et plus flexibles visant à protéger les témoins.

À la lumière de toutes les difficultés juridiques et pratiques liées au témoignage anonyme, les conditions actuelles ne justifient pas de recommander au gouvernement de modifier le *Code criminel* pour autoriser cette procédure. Cependant, ces conditions pourraient changer. L'idée que le témoignage anonyme puisse être justifié dans certaines poursuites liées au terrorisme ne devrait pas être rejetée d'emblée. Il existe suffisamment de preuves démontrant que l'intimidation des témoins a entravé l'enquête et les poursuites liées à l'affaire d'Air India. Le gouvernement devrait surveiller la façon dont est appliquée la nouvelle législation britannique autorisant le témoignage anonyme et poursuivre l'étude des questions d'ordre juridique et pratique liées à une variété de mesures de protection des témoins, y compris, à l'extrémité du spectre, la possibilité de recourir à cette forme de témoignage. Le gouvernement devrait être prêt à reconsidérer l'interdiction actuelle du témoignage anonyme si les circonstances le justifient.

8.6 Les programmes de protection des témoins

Bien qu'on puisse recourir à une panoplie de mesures pour protéger l'identité des témoins et des sources, il existe une réelle possibilité que l'identité de certains indicateurs et de la plupart des témoins soit exposée durant le témoignage. La détermination apparente du Canada à engager des poursuites relativement à des infractions de terrorisme fait également en sorte qu'il est improbable que le risque d'exposer une source ou un témoin inciterait dans tous les cas les poursuivants à abandonner les accusations¹⁵¹. De plus, l'identité peut parfois être divulguée par inadvertance¹⁵², et la portée juridique de la protection contre la divulgation au moyen du privilège relatif aux indicateurs de police et des demandes d'ordonnances judiciaires de non-divulgation en vertu des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne sera peut-être pas toujours évidente. Par conséquent, des mesures sont nécessaires pour protéger les personnes dont l'identité est divulguée. Cela nous amène au Programme de protection des témoins, qui a été adopté pour gérer les conséquences de la divulgation de l'identité du témoin et les risques qui en découlent pour cette personne et sa famille.

151 Voir le témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8912 [traduction] : « Plus elle [l'infraction] est grave, moins le pouvoir discrétionnaire pourra être exercé. »

152 Par exemple, dans l'enquête sur la tragédie d'Air India, le nom de M^{me} D a été divulgué lorsque la Section des infractions commerciales de la GRC a laissé par inadvertance une demande de mandat décachetée. Ainsi, M^{me} D a dû adhérer au Programme de protection des témoins beaucoup plus tôt qu'elle ne l'avait prévu.

8.6.1 La responsabilité de protéger les témoins

La protection des témoins incombe au service de police qui a l'intention de se fonder sur le témoignage d'un témoin. Le commissaire adjoint de la GRC, Raf Souccar, a déclaré qu'en raison de son rôle de leader dans les équipes intégrées de la sécurité nationale, la GRC est presque toujours responsable de la protection des témoins dans les enquêtes liées au terrorisme. Lorsqu'une source a déjà un « responsable de cas » d'un autre service de police, il se peut que la source soit transférée à la GRC et qu'un responsable de cas de la GRC lui soit assigné. Ou encore, il est possible que le responsable de cas du service de police qui a initialement été chargé de la source soit détaché auprès de la GRC durant l'enquête¹⁵³.

La pratique consistant à détacher un responsable de cas du SCRS auprès de la GRC est digne de mention parce qu'elle peut aider à éviter que les sources du SCRS qui sont transférées à la GRC reçoivent un traitement regrettable, comme ce fut le cas dans l'enquête sur la tragédie d'Air India. Par exemple, « M. A » est passé du SCRS à la GRC en mars 1987 sans ménagement, ce qui a réduit sa valeur potentielle en tant que source de renseignements sur l'extrémisme sikh et peut-être en tant que témoin dans l'affaire Air India. Le traitement réservé à M. A a détruit les rapports établis par le SCRS. Pour sa part, « M^{me} E », qui entretenait de bons rapports avec le responsable de cas du SCRS, s'est complètement distancée des autorités après dû traiter avec la GRC.

Il se peut que le SCRS ait établi de bonnes relations avec des indicateurs à la faveur d'enquêtes précédentes sur des affaires de terrorisme. Il se peut également que les agents du SCRS connaissent mieux une langue étrangère que leurs homologues de la GRC, et qu'ils soient plus sensibles aux différentes cultures. Toute reconfiguration du système de protection des sources et des témoins devrait permettre la plus grande continuité possible dans le traitement des sources, et cela même si les agents du SCRS devaient continuer de travailler avec une source qui a été transférée à la GRC et qui pourrait éventuellement témoigner dans une poursuite. Les agents du SCRS qui continuent de travailler avec des sources doivent connaître les obligations en matière de divulgation ainsi que le fonctionnement des programmes de protection des témoins, et y être réceptifs.

8.6.2 Le programme fédéral de protection des témoins

En raison du rôle central que joue la GRC dans la protection des témoins dans les enquêtes liées au terrorisme, la Commission a entendu des témoignages surtout au sujet des mesures de protection de la GRC, particulièrement le Programme de protection des témoins (PPT) du gouvernement fédéral.

La *Loi sur le programme de protection des témoins* (LPPT) fédérale est entrée en vigueur en 1996; elle créait officiellement le PPT. Cependant, des mesures

¹⁵³ Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8896-8897.

formelles de protection des témoins au Canada étaient déjà appliquées depuis plus d'une décennie. En 1984, la GRC a établi son premier programme majeur, le « Programme de protection des témoins et des sources de renseignements », en raison des préoccupations grandissantes concernant le sort des témoins dans les affaires de contrebande nationale et internationale de drogues. Le programme ne reposait sur aucune disposition législative précise. Selon l'auteur Gregory Lacko, le programme fut un succès dans la mesure où aucun témoin protégé (« bénéficiaire ») n'a été tué pendant qu'il bénéficiait de la protection. Toutefois, des malentendus sont survenus à propos des arrangements conclus avec la GRC. Certains bénéficiaires se sont plaints, allant parfois même jusqu'à sacrifier leur anonymat pour attirer l'attention sur leurs doléances. Beaucoup de plaintes ont également été déposées auprès d'une instance qui s'appelait à l'époque la Commission des plaintes du public contre la GRC¹⁵⁴. C'est ce qui a mené à l'adoption de la LPPT en 1996, qui a créé un régime de protection des témoins plus officiel, soit le Programme de protection des témoins.

Comme beaucoup de ses équivalents étrangers¹⁵⁵ et à l'instar du précédent Programme de protection des témoins et des sources de renseignements, le PPT a initialement été établi pour protéger les témoins liés au crime organisé¹⁵⁶. Le PPT est toujours axé sur les témoins qui sont des criminels endurcis ou qui adoptent un mode de vie criminel¹⁵⁷.

Selon la LPPT, la « protection » peut comprendre le déménagement, le logement, le changement d'identité de même que l'assistance psychologique et le soutien financier¹⁵⁸. La *Loi* ne vise pas simplement à faciliter la protection des personnes qui aident la GRC. Elle vise également à protéger ceux qui aident *tout* organisme chargé de l'application de la loi ou un tribunal pénal international avec lequel un accord a été conclu pour prévoir une telle protection¹⁵⁹. La *Loi* vise également à protéger ceux qui agissent comme sources, mais non comme témoins, bien qu'elle soit généralement perçue et décrite comme un programme de protection pour les témoins et leurs proches parents.

Le commissaire de la GRC ou son représentant désigné¹⁶⁰ détermine s'il y a lieu d'admettre des bénéficiaires et quelle est l'étendue de la protection qui doit leur être accordée¹⁶¹. En pratique, le PPT est géré par les coordonnateurs de la protection des témoins de la GRC qui se trouvent partout au Canada¹⁶².

¹⁵⁴ Étude de M. Lacko sur la protection des témoins, p. 4.

¹⁵⁵ Par exemple, le programme fédéral américain de protection des témoins, également connu sous le nom de Witness Security Program, ou WitSec, a été établi en vertu de la *Organized Crime Control Act of 1970*, Pub. L. n° 91-452, 84 Stat. 922, une loi visant à lutter contre le crime organisé.

¹⁵⁶ Étude de M. Lacko sur la protection des témoins, p. 3. Le Programme de protection des témoins et des sources de renseignements a été par après connu sous le nom de PPT, à la suite de l'adoption de la LPPT en 1996.

¹⁵⁷ Témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8826. Voir aussi le témoignage de Mark Lalonde, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8615-8616.

¹⁵⁸ *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 2.

¹⁵⁹ *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 3. L'article 14 habilite le commissaire de la GRC et le ministre de la Sécurité publique à conclure de tels accords.

¹⁶⁰ *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 15.

¹⁶¹ *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 5.

¹⁶² Voir le témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8893-8895 pour avoir une explication du processus par lequel un coordonnateur examine la candidature d'un témoin, en l'espèce un agent de la GRC, et recommande finalement l'admission de ce dernier au PPT.

La LPPT autorise le commissaire à conclure des accords avec d'autres organismes chargés de l'application de la loi pour permettre à un témoin d'être admis au PPT¹⁶³. Il peut également conclure des accords avec les procureurs généraux des provinces pour les mêmes raisons. Sur le front international (important dans le contexte du terrorisme), le ministre de la Sécurité publique, et non le commissaire, peut conclure un arrangement réciproque avec un gouvernement étranger pour permettre l'admission d'un témoin au PPT du Canada. De même, le ministre peut conclure un arrangement avec un tribunal pénal international pour permettre l'admission au programme de témoins participant aux activités de ce tribunal.

En 2007, le PPT comptait environ 1 000 bénéficiaires, dont 700 relevaient de la GRC et 300 d'autres forces policières. De ce nombre, environ 30 p. 100 n'étaient pas des témoins, mais plutôt des personnes qui avaient eu une relation avec eux¹⁶⁴.

D'autres gouvernements au Canada ont mis sur pied leur propre programme de protection des témoins – par exemple, le Québec, l'Ontario et la Ville de Montréal. La Colombie-Britannique a créé une unité intégrée de protection des témoins en 2003¹⁶⁵. Ces programmes sont indépendants les uns des autres et, à l'exception du programme de la Colombie-Britannique, n'associent pas forcément la GRC¹⁶⁶. Il arrive néanmoins que la GRC travaille en étroite collaboration avec les agents responsables de ces programmes, notamment en les autorisant à participer aux cours de formation qu'elle offre sur la protection des témoins¹⁶⁷.

8.6.3 Difficultés rencontrées par les bénéficiaires du PPT

Le commissaire adjoint, M. Souccar, a déclaré que l'admission au PPT était volontaire¹⁶⁸. Cette affirmation est exacte en principe. Cependant, la gravité des menaces qui pèsent contre les personnes qui participent aux enquêtes et aux poursuites liées au terrorisme ne leur donne pas d'autre choix que d'adhérer au PPT.

Les témoins devant la Commission ont insisté sur les rigueurs et dangers de la vie dans le cadre du PPT. Geoffrey Frisby, ancien coordonnateur au PPT, a décrit le programme comme étant [traduction] « extrêmement difficile » pour tout le monde :

¹⁶³ *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 14.

¹⁶⁴ Chambre des communes du Canada, Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale, *Examen du Programme de protection des témoins*, Travaux publics et services gouvernementaux Canada, mars 2008, p. 17, en ligne : < http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/collection_2008/parl/XC76-392-1-1-01F.pdf > (consulté le 15 juin 2009) [Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins].

¹⁶⁵ Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 4; étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 70. L'unité intégrée de protection des témoins de la Colombie-Britannique, telle que décrite par M. Dandurand, est un modèle intéressant à examiner, puisqu'elle semble regrouper les services de police municipaux et la GRC sous un seul ensemble de politiques.

¹⁶⁶ Toutefois, l'aide du PPT est nécessaire pour obtenir les documents fédéraux requis pour un changement d'identité. Voir le témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8895.

¹⁶⁷ Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8960.

¹⁶⁸ Témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8974-8975.

[Traduction]

Je ne veux pas savoir qui vous êtes; que vous soyez un criminel endurci ayant un casier judiciaire chargé ou que vous soyez une personne qui a été témoin – qui était au mauvais endroit au mauvais moment. Il faut pouvoir s'adapter au programme et aux conséquences qu'il entraîne, surtout s'il est question de perdre son identité pour en avoir une nouvelle. Plus nous renforçons les mesures de protection offertes à une personne, plus les problèmes liés au changement d'identité augmentent¹⁶⁹.

Régis Bonneau, sergent d'état-major de la GRC, a déclaré que de vivre un changement d'identité et d'être admis au PPT étaient « les choses les plus stressantes, j'imagine, que [des témoins protégés et leur famille puissent] vivre¹⁷⁰ », alors que Michel Aubin, surintendant de la GRC, a dit que le PPT représentait une [traduction] « expérience qui bouleverse une vie¹⁷¹ ».

Dans *R. c. Malik and Bagri*, le juge Josephson a souligné les coûts humains de la participation au PPT lorsqu'il a décrit les répercussions que la protection des témoins a eues sur « M^{me} D » :

[Traduction]

Elle a expliqué avec émotion que son admission au Programme de protection des témoins lui a fait perdre son travail, sa famille et ses amis¹⁷².

Avec l'aide de la GRC, un avocat de la Commission a effectué un sondage auprès des bénéficiaires du PPT pour mieux connaître la vie sous le régime de la protection des témoins¹⁷³. Les résultats du sondage et le témoignage des témoins ont fait ressortir les nombreuses difficultés auxquelles se heurtent les bénéficiaires.

Premièrement, les bénéficiaires doivent presque inévitablement déménager et peuvent devoir subir un changement d'identité. La plupart d'entre eux estiment particulièrement difficile d'être déracinés de leur maison, de leur routine, de leur emploi et de leur cercle d'amis. Beaucoup de bénéficiaires rapportent qu'ils ont

¹⁶⁹ Témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8794.

¹⁷⁰ Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9781.

¹⁷¹ Témoignage de Michel Aubin, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8913.

¹⁷² *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 au para. 353.

¹⁷³ Voir la description du sondage dans la déclaration de l'avocat de la Commission, Louis Sévéno, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9746-9760. Voir également la présentation PowerPoint s'y rattachant (pièce P-298, onglet 1) et le rapport intitulé *Summary, Analysis and Amalgamation of Responses by Protectees of the Federal Witness Protection Program to a Survey Questionnaire Created by Commission counsel* (pièce P-298, onglet 2) [sondage sur la protection des témoins].

eu du mal à accepter l'idée de devoir [traduction] « vivre dans le mensonge » pour le restant de leur vie, et racontent en quoi cela peut les empêcher de développer des relations durables là où ils ont emménagé.

Deuxièmement, les bénéficiaires éprouvent généralement des difficultés du fait qu'ils sont séparés des membres de leur famille qui n'ont pas été invités à participer au PPT ou qui ont refusé d'y adhérer. Des arrangements visant la garde peuvent également empêcher les enfants d'un bénéficiaire d'adhérer au PPT¹⁷⁴. Les agents responsables du PPT organisent parfois des échanges et des rencontres avec les enfants des bénéficiaires¹⁷⁵. Cependant, les rencontres sont moins fréquentes que ce que la plupart des bénéficiaires souhaiteraient et elles ne leur permettent pas d'établir avec leurs enfants un contact aussi intime que celui que les parents nouent normalement¹⁷⁶.

Troisièmement, les bénéficiaires ont souvent du mal à trouver un emploi et à devenir autonomes là où ils ont emménagé. Cela découle souvent du fait qu'ils éprouvent des difficultés à faire reconnaître leurs diplômes, leurs antécédents professionnels et leurs références, qu'ils doivent suivre une formation dans un nouveau domaine et qu'ils sont constamment sollicités pour aider les autorités¹⁷⁷.

Quatrièmement, certains bénéficiaires sont incapables de maintenir le style de vie qu'ils avaient antérieurement¹⁷⁸. Les administrateurs responsables du PPT vont généralement liquider les actifs des bénéficiaires avant de procéder à leur changement d'identité. Cette liquidation peut causer une perte sérieuse de capital pour les bénéficiaires¹⁷⁹. Les responsables du PPT s'efforcent d'appliquer le principe du « maintien du niveau de vie » et accordent souvent des indemnités de subsistance aux bénéficiaires qui en ont besoin. Toutefois, le programme n'est généralement pas en mesure d'égaliser le salaire des témoins qui étaient auparavant bien nantis¹⁸⁰.

Enfin, la plupart des bénéficiaires estiment que les règles et les conditions du PPT sont très difficiles à suivre, particulièrement les restrictions auxquelles ils sont soumis lorsqu'ils veulent retourner dans la [traduction] « zone de danger » ou lorsqu'ils veulent communiquer avec leurs amis et leurs parents d'une façon non sécuritaire¹⁸¹.

Bref, on ne saurait surestimer les difficultés et le fardeau émotionnel que subissent les bénéficiaires qui sont séparés de leur communauté et qui doivent dès lors

174 Sondage sur la protection des témoins, p. 16 et 17, question 43. Voir également le témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8821.

175 Sondage sur la protection des témoins, p. 10 et 11, question 26. Voir également le témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9775.

176 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9775.

177 Sondage sur la protection des témoins, p. 16, questions 39, 42.

178 Sondage sur la protection des témoins, p. 14, question 40.

179 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8907.

180 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9784.

181 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9787. Voir également le sondage sur la protection des témoins, p. 18 et 19, question 52.

renier tout leur passé et abandonner leurs racines. Beaucoup de bénéficiaires ont quitté le PPT en raison de la rigueur de ces conditions¹⁸². Ces conditions, ainsi que l'obligation de déménager, sont également les raisons les plus souvent citées par les témoins qui refusent d'adhérer au PPT¹⁸³.

Le PPT est également inexorable, du moins sur papier. Même si l'obligation d'enterrer son passé représente un défi exceptionnel, et même si le désir de maintenir un certain contact avec son ancienne vie est compréhensible, la LPPT prévoit que le bénéficiaire qui « a, délibérément et gravement, contrevenu aux obligations énoncées dans l'accord de protection », pourrait ne plus pouvoir bénéficier de la protection¹⁸⁴.

Les responsables du PPT s'efforcent d'améliorer les conditions de vie des bénéficiaires et de réduire les difficultés auxquelles ils doivent faire face. Les moyens permettant d'améliorer le programme sont analysés plus loin. Cependant, plusieurs difficultés profondes qui découlent de l'admission et de la vie dans le PPT sont pour ainsi dire inévitables. Il est difficile d'imaginer comment les conditions du PPT pourraient être assouplies, par exemple pour faciliter le contact d'un bénéficiaire avec son ancienne communauté, sans compromettre sérieusement la sécurité. Même si le programme est modifié, vivre sous ses restrictions restera toujours un défi pour les bénéficiaires, pour les personnes qui ont adhéré au PPT avec eux et pour leurs proches qui n'ont pas souscrit au programme. Pour cette raison, le PPT doit être perçu comme une option indispensable pour protéger les témoins, mais qui engendre presque inévitablement des coûts sur le plan humain.

8.6.4 Difficultés additionnelles rencontrées par les bénéficiaires du PPT dans les affaires de terrorisme

8.6.4.1 Communautés minoritaires

Compte tenu de la présence, au sein de certaines communautés ethniques, culturelles et religieuses, d'individus qui mènent des activités représentant une menace pour la sécurité du Canada, la collecte de renseignements au sein de ces communautés est vitale. Il est essentiel que les honnêtes membres de ces communautés, qui constituent la majorité, soient en mesure de fournir des renseignements précieux au système judiciaire et qu'ils soient protégés contre l'intimidation et la violence si leur collaboration venait à être révélée.

À l'occasion, l'identité des membres des communautés qui collaborent avec les services de renseignement de sécurité et les forces policières dans le cadre d'enquêtes sur des activités terroristes peut être gardée secrète. Toutefois, certains membres des communautés qui collaborent avec les autorités et qui

¹⁸² Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8928-8929.

¹⁸³ Étude de M. Lacko sur la protection des témoins, p. 15. Voir également, par exemple, la pièce P-273, onglet 10, rapport annuel 2005-2006 concernant la *Loi sur le programme de protection des témoins* (*Witness Protection Program Act, Annual Report 2005-2006*).

¹⁸⁴ *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 9(1)b).

témoignent dans des poursuites antiterroristes peuvent devoir être admis au PPT. Par exemple, un témoin ayant fait une déposition lors du procès Air India a obtenu la protection du programme¹⁸⁵. Il est donc important pour la Commission d'évaluer si le PPT est en mesure de répondre aux besoins des membres des communautés minoritaires. Des agents responsables du PPT, actuels et anciens, ont témoigné au sujet des difficultés particulières qui peuvent se présenter.

Difficultés liées aux compétences linguistiques. Certains membres des communautés minoritaires, plus particulièrement ceux qui sont arrivés récemment au Canada, peuvent hésiter à raconter ce qu'ils savent à propos des activités dangereuses qui se trament au sein des enclaves relativement petites où ils vivent. La difficulté à s'exprimer en français ou en anglais peut compliquer leurs relations avec les responsables du PPT : ils peuvent avoir du mal à comprendre les droits et les obligations rattachés à un accord de protection, à se soumettre à une évaluation psychologique (un élément du PPT) et à profiter des services offerts par l'entremise du PPT, comme les services d'orientation professionnelle et les programmes de formation.

De plus, les bénéficiaires qui étaient en mesure de vivre et de fonctionner normalement au sein de leur communauté minoritaire en utilisant leur langue maternelle peuvent estimer impossible de fonctionner dans une communauté différente où leur langue n'est pas courante. Cet élément peut restreindre les possibilités de déménagement des bénéficiaires.

Selon M. Souccar, commissaire adjoint, pour surmonter les difficultés posées par les barrières linguistiques, le PPT et la GRC s'efforcent de diversifier au maximum le Programme de protection des témoins, à l'image des communautés auxquelles il s'adresse¹⁸⁶. Néanmoins, cette initiative, qui vise la gamme complète des services offerts par la GRC, n'a pas encore fait ses preuves et constitue tout au plus un travail en cours d'élaboration. M. Souccar a également affirmé que le PPT fournit régulièrement aux bénéficiaires des services de traduction, surtout pour garantir qu'ils comprennent les répercussions des accords de protection¹⁸⁷. Toutefois, ces mesures ne résolvent pas les difficultés auxquelles se heurtent les bénéficiaires qui doivent déménager dans une communauté où leur langue n'est pas couramment utilisée.

Lieux de réinstallation. Si le bénéficiaire est membre d'une minorité visible, les choix quant aux lieux de réinstallation possibles risquent d'être plus restreints. Un bénéficiaire est plus facilement identifiable dans une petite communauté où il n'y a pas d'autres membres du même groupe minoritaire. Or, compte tenu de l'évolution du multiculturalisme au Canada, plus particulièrement dans les centres urbains, cette situation pose de moins en moins problème. Tout bénéficiaire court le risque d'être reconnu dans son nouveau milieu ou dans sa nouvelle identité, mais le port d'une tenue traditionnelle ou religieuse, ainsi que des caractéristiques distinctives comme une longue barbe ou des tatouages, peuvent faire augmenter ce risque¹⁸⁸.

185 Voir *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 aux paras. 352-353.

186 Témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8971.

187 Témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8971-8972.

188 Témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre, 2007, p. 8832-8833.

Même s'il déménage dans une autre province, un bénéficiaire court toujours un risque important d'être identifié. Selon M. Souccar, ce phénomène est attribuable aux liens étroits entre certaines communautés à l'échelle du pays.

[Traduction]

Les liens étroits entre certaines communautés ethniques présentent à coup sûr un défi. Comme, par exemple, la relation entre la même communauté ethnique dans deux provinces différentes. C'est un défi. Nous travaillons en collaboration avec les gens devant être protégés ou déménagés afin de définir, le cas échéant, leurs préoccupations à l'égard de la réinstallation ou des risques d'identification¹⁸⁹.

Toutefois, le sergent d'état-major Bonneau a affirmé que le Canada compte plusieurs villes importantes où il est possible de réinstaller les membres d'une minorité visible, et que cette question ne le préoccupait donc pas particulièrement¹⁹⁰.

Restrictions à l'égard des libertés religieuses. Afin de réduire le risque à l'égard de ses bénéficiaires, le PPT exige généralement qu'ils ne se livrent à aucune activité pouvant les mettre en contact avec des gens susceptibles de découvrir leur identité réelle. On peut ainsi restreindre les lieux où le bénéficiaire est autorisé à pratiquer le culte et le type de pratiques auxquelles il peut s'adonner¹⁹¹. Certains pourraient alors considérer que le PPT est insensible aux coutumes culturelles et religieuses des communautés minoritaires¹⁹². De plus, les restrictions frappant les activités religieuses risquent de décourager plusieurs personnes qui auraient autrement collaboré aux enquêtes et aux poursuites antiterroristes. Le PPT devrait être sensible à ces préoccupations et s'efforcer de respecter les pratiques religieuses des bénéficiaires chaque fois que cela est possible.

8.6.4.2 Peu d'avantages autre que la protection

Comme on pouvait s'y attendre, la preuve présentée devant la Commission démontre que le PPT continue d'être axé sur les témoins qui sont des criminels endurcis ou qui ont un mode de vie criminel¹⁹³. De tels individus ne considéreront certes pas l'admission au PPT comme sans problèmes, mais ils peuvent y voir une occasion d'améliorer leur vie et de repartir à neuf. Ils peuvent ainsi se prévaloir d'un programme de traitement de la toxicomanie et de services de formation et d'orientation professionnelles¹⁹⁴. Quant aux témoins qui sont pauvres, le PPT leur assure un meilleur niveau de vie.

189 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre, 2007, p. 8937-8938.

190 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre, 2007, p. 9785.

191 Témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre, 2007, p. 8832-8833.

192 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre, 2007, p. 9785-9786.

193 Témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre, 2007, p. 8826. Voir également le témoignage de Mark Lalonde, vol. 68, 29 octobre, 2007, p. 8615-8616.

194 Témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8843.

Pour les personnes n'ayant pas d'antécédents criminels, tels bon nombre de témoins et sources en matière de terrorisme, les avantages susmentionnés, mis à part l'avantage essentiel que constitue la protection, sont moins pertinents. Les témoins et les sources n'ayant pas d'antécédents criminels ont moins de raisons que les criminels de supporter les contraintes imposées par les programmes de protection des témoins. Dans le même temps, les sources et les témoins éventuels en matière de terrorisme seront plus enclins que les criminels à cacher des renseignements utiles aux enquêteurs afin d'éviter de devoir adhérer à un programme de protection des témoins.

Les mesures de protection offertes par le PPT aux personnes qui respectent la loi et aux criminels endurcis sont les mêmes. Selon le commissaire adjoint, M. Souccar, le PPT n'offre aucune latitude à l'égard de la protection pouvant être accordée aux victimes « innocentes », même si les agents responsables du PPT ont plus d'empathie à leur égard¹⁹⁵.

M. Souccar a expliqué à la Commission d'autres formes de protection que les forces policières pourraient fournir aux personnes qui n'adhèrent pas au PPT, tout en précisant que ces mesures sont souvent insuffisantes lorsqu'un témoin fait l'objet d'une menace provenant d'un groupe terroriste.

Tous ces éléments démontrent que les intervenants doivent agir avec circonspection dans les affaires de terrorisme et faire en sorte de réduire le plus possible les contraintes imposées aux témoins par le PPT. En fait, la GRC a pris des mesures en vue d'assouplir la rigueur des conditions de vie sous le régime du PPT, soit en prévoyant des visites familiales plus fréquentes et l'utilisation de systèmes visant à assurer une communication sécuritaire entre les bénéficiaires et ceux qui ne font pas partie du programme¹⁹⁶.

8.6.5 Autres mesures de protection des témoins

Étant donné que l'admission au PPT entraîne des perturbations importantes, et souvent intolérables, dans la vie des bénéficiaires, les autorités devraient envisager ce programme en dernier recours pour les personnes à risque, et l'utiliser uniquement lorsque des mesures de protection moins contraignantes sont insuffisantes ou inadéquates.

En fait, la LPPT demande au commissaire de la GRC d'examiner « les autres formes possibles de protection que le programme¹⁹⁷ ». Ces autres formes possibles ne figurent dans aucune politique de la GRC. Toutefois, des témoins ont affirmé devant la Commission que plusieurs mesures sont possibles¹⁹⁸, selon la gravité de la menace dont la victime fait l'objet¹⁹⁹ et le degré d'aisance du témoin à

195 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8910-8911.

196 Témoignage de Michel Aubin, vol. 70, 31 octobre, 2007, p. 8913. Voir également le témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8988-8989.

197 *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 7g).

198 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre, 2007, p. 8902. Voir également le témoignage de Mark Lalonde, vol. 68, 29 octobre, 2007, p. 8611-8612.

199 Cela exige une évaluation de la menace pour le témoin, évaluation qui, dans le contexte terroriste, sera vraisemblablement effectuée au niveau de l'équipe intégrée de la sécurité nationale, avec la collaboration de tous les partenaires.

l'égard de ces mesures. Ces mesures peuvent être utilisées, par exemple, lorsque les risques auxquels est exposé un témoin n'exigent pas son admission au PPT ou lorsque le PPT n'est pas une solution, soit parce que le témoin refuse de s'en prévaloir ou qu'il est jugé non admissible²⁰⁰.

La sécurité d'un témoin en son domicile peut être renforcée de plusieurs manières : installer un système d'alarme, des caméras de surveillance ou des barres fixées aux fenêtres; fournir au témoin et aux membres de sa famille des émetteurs d'urgence (« boutons de panique »)²⁰¹; fournir des téléphones cellulaires au témoin pour faciliter la communication avec la police; demander aux voitures de police de patrouiller plus souvent dans le voisinage du témoin²⁰². L'ampleur et la nature de la présence policière peuvent varier en fonction du caractère immédiat du risque et, dans certaines situations extrêmes, exiger une protection continue par un groupe d'intervention d'urgence²⁰³.

La menace se limite parfois à une région géographique. Le déménagement dans un autre voisinage peut suffire à éviter les menaces d'une bande locale²⁰⁴. Dans d'autres situations, le besoin de protection peut disparaître avec le temps – comme à la fin d'un procès par exemple – et le déménagement temporaire peut également résoudre ce problème. Cependant, de telles mesures peuvent s'avérer insuffisantes dans des affaires de terrorisme impliquant une organisation extrémiste qui a des visées idéologiques puissantes, une présence à l'échelle internationale et peu de scrupules à éliminer ceux qui menacent ses intérêts.

À l'occasion, on offre une somme d'argent au témoin qui refuse d'adhérer au PPT ou qui est jugé non admissible afin qu'il puisse bénéficier de services de protection privés²⁰⁵. En retour, le témoin signe une décharge dégageant le PPT de toute obligation de protection ou autre responsabilité. Dans certaines circonstances, ce type d'arrangement pécuniaire est également offert aux témoins qui quittent le PPT, sauf si une somme a déjà été octroyée pour compenser les coûts liés à la réinstallation permanente dans un autre lieu²⁰⁶.

La somme globale offerte à un témoin correspond généralement à l'estimation des coûts établie par le PPT pour protéger le témoin (et sa famille) sur une période d'un an²⁰⁷. Selon M. Souccar, [traduction] « nous accorderons au témoin une somme qui sera à la hauteur de ses besoins en matière de protection²⁰⁸ ». Dans un document de la GRC, on révèle qu'entre le 1^{er} janvier 2004 et le

200 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8902.

201 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8911.

202 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8911. Voir également le témoignage de Mark Lalonde, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8613.

203 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8911.

204 Témoignage de Mark Lalonde, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8612-8613. Voir également le témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8791-8792, et le témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8684-8685.

205 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8931-8932.

206 Témoignage de Michel Aubin, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8929.

207 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9801-9802.

208 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8931-8932.

13 septembre 2007, 34 cas de protection des témoins ont été résolus au moyen de décharges et conventions d'indemnisation, contre paiement d'une somme de 30 000 \$ en moyenne²⁰⁹.

En général, les témoins qui reçoivent des sommes forfaitaires déménagent ou font appel à l'une des nombreuses entreprises de sécurité privées pour mettre en œuvre des mesures de sécurité. Le témoin qui retient les services d'une entreprise privée peut ainsi bénéficier d'une protection sur mesure. Certains témoins qui se braqueraient contre les exigences strictes du PPT pourraient être plus enclins à accepter les conditions offertes par le secteur privé en raison du plus grand contrôle qu'ils peuvent exercer sur les contraintes imposées par la protection.

Lorsqu'une entente a été conclue avec une entreprise de sécurité privée, la protection continue ne dépend pas de la coopération du témoin avec les forces policières et le ministère public. Toutefois, le coût lié à la protection privée peut être élevé, particulièrement lorsqu'un témoin doit faire l'objet d'une protection continue. Dans ces situations, une somme globale de 30 000 \$ ne permettra pas de lui accorder toute la protection dont il a besoin. En revanche, le témoin qui adhère au PPT n'a pas à se soucier du coût lié à la protection, puisque la GRC assume tous les frais.

D'autres mesures possibles peuvent fournir une protection adéquate dans certaines circonstances. Toutefois, l'ancien coordonnateur du PPT, M. Geoffrey Frisby, a déclaré à la Commission que dans les situations où seule l'admission au PPT permettra d'assurer la protection d'un témoin à risque, la GRC n'offrira pas d'autres formes de protection. M. Frisby estime que ce serait faire preuve de négligence que d'offrir à un tel témoin une protection insuffisante²¹⁰.

De fait, l'opiniâtreté de certains groupes extrémistes et leur propension à recourir à la violence pour arriver à leurs fins font en sorte que les sources et les témoins dont l'identité est révélée sont souvent obligés de recourir à la protection étendue offerte par le PPT. Les autres formes de protection risquent simplement de s'avérer inefficaces.

8.6.6 Problèmes organisationnels au sein du PPT

8.6.6.1 Nécessité d'examiner les intérêts de toutes les parties dans le cadre de poursuites antiterroristes

Les enquêtes et les poursuites antiterroristes peuvent concerner un plus grand nombre d'organismes et de ministères que d'autres types d'enquêtes et poursuites criminelles. En ce qui a trait à la collecte de renseignements, le SCRS jouera généralement un rôle important dans les enquêtes et pourra plus facilement créer des liens avec des sources du milieu terroriste que les services

²⁰⁹ Pièce P-273, onglet 12, sur les paiements rattachés aux décharges et conventions d'indemnisation versés par les groupes divisionnaires ou régionaux de la protection des sources et des témoins (GRC), 1^{er} janvier 2004-13 septembre 2007.

²¹⁰ Témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8851.

de police. Parmi les autres autorités pouvant jouer un rôle, mentionnons la GRC, le conseiller à la sécurité nationale du Bureau du Conseil privé²¹¹, le directeur des poursuites antiterroristes (poste dont la création est proposée)²¹², d'autres procureurs fédéraux et provinciaux, Sécurité publique Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, le Service correctionnel du Canada et le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international.

Dès lors que des poursuites concernant des actes terroristes sont envisagées, les institutions risquant être touchées devraient être en mesure d'exprimer leur opinion au sujet des besoins et des méthodes de protection des sources et des témoins. L'élargissement des obligations de divulgation imposées au SCRS par suite de l'arrêt *Charkaoui*²¹³ rendu en 2008 peut signifier que les sources du SCRS, même si elles ne sont pas appelées à témoigner, risquent d'être révélées dans l'éventualité d'une poursuite. Compte tenu de l'importance qu'il accorde à l'anonymat de ses sources, le SCRS doit pouvoir participer aux décisions susceptibles de permettre de révéler leur identité.

La police et les procureurs peuvent vouloir utiliser les renseignements recueillis par le SCRS à titre de preuve en faisant témoigner les sources au procès, comme ce fut le cas dans le procès Air India. Le SCRS a tout intérêt à faire en sorte que les promesses faites aux sources, particulièrement au sujet de leur anonymat et de leur traitement, ne soient pas rompues lorsque ces sources sont transférées à la GRC. De plus, il est possible que l'importance pour le SCRS de conserver l'anonymat de certaines sources surpasse la valeur que pourraient revêtir ces sources dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite en particulier. Le SCRS pourrait vouloir éviter de compromettre pour une seule poursuite des opérations de renseignement en cours ou futures concernant des menaces graves. La personne détenant le poste hiérarchiquement le plus élevé, soit le conseiller à la sécurité nationale dont il est question dans le chapitre II du présent rapport, sera dans certaines situations en mesure de décider s'il est dans l'intérêt public de conserver l'anonymat d'une source humaine du SCRS.

Enfin, si les sources du SCRS deviennent des témoins à un moment donné, le SCRS aura intérêt à voir à ce qu'ils reçoivent une protection adéquate. Le défaut de leur fournir une protection adéquate pourrait décourager d'autres personnes de devenir des sources du SCRS et rendre les sources existantes hésitantes à coopérer davantage. De plus, le contrôleur du SCRS peut constituer une ressource importante pour veiller à ce que la transition de source humaine secrète à témoin se fasse de la manière la plus harmonieuse possible. Il importe qu'une personne soit chargée de surveiller le transfert d'une source humaine passant du SCRS à la GRC, dans l'optique de la relation entre la collecte de renseignements et l'établissement de la preuve. Comme nous le verrons plus loin, cette personne devrait travailler étroitement avec le SCRS et la GRC, tout en

211 Voir au chapitre II l'analyse des propositions touchant la revalorisation du rôle du conseiller à la sécurité nationale.

212 Voir au chapitre III l'examen de ce poste proposé.

213 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

demeurant indépendante de ceux-ci.

Il est également nécessaire d'associer les procureurs aux décisions touchant la protection des témoins. En bout de ligne, ce sont les procureurs qui décident de l'opportunité d'intenter des poursuites et de la façon de les mener; ce sont eux aussi qui déterminent s'il y a lieu de continuer une poursuite si une obligation de divulgation vient à mettre en péril la vie d'une source ou d'un témoin. Il revient aux procureurs de revendiquer le privilège relatif aux indicateurs de police et de présenter des requêtes en vertu des articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ils sont également tenus de justifier devant les tribunaux l'utilisation de mesures d'anonymat partiel visant à protéger des témoins vulnérables. Comme nous l'avons vu au chapitre III, plusieurs des fonctions du poursuivant dans les affaires de terrorisme devraient être confiées à un nouveau directeur des poursuites antiterroristes.

8.6.6.2 Absence de cloisonnement entre les unités d'enquête et le PPT

Actuellement, c'est le commissaire de la GRC qui est responsable du PPT. Étant donné que le pouvoir décisionnel final dans le cadre du PPT revient à la GRC, qui a également intérêt à voir avancer les enquêtes et les poursuites, l'absence de cloisonnement efficace peut donner l'impression que les objectifs d'une enquête priment sur les intérêts des bénéficiaires. La perception d'une injustice dans le programme pourrait décourager certains témoins de se manifester.

La GRC affirme qu'elle a établi un cloisonnement entre ses unités d'enquête et les services liés au PPT pour assurer l'indépendance entre les fonctions de protection des témoins et les fonctions d'enquête. Or, d'après la preuve soumise à la Commission, ce cloisonnement n'est pas efficace²¹⁴. Il en résulte que les unités d'enquête peuvent compromettre les mesures offertes aux bénéficiaires et causer préjudice à ces derniers.

Selon les recommandations du Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes, la GRC ne devrait pas être chargée des décisions concernant l'admission des témoins et les accords de protection, mais

²¹⁴ Geoffrey Frisby a déclaré que, d'après son expérience, la politique visant à établir un cloisonnement entre les services de protection et les unités d'enquête [traduction] « n'existe absolument pas » (témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8827). M. Frisby a parlé de situations où des enquêteurs ont communiqué avec leurs témoins protégés dans le but d'influer sur une décision des services du PPT concernant un témoin donné et le traitement dont il devait faire l'objet (témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8825-8826). M. Régis Bonneau a également décrit les communications entre les enquêteurs et le service de protection des témoins visant à régler les conflits comme [traduction] « une avenue qui est utilisée régulièrement » (témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9792). De plus, le financement des mesures de protection accordées à un bénéficiaire donné provient du budget affecté aux enquêtes, ce qui a pour effet de réduire l'indépendance du PPT à l'égard du reste de la GRC (voir, par exemple, le témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9800-9801). Enfin, selon ce qu'a entendu la Commission, le peu d'indépendance qui existe au niveau des coordonnateurs disparaît pratiquement aux niveaux supérieurs de la GRC, puisque les cadres qui sont responsables en bout de ligne du PPT, le commissaire et le commissaire adjoint aux opérations fédérales et internationales, contrôlent également les activités des unités d'enquête (témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8756).

plutôt de l'évaluation de la menace, de la détermination du niveau de sécurité nécessaire et de la mise en œuvre des mesures de protection²¹⁵.

8.6.6.3 Mécanismes inadéquats de règlement des différends

De par sa nature même, la protection des témoins entraîne un déséquilibre du rapport de force entre les bénéficiaires et les responsables de la mise en œuvre du PPT. Ce déséquilibre des forces influe sur le processus de règlement des différends et de traitement des plaintes²¹⁶. Les bénéficiaires ont besoin de l'aide de la GRC pour se protéger et sont donc naturellement réticents à critiquer la façon dont la GRC gère le PPT. M. Dandurand a déclaré qu'un des principaux problèmes que pose le règlement des différends dans le cadre du PPT est que le bénéficiaire se retrouve en conflit avec l'organisme même qui le protège²¹⁷. Selon lui, puisque les mécanismes actuels de règlement des différends laissent l'initiative aux bénéficiaires, ceux-ci hésiteront à faire valoir leurs droits. C'est, dit-il, comme si on demandait au bénéficiaire de « mordre la main qui le nourrit »²¹⁸.

Le processus de règlement des différends pour les bénéficiaires commence au niveau du responsable de cas ou du coordonnateur du PPT, là où la majorité des différends peuvent être réglés²¹⁹. Si un bénéficiaire n'est pas satisfait d'une décision à ce niveau, la plainte peut être présentée à un officier supérieur du PPT/GRC, et aboutir devant le commissaire ou son mandataire²²⁰. M. Bonneau estime qu'environ 75 p. 100 de l'ensemble des plaintes formulées par les bénéficiaires peuvent être résolues au sein de la GRC²²¹.

En ce qui concerne les différends ne pouvant être réglés au sein de la GRC à la satisfaction du bénéficiaire, ce dernier peut présenter une plainte à la Commission des plaintes du public contre la GRC (CPP). Toutefois, ce moyen est souvent inutile pour le bénéficiaire, puisque la CPP ne bénéficie généralement pas d'un accès complet aux documents nécessaires pour statuer sur une plainte. De plus, les décisions de la Commission ne lient pas le commissaire de la GRC, qui peut substituer ses propres conclusions de fait ou simplement ignorer la décision. Pour ces motifs, la CPP ne semble pas constituer la solution idéale pour les bénéficiaires du PPT dans les affaires de terrorisme.

De nos jours, la seule solution permettant à un bénéficiaire d'obtenir une décision liant la GRC est d'intenter une laborieuse action en justice. En général, il s'agit d'engager une action au civil devant les cours provinciales ou de solliciter

215 Rapport de la Chambre des communes sur le programme de protection des témoins, p. 28.

216 Témoignage de Paul Kennedy, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8875.

217 Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8703.

218 Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8704.

219 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9790-9791. Selon M. Bonneau, environ 50 p. 100 de toutes les plaintes sont réglées à ce niveau.

220 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9790-9791. Actuellement, le mandataire du commissaire, aux termes de l'article 15 de la *Loi sur le programme de protection des témoins*, est le commissaire adjoint aux opérations fédérales et internationales de la GRC.

221 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9791. Selon M. Bonneau, environ 50 p. 100 de toutes les plaintes sont réglées au niveau du responsable de cas et du coordonnateur, tandis que 25 p. 100 de ces plaintes sont réglées par des officiers aux échelons supérieurs au sein de la GRC.

un *certiorari* ou un *mandamus* devant la Cour fédérale. L'ennui est que les bénéficiaires n'ont pas aisément accès à une aide leur permettant d'obtenir un avis juridique sur le bien-fondé de leur plainte contre la GRC.

Tout nouveau programme de protection des témoins devrait être conçu de façon à éviter tout recours à la CPP ou toute poursuite judiciaire, être davantage centré sur les besoins des témoins et prendre en compte leurs intérêts en matière de protection. Il devrait également inclure des mécanismes de règlement des différends qui respectent l'obligation absolue de confidentialité des questions liées à la protection des témoins.

Il devrait y avoir continuité dans le processus de règlement des différends de sorte qu'un grief individuel, à première vue anodin lorsqu'on le considère isolément, puisse être examiné dans le contexte plus large de l'admission du bénéficiaire au programme de protection des témoins et de son expérience au sein du programme. Comme on l'a suggéré, une personne indépendante pourrait agir à titre d'ombudsman pour régler les différends en matière de protection²²². De plus, il serait également utile de pouvoir recourir à l'arbitrage privé et exécutoire par un juge à la retraite ou toute autre personne reconnue, possédant préférablement une formation juridique. Les accords de protection pourraient contenir une clause d'arbitrage obligatoire empêchant les bénéficiaires de faire appel aux tribunaux pour régler leurs différends, du moins en première instance, en échange d'un système de règlement des différends efficace, crédible et confidentiel. Une telle initiative est particulièrement nécessaire dans le contexte terroriste, où des questions délicates de sécurité nationale risquent de compliquer la résolution des problèmes soulevés par les bénéficiaires.

8.6.6.4 Nécessité de restructurer le PPT pour les affaires liées au terrorisme

En résumé, le modèle actuel du PPT ne convient pas dans les affaires de terrorisme pour les trois raisons principales que voici :

- Le PPT est mal outillé pour assurer la continuité dans la gestion des sources du SCRS qui pourraient servir de témoins;
- Le PPT est trop rigide pour répondre aux besoins variés des témoins dans les affaires de terrorisme et est fondé sur le postulat implicite que la plupart des bénéficiaires ont des antécédents criminels;
- Les fonctions de gestion du PPT ne sont pas suffisamment indépendantes des équipes d'enquête au sein de la GRC.

Les raisons susmentionnées démontrent clairement la nécessité d'adopter une approche distincte dans les affaires de terrorisme lorsque les personnes en cause sont des sources et des témoins susceptibles d'apporter leur aide

²²² Témoignage de Mark Lalonde, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8651-8652.

dans les enquêtes et les poursuites antiterroristes. Ces raisons démontrent également la nécessité de faciliter la coopération entre les organismes pour lutter efficacement contre le terrorisme.

8.6.7 Création d'un nouvel organisme pour gérer la protection des témoins : coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale

Selon des études récentes sur des questions liées à la protection des témoins, il serait préférable de créer un organisme distinct chargé de la gestion du PPT. Par exemple, le Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes a fait la recommandation suivante dans son rapport de mars 2008 :

[C]onfier la gestion du Programme de protection des témoins à un Bureau indépendant au sein du ministère de la Justice. Une équipe multidisciplinaire du Bureau, qui pourrait être constituée de policiers, de procureurs de la poursuite et de psychologues et/ou criminologues, possédant une cote de sécurité appropriée, devrait être chargée des décisions concernant l'admission des témoins et du suivi des ententes de protection. Les services policiers devraient quant à eux être chargés de l'évaluation de la menace, de la détermination du niveau de sécurité et de la mise en œuvre des mesures de protection²²³.

Le Comité a conclu qu'une équipe multidisciplinaire serait mieux placée pour « établir un juste équilibre entre l'intérêt du public en ce qui a trait au danger découlant de la participation d'un témoin au programme et l'intérêt de la poursuite dans une perspective policière²²⁴ ». Le Comité a évoqué le témoignage de Nick Fyfe, directeur de la Scottish Institute for Policing and Research et professeur de géographie humaine, qui a déclaré que « lorsque c'est ce genre de groupe qui prend ces décisions, un groupe légèrement à l'écart de la police, il a peut-être un point de vue plus indépendant et plus objectif pour décider qui doit être protégé et qui doit être exclu de ce genre de programmes²²⁵ ».

M. Yvon Dandurand, l'ancien policier Mark Lalonde et la doyenne Anne-Marie Boisvert ont également dit appuyer une réforme similaire à celle proposée par le Comité²²⁶. M. Dandurand a déclaré que la création d'un organisme indépendant améliorerait l'image et la crédibilité du PPT. Ainsi, les gens envisageant de collaborer à une enquête ou à une poursuite verraient immédiatement qu'ils ont affaire à un organisme dont le mandat est de les protéger, et non pas

223 Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 28.

224 Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 28.

225 Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 28.

226 Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8707-8708; voir aussi le témoignage de Mark Lalonde, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8652-8653, et le témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8745, 8765.

simplement de mener à bien une enquête. Selon lui, « au niveau des perceptions, c'est crucial²²⁷ ».

Confier la gestion des questions liées à la protection des témoins à un organisme distinct pourrait également servir à renforcer la crédibilité des témoins. Le fait qu'un témoin reçoive une somme d'argent pour l'aide fournie ou une allocation de subsistance à des fins de protection peut miner sa crédibilité au procès. La défense pourrait alléguer que le témoignage du témoin a été « acheté » par la police ou par le ministère public. Or, une telle allégation serait moins justifiée si un organisme indépendant décidait de l'indemnisation et des allocations à accorder. Cet organisme, dirigé par une personne ayant la confiance du public, pourrait être en mesure d'expliquer la nécessité de la protection, y compris, le cas échéant, les sommes globales octroyées. Le dirigeant de cet organisme devrait pouvoir parler ouvertement des situations difficiles vécues par certains témoins par suite d'une divulgation obligatoire dans le cadre d'un procès équitable ainsi que du caractère vital de l'apport des témoins du point de vue de l'intérêt public.

Devant la Commission, certaines parties ont rejeté l'idée d'un organisme distinct assurant la gestion de la protection des témoins. Par exemple, le commissaire adjoint Souccar a fait valoir que seule la police possède l'expérience et l'expertise voulues pour traiter et protéger les sources humaines et pour les admettre au PPT ou mettre fin à leur protection en vertu de ce programme²²⁸. Il a déclaré que le PPT devait être amélioré, mais qu'il fonctionnait bien. Dans ses observations finales, l'AIVFA reconnaît qu'il faut assurer l'indépendance des unités d'enquête et de protection, mais affirme qu'un organisme indépendant ne disposerait pas de l'expertise nécessaire et qu'il serait insensé de créer un tel organisme²²⁹.

Le raisonnement fondamental qui sous-tend les propositions visant à créer un nouvel organisme tient à la nécessité de séparer les décisions en matière de protection des témoins des décisions liées aux enquêtes et aux poursuites. Les décisions touchant la protection des témoins ont des conséquences directes qui vont au-delà du maintien de l'ordre, puisqu'elles touchent particulièrement les droits et les intérêts des témoins et, de façon plus générale, l'administration de la justice. Selon M^{me} Boisvert, il serait inopportun de laisser aux forces policières le soin exclusif de décider des témoins qui seront retenus et de la protection à leur offrir, le cas échéant :

Or, quand on veut instituer des procédures et utiliser les services d'un collaborateur pour qui le prix humain sera extrêmement lourd, une décision d'opportunité doit être prise sur la meilleure façon de servir la justice. Donc, on doit faire une analyse[...] coût-bénéfice, bien sûr, mais on doit faire une analyse aussi du coût humain et de l'impact sur

227 Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8735.

228 Témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8968-8969.

229 AIVFA Final Written Submission, p. 171-172.

l'administration de la justice que la décision aura. Et à mon avis, on ne peut pas laisser la décision uniquement aux corps de police. Les corps de police sont certainement des acteurs importants. Ils ont une expertise importante, mais il m'apparaît que ce n'est pas aux corps de police de déterminer à eux seuls si on va recourir aux services d'un témoin qu'on devra protéger puis si, éventuellement, on va instituer des procédures²³⁰.

La Belgique²³¹, l'Italie²³² et le Québec, entre autres, ont adopté des initiatives multidisciplinaires en matière de protection des témoins. Le Comité permanent de la sécurité publique et nationale a également appuyé une telle approche²³³.

Au Québec, depuis peu, les décisions concernant la protection des témoins ne relèvent plus de la Sûreté du Québec, même si celle-ci est toujours responsable de la protection physique. Les décisions portant sur les autres aspects de la protection relèvent maintenant d'un comité composé de quatre personnes représentant leur service respectif : le ministère de la Justice (Québec), un policier du service de police ayant recruté le témoin, un membre du ministère de la Sécurité publique et un membre de la Direction générale des services correctionnels²³⁴. Aucune poursuite ne pourra utiliser le témoignage d'un témoin « collaborateur » tant qu'un accord de protection n'aura pas été négocié avec le comité.

Les autorités susceptibles de détenir un intérêt et une expertise à l'égard des décisions touchant la protection des témoins dans les affaires de terrorisme sont, entre autres, la GRC, le SCRS, le conseiller à la sécurité nationale (Bureau du Conseil privé), le ministère fédéral de la Justice, représenté par le directeur des poursuites antiterroristes (poste dont la création est proposée), Sécurité publique Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, le Service correctionnel du Canada et, plus particulièrement dans le cadre des ententes internationales, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international.

²³⁰ Témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8765.

²³¹ En Belgique, la Commission de protection des témoins, un organisme indépendant composé du Procureur fédéral, d'un procureur du Roi, du directeur général de l'appui opérationnel, d'un représentant du ministère de la Justice et d'un représentant du ministère de l'Intérieur, décide de l'octroi, de la modification ou du retrait des mesures de protection et de l'aide financière. Voir Anne-Marie Boisvert, « La protection des collaborateurs de la justice : éléments de mise à jour de la politique québécoise », Sécurité publique Québec, juin 2005, p. 20, en ligne : <http://www.msp.gouv.qc.ca/police/publicat/boisvert/rapport_boisvert_2005.pdf> (consulté le 2 juin 2009).

²³² En Italie, il existe une commission de protection centrale des témoins qui prend les décisions sur proposition d'un procureur de confier un témoin à un programme de protection. La mise en œuvre pratique des programmes de protection y est toutefois assurée par le Service central de la protection des témoins relevant de la Direction centrale de la police criminelle au sein du Département de la sécurité publique. Anne-Marie Boisvert, « La protection des collaborateurs de la justice : éléments de mise à jour de la politique québécoise », p. 20.

²³³ Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 28.

²³⁴ Voir Anne-Marie Boisvert, « La protection des collaborateurs de la justice : éléments de mise à jour de la politique québécoise », p. 14.

Nommer un représentant pour chacun de ces organismes pour siéger à un comité ayant des pouvoirs décisionnels risque de rendre le processus excessivement laborieux et de créer des dangers, compte tenu de la rapidité avec laquelle les décisions doivent être prises dans ce type d'affaires. Par exemple, une enquête en matière de renseignement démontrant l'existence d'actes criminels devrait pouvoir rapidement être convertie en une enquête criminelle. En pareil cas, des arrangements pourraient devoir être conclus sans délai pour protéger les sources du SCRS. Même dans les situations où la Couronne ferait valoir le privilège relatif aux indicateurs de police ou d'autres privilèges, le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale devrait élaborer des plans d'urgence pouvant être mis en œuvre rapidement dans l'éventualité où des renseignements susceptibles de permettre d'identifier une source étaient révélés.

Pour que des mesures décisives puissent être prises rapidement, la Commission recommande la création d'un poste distinct, soit celui de coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale, pour traiter les questions liées à la protection des témoins dans les affaires de terrorisme. Dans la mesure du possible, cette personne devrait consulter étroitement les diverses autorités susmentionnées. Dans la plupart des cas, le coordonnateur devrait travailler de très près avec le SCRS, la GRC et les procureurs intéressés. Parallèlement, il serait important que le coordonnateur soit indépendant de ces organismes et que le pouvoir décisionnel final lui appartienne.

De façon générale, le coordonnateur serait amené à participer à une enquête antiterroriste lorsqu'il aurait été décidé d'entamer des poursuites exigeant la protection de témoins ou de sources. Dans certaines situations, le conseiller à la sécurité nationale²³⁵ aurait déjà examiné l'affaire attentivement et pourrait même avoir obtenu des avis impartiaux sur les options offertes en ce qui a trait à la protection des témoins. Dans les cas appropriés, le conseiller à la sécurité nationale pourrait décider, comme lors de l'enquête après l'attentat à la bombe, que des sources du SCRS doivent être mises à la disposition de la GRC.

Voici le mandat du coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale, tel qu'il est proposé :

- Évaluer les risques à l'égard des bénéficiaires éventuels résultant de la divulgation et des poursuites, et prendre des décisions concernant l'admission d'une personne au programme de protection des témoins et le niveau de protection requis;
- Travailler de concert avec les partenaires concernés au gouvernement fédéral, aux gouvernements provinciaux, dans le secteur privé et à l'échelle internationale afin de fournir aux

235

Comme il a été expliqué au chapitre II.

bénéficiaires une protection répondant à leur situation et à leurs besoins particuliers;

- Assurer une certaine continuité dans la gestion des sources et régler les différends entre organismes qui pourraient surgir lors des négociations ou de la mise en œuvre des accords de protection (cette fonction serait exercée en collaboration avec le conseiller à la sécurité nationale);
- Fournir aux bénéficiaires une assistance confidentielle, y compris un soutien psychologique et des conseils juridiques appropriés, pour éclairer leur décision de conclure ou non un accord de protection;
- Négocier les accords de protection, y compris le versement de sommes d'argent;
- Donner des conseils en matière d'orientation stratégique et de politique sur des questions liées à la protection, notamment en ce qui concerne la pertinence des programmes de collaboration internationale ou touchant les mineurs;
- Fournir un service d'arbitrage indépendant et confidentiel pour régler les différends pouvant survenir entre le bénéficiaire et les responsables du programme;
- Décider de mettre fin à la protection accordée à un bénéficiaire dans le cadre du programme;
- Agir à titre de ressource pour le SCRS, la GRC, le conseiller à la sécurité nationale et d'autres organismes concernés au sujet du traitement approprié des sources dans les poursuites antiterroristes et de la gestion de leurs attentes;
- Agir, s'il y a lieu, à titre de défenseur pour les témoins et les sources au sujet des questions de principe pouvant les toucher et faire valoir, au besoin, la nécessité de conclure des accords de protection des témoins dans des cas particuliers.

Le coordonnateur n'aurait pas la responsabilité de la protection physique des témoins. Cette fonction continuerait de relever de la GRC ou d'autres organismes concernés qui offrent des services de protection.

Le coordonnateur n'aurait pas la responsabilité du recrutement des sources, et il ne prendrait aucune décision concernant la coordination des services du renseignement et la pertinence des poursuites criminelles. De telles questions

relèveraient de la compétence du conseiller à la sécurité nationale et des autorités chargées des poursuites. Le coordonnateur pourrait toutefois suggérer au conseiller à la sécurité nationale et aux autorités chargées des poursuites d'autres mesures de protection possibles pour les témoins.

Le poste de coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale serait reconnu officiellement au moyen de modifications apportées à la *Loi sur le programme de protection des témoins*, ce qui signifierait que le commissaire de la GRC ne serait plus chargé de la gestion du programme de protection des témoins, du moins en ce qui a trait aux témoins dans les affaires liées à la sécurité nationale.

Le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale devrait être une personne estimée et indépendante, comme un juge à la retraite, choisie pour ses connaissances et son expérience en matière de droit pénal, de sécurité nationale et de protection des témoins. Il aurait la possibilité d'engager de vastes consultations, mais, au bout du compte, serait chargé de prendre des décisions finales et exécutoires en ce qui a trait à la protection des témoins dans les affaires de terrorisme.

Le coordonnateur devrait jouer le rôle d'arbitre impartial de l'intérêt public lorsque des différends surgissent entre les organismes de renseignement et les services de police. De façon tout aussi importante, le coordonnateur pourrait se faire l'écho des témoins et des sources dont la vie est profondément perturbée par les questions liées à leur protection. Enfin, le coordonnateur pourrait faire pression sur le gouvernement pour obtenir des ressources appropriées et la collaboration nécessaire. Il pourrait communiquer directement avec le conseiller à la sécurité nationale. Dans les cas où le conseiller à la sécurité nationale aurait pris une décision concernant le transfert d'une source anonyme du SCRS à la GRC, le coordonnateur travaillerait étroitement avec le SCRS et la GRC pour assurer une transition aussi harmonieuse que possible. Ce sont là les exigences minimales requises lorsque, dans les cas appropriés, des renseignements fournis par des sources confidentielles du SCRS doivent être convertis en preuve devant être présentée par un témoin dans le cadre d'une poursuite antiterroriste.

Bien qu'il soit appelé à consulter le SCRS, la GRC et le directeur des poursuites antiterroristes et à travailler étroitement avec eux, le coordonnateur devrait être indépendant de ces autorités. Cette indépendance lui permettrait de défendre les modalités du programme de protection dans l'intérêt public sans que l'on puisse lui reprocher d'avoir acheté un témoignage pour servir les fins de la police et des poursuivants.

Le coordonnateur devrait insister sur la nécessité de faire preuve de souplesse et de prendre rapidement des mesures décisives pour tout ce qui touche à la protection des témoins. Il ne devrait pas considérer la protection globalement, mais plutôt comme un processus sur mesure nécessitant un examen des particularités de chaque cas et la mise au point d'accords de protection réalistes et durables imposant le moins de contraintes possible au mode de vie des

témoins.

Les conditions de vie pour les bénéficiaires du PPT ne seront jamais faciles, et le coordonnateur devrait envisager les mesures de rechange possibles, comme l'envoi à l'étranger, le versement de sommes d'argent et des arrangements avec le secteur privé. De telles mesures pourraient, dans certains cas, s'avérer aussi efficaces pour la protection et la tranquillité d'esprit des témoins que leur admission à un programme draconien de protection des témoins. Le coordonnateur devrait prendre en compte les solutions de protection les moins contraignantes qui soient pour assurer une protection suffisante. Il devrait être innovateur et avoir une attitude interventionniste pour toute question liée à la protection des témoins.

Bien entendu, la GRC et le SCRS pourront toujours recruter leurs propres sources et agents. Toutefois, le coordonnateur, peut-être en consultation avec le directeur des poursuites antiterroristes (poste proposé), pourrait donner des indications aux organismes afin d'éviter que des responsables de cas aient des comportements inadéquats, par exemple en recourant à la supercherie, en demeurant insensibles aux problèmes des sources et des témoins et en faisant des promesses inappropriées ou irréalistes au sujet de l'anonymat. Le coordonnateur devrait également faire des analyses de cas afin de tirer leçon du passé et ainsi permettre aux organismes de prendre de meilleures décisions à l'avenir en matière de gestion des sources.

Puisque le secret est fondamental dans la lutte contre le terrorisme, le coordonnateur devra obtenir l'habilitation de sécurité voulue, tout comme les responsables qu'il consultera. Même si certains aspects des accords de protection des témoins pour ceux qui témoignent peuvent devoir être divulgués en vertu des vastes droits à la communication de la preuve reconnus dans l'arrêt *Stinchcombe*²³⁶, ou lorsque des dossiers sont détenus par des tiers suivant l'arrêt *O'Connor*²³⁷, d'autres questions peuvent relever du privilège relatif aux indicateurs de police, du privilège relatif à des questions d'intérêt public précises ou du privilège relatif à la sécurité nationale conformément aux articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. De plus, l'article 11 de la *Loi sur le programme de protection des témoins* interdit de communiquer, directement ou indirectement, des renseignements au sujet du lieu où se trouve un bénéficiaire, ancien ou actuel, ou de son changement d'identité, sous réserve d'exceptions limitées, comme lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu. En ce qui concerne le privilège relatif aux indicateurs de police, le coordonnateur devrait être considéré comme faisant partie des responsables de l'application de la loi, et il devrait être clair que la transmission de renseignements au coordonnateur n'anéantit pas en soi

236 [1991] 3 R.C.S. 326. Voir au chapitre V l'analyse de la portée de ces obligations de divulgation. Pour consulter un cas d'application de l'arrêt *Stinchcombe* en matière de protection des témoins, voir *R. v. McKay, Cantrill and Farago* 2002 ABQB 335.

237 [1995] 4 R.C.S. 411. Voir le chapitre V pour en savoir plus sur le processus visant à obtenir des dossiers d'un tiers qui n'est pas visé par l'arrêt *Stinchcombe*. Pour consulter un cas d'application de l'arrêt *O'Connor* en matière de protection des témoins, voir *R. v. James; R. v. Smith*, 2006 NSCA 57, 209 C.C.C. (3^e) 135.

la possibilité de revendiquer le privilège relatif aux indicateurs de police²³⁸.

L'attribution au coordonnateur du pouvoir de prendre des décisions en matière de protection des témoins permet d'éviter la lourde bureaucratie que supposerait la création d'un comité interdisciplinaire et interorganismes. Pour prendre des décisions éclairées, le coordonnateur devrait bien sûr consulter plusieurs organismes.

Tout régime conçu pour améliorer la protection des témoins doit pouvoir être appliqué de manière structurée et en temps voulu. Il doit prévoir des délais fixes pour la prise de décision. Les exigences du régime doivent être connues et généreuses. Il va sans dire que la GRC et le SCRS seraient les organismes les mieux placés pour diffuser cette information.

8.6.7.1 Le contrôle judiciaire des décisions du coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale

Le travail du coordonnateur pourrait, en l'absence d'une clause restrictive, être assujéti au contrôle judiciaire conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*²³⁹. Selon la Commission toutefois, la décision du coordonnateur d'admettre ou de refuser une personne dans le cadre du programme de protection des témoins ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Néanmoins, les différends entre les bénéficiaires et les gestionnaires du programme pourraient être assujéti à une certaine forme de contrôle judiciaire, mais uniquement une fois épuisés tous les recours aux processus d'arbitrage et de médiation internes et confidentiels.

8.6.7.2 La décision d'admettre ou de refuser une personne dans le cadre du programme de protection des témoins

L'admission au programme de protection des témoins devra faire progresser une enquête particulière et devra également être dans l'intérêt public. La seule façon d'évaluer adéquatement si l'admission est dans l'intérêt public consiste à prendre en compte un vaste ensemble d'intérêts à l'échelle du gouvernement, processus qui ne se prête guère au contrôle judiciaire.

Les divers intérêts en jeu varieront dans chaque cas et pour chaque demandeur. Un témoin de la GRC qui demande la protection peut avoir été une source du SCRS dans le passé, ce qui peut influencer sur la décision d'admettre cette personne au PPT. De fait, cela peut affecter sa capacité à devenir témoin. De plus, accorder une protection à un témoin qui est ciblé par un service étranger ou recherché par un organisme étranger d'application de la loi, ou qui pourrait en fin de compte être déménagé à l'extérieur du Canada pour sa protection, pourrait avoir

²³⁸ Voir aussi le chapitre IV, où l'on explique que la transmission de renseignements du SCRS aux responsables de l'application de la loi conformément à l'article 19 de la *Loi sur le SCRS* ne devrait pas, en soi, faire obstacle à la revendication subséquente du privilège relatif aux indicateurs.

²³⁹ L.R.C. 1985, c. F-7.

des répercussions internationales. Il peut parfois être nécessaire d'examiner l'étendue de la preuve que pourrait fournir le témoin, afin d'en déterminer la valeur pour la poursuite et de vérifier si elle pourrait révéler des renseignements sensibles.

Il devrait appartenir au coordonnateur de statuer sur la protection en tenant compte des exigences de l'enquête particulière et de l'incidence d'une telle décision sur divers intérêts. Cette décision doit être à l'abri de tout contrôle judiciaire et prise librement. Le pouvoir judiciaire ne fait pas partie de l'appareil d'investigation de l'État, sauf lorsqu'il s'agit de protéger les individus contre les excès de l'État²⁴⁰. En l'absence d'une possible atteinte constitutionnelle, les cours de justice ne devraient pas réviser les décisions portant sur la manière de mener une enquête.

L'admission à un programme de protection des témoins n'est pas un droit. La décision d'admettre une personne ne fait pas intervenir de questions constitutionnelles. C'est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire de l'État.

Certes, certaines personnes ayant fait une demande seront déçues de ne pas être admises au PPT. Toutefois, ce refus ne devrait pas faire naître un droit légal de contester la décision. Les raisons du refus sont souvent liées à des considérations stratégiques de sécurité nationale qui ne peuvent et ne doivent pas être divulguées à la personne non admise. Ceci n'a rien de commun avec un avantage offert par l'État conférant un certain « droit ». Ce programme se veut un outil d'appui aux enquêtes touchant la sécurité nationale. Dans ce contexte, il est évident que le mécanisme du contrôle judiciaire est inadéquat.

Pour ces raisons, on devrait prévoir une clause restrictive interdisant le contrôle judiciaire et les appels des décisions du coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale d'admettre ou de refuser une personne dans le cadre du programme de protection des témoins.

8.6.7.3 Le règlement des différends

Une fois admis au programme de protection des témoins, le bénéficiaire doit s'entendre avec les responsables sur les modalités de la protection. Ces modalités détermineront les obligations et les droits respectifs du bénéficiaire et des responsables du programme, soit la GRC dans la plupart des cas.

Pendant la durée de la protection, des différends peuvent survenir entre la GRC et le bénéficiaire. Il doit donc exister un mécanisme pour régler la myriade de questions susceptibles de se poser. Il est logique que le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale ou une personne mandatée par celui-ci, et non les tribunaux, soit chargée de gérer ces différends. Le

²⁴⁰ C'est là la justification constitutionnelle de l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire préalable à l'égard des atteintes à la vie privée. Certes, ce sont les cours de justice qui décident si l'État aura le droit d'utiliser l'outil d'enquête qui portera atteinte à la vie privée (par exemple, un mandat de perquisition). Toutefois, c'est le corollaire de la protection du droit de l'individu à la vie privée.

coordonnateur pourrait vouloir déléguer la prise de décisions contraignantes à un tiers pour être en mesure d'agir lui-même à titre d'ombudsman ou de médiateur à l'égard des différends opposant la GRC et le bénéficiaire.

Dans la mesure du possible, il est important d'assurer une continuité dans le processus de règlement des différends. La même personne devrait résoudre tous les différends entre un bénéficiaire donné et la GRC. La continuité permet de faire en sorte que les différends soient examinés non seulement en fonction de la situation en cours, mais également en fonction de l'historique du dossier, assurant ainsi la viabilité à long terme de la protection. Pour cette raison, tous les bénéficiaires devraient accepter que l'ensemble des différends soient traités dans une première étape par le coordonnateur ou la personne qu'il mandate.

Le coordonnateur devrait avoir le pouvoir de déterminer le processus de règlement des différends qui sera utilisé. Le processus devrait être souple, sans formalité et semblable à celui des tribunaux. Compte tenu des intérêts en jeu, le recours à l'arbitrage privé pour régler un différend est la façon la plus appropriée d'assurer la représentation des divers intérêts et la résolution des questions. La confidentialité sera souvent nécessaire pour assurer la sécurité du bénéficiaire et pour protéger l'intérêt de l'État à l'égard des renseignements sensibles.

Le bénéficiaire doit bénéficier de mesures de protection suffisantes et efficaces. Il devrait à tout le moins être représenté par un avocat, au besoin, et avoir la possibilité de se faire entendre, ce qui comprend le droit de présenter des renseignements justificatifs. Si le bénéficiaire n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat, le gouvernement fédéral devrait payer les frais juridiques conformément aux directives du Conseil du Trésor.

Étant donné que ce processus soulève des questions liées à la détermination des droits et obligations, il convient que les décisions en matière de règlement de différends rendues par le coordonnateur ou son mandataire soient susceptibles de contrôle judiciaire par la Cour fédérale conformément à l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La Cour déterminerait la nature du contrôle, mais elle devra faire preuve d'une grande retenue à l'égard du processus d'arbitrage établi par le coordonnateur. En matière de protection, le coordonnateur aurait une expertise apparentée à celle de plusieurs tribunaux spécialisés relevant de la compétence du gouvernement fédéral. Il est important que le coordonnateur ait la latitude voulue pour élaborer le processus et que celui-ci ne soit pas entravé par des règles de preuve. Dans cet esprit, il sera plus facile d'harmoniser les objectifs du programme de protection des témoins et les préoccupations raisonnables des bénéficiaires. Toutefois, le contrôle judiciaire est un mécanisme approprié comme rempart ultime pour assurer le respect des droits des parties.

Recommandation 24:

Un nouveau poste devrait être créé, soit celui de coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale. Le rôle du coordonnateur serait de statuer sur les questions touchant la protection des témoins dans le cadre d'enquêtes et de poursuites antiterroristes et de gérer la protection des témoins dans les affaires où la sécurité nationale est en cause. La création d'un tel poste

nécessitera la modification de la *Loi sur le programme de protection des témoins*.

Le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale devrait être indépendant de la police et de la poursuite. Il devrait avoir la confiance du public et détenir une expérience en matière de justice pénale, de sécurité nationale et de protection des témoins.

Lorsque l'affaire s'y prête, le coordonnateur devrait consulter l'une ou l'autre des autorités suivantes au sujet des questions liées à la protection des témoins et des sources : la GRC, le SCRS, le conseiller à la sécurité nationale (Bureau du Conseil privé), le ministère fédéral de la Justice, représenté par le directeur des poursuites antiterroristes (poste dont la création est proposée), Sécurité publique Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et le Service correctionnel du Canada. En règle générale, le coordonnateur travaillerait étroitement avec le SCRS et la GRC pour assurer le transfert sans heurt des sources humaines entre les deux organismes.

Voici le mandat du coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale, tel qu'il est proposé :

- Évaluer les risques à l'égard des bénéficiaires éventuels résultant de la divulgation et des poursuites, et prendre des décisions concernant l'admission d'une personne au programme de protection des témoins et le niveau de protection requis;
- Travailler de concert avec les partenaires concernés au gouvernement fédéral, aux gouvernements provinciaux, dans le secteur privé et à l'échelle internationale afin de fournir aux bénéficiaires une protection répondant à leur situation et à leurs besoins particuliers;
- Assurer une certaine continuité dans la gestion des sources et régler les différends entre organismes qui pourraient surgir lors des négociations ou de la mise en œuvre des accords de protection (cette fonction serait exercée en collaboration avec le conseiller à la sécurité nationale);
- Fournir aux bénéficiaires une assistance confidentielle, y compris un soutien psychologique et des conseils **juridiques** appropriés, pour éclairer leur décision de conclure ou non un accord de protection;
- Négocier les accords de protection, y compris le versement de sommes d'argent;
- Donner des conseils en matière d'orientation stratégique et de politique sur des questions liées à la protection, notamment en

ce qui concerne la pertinence des programmes de collaboration internationale ou touchant les mineurs;

- Fournir un service d'arbitrage indépendant et confidentiel pour régler les différends pouvant survenir entre le bénéficiaire et les responsables du programme;
- Décider de mettre fin à la protection accordée à un bénéficiaire dans le cadre du programme;
- Agir à titre de ressource pour le SCRS, la GRC et d'autres organismes concernés au sujet du traitement approprié des sources dans les enquêtes antiterroristes et de la gestion de leurs attentes;
- Agir, s'il y a lieu, à titre de défenseur pour les témoins et les sources au sujet des questions de principe pouvant les toucher et faire valoir, au besoin, la nécessité de conclure des accords de protection des témoins dans des cas particuliers.

Le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale n'aurait pas la responsabilité de la protection physique des témoins. Cette fonction demeurerait, là où il y a lieu, la responsabilité de la GRC ou d'autres organismes publics ou privés, qui offriraient des services de protection appropriés et qui accepteraient de soumettre tout différend au responsable de l'arbitrage confidentiel mandaté par le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale.

8.6.8 Autres questions liées à la protection des témoins dans les affaires de terrorisme

8.6.8.1 Accords internationaux

Le déménagement ailleurs au Canada peut constituer une mesure de protection insuffisante pour certains témoins. La LPPT permet au ministre de la Sécurité publique de conclure un arrangement réciproque avec un gouvernement étranger pour permettre à un témoin d'être réinstallé dans cet État²⁴¹. En avril 2007, deux arrangements réciproques ont été conclus avec des gouvernements étrangers et, en juin 2007, deux autres ont été conclus avec des tribunaux internationaux²⁴². Toutefois, le commissaire adjoint Souccar a déclaré que la superficie du Canada permet de [traduction] « réinstaller et d'assurer relativement bien la sécurité d'une personne au Canada ». Il est par ailleurs

²⁴¹ *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 14(2).

²⁴² Pièce P-274, onglet 5, lettre du 27 juin 2007, signée au nom de M^{me} Beverley A. Busson, GRC, à M. Gary Breitreuz, président, Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes, p. 1. Le paragraphe 14(3) de la *Loi sur le programme de protection des témoins* permet au ministre de la Sécurité publique de conclure un arrangement avec un tribunal pénal international.

plus commun qu'un pays étranger demande de transférer ses bénéficiaires au Canada²⁴³. En date de juin 2007, 27 bénéficiaires étrangers avaient été admis au PPT du Canada.

Lorsqu'un témoin canadien est admis dans un programme étranger de protection des témoins, le PPT ne peut s'occuper de ses préoccupations en matière de sécurité comme si celui-ci était au Canada. Par conséquent, les responsables du PPT doivent avoir confiance dans le programme étranger avant de déménager un témoin²⁴⁴. Selon M. Dandurand, il est difficile d'évaluer la fiabilité des forces policières, des programmes et des fonctionnaires d'autres pays, mais la GRC dispose d'agents de liaison à l'étranger qui devraient être en mesure d'aider²⁴⁵.

Fort probablement, le déménagement d'un témoin à l'étranger sera envisagé uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Puisqu'on peut avoir besoin du témoin lors de la préparation du procès et pour témoigner, et ce, pendant plusieurs années, son déménagement à l'étranger durant cette période ne serait pas commode. Pour les bénéficiaires canadiens, l'adaptation dans un autre pays pourrait être encore plus difficile qu'ailleurs au Canada. De plus, le transfert d'un bénéficiaire entraîne certaines difficultés administratives. Néanmoins, la réinstallation à l'étranger demeure une mesure possible et a été utilisée dans plusieurs cas.

Si le ministre de la Sécurité publique conclut des arrangements avec d'autres gouvernements étrangers, les bénéficiaires canadiens bénéficieront d'un éventail de possibilités de réinstallation plus important. Cet avantage toucherait plus particulièrement les bénéficiaires venant de certaines communautés ethniques, culturelles ou religieuses, qui auront ainsi plus de chance de trouver un milieu dans lequel ils seront à l'aise. Pour cette raison, la Commission encourage le ministre de la Sécurité publique à examiner plus avant la possibilité de conclure d'autres arrangements internationaux en vertu de l'article 14 de la LPPT.

8.6.8.2 Conseils juridiques indépendants pour les bénéficiaires

Les témoins qui négocient leur admission au PPT se trouvent souvent dans une situation d'infériorité puisque leur sécurité dépend grandement de la protection que le programme peut leur offrir²⁴⁶. Ils sont souvent effrayés par les menaces qui planent sur eux et, parfois, ils ne comprennent pas tout à fait en quoi leur admission au PPT changera leur vie. Compte tenu de leur situation, les témoins peuvent se sentir obligés d'accepter l'accord de protection qui leur est présenté, et oublier de poser des questions importantes concernant leurs droits et obligations et les obligations des tiers.

M. Souccar a déclaré dans son témoignage que les mesures de protection offertes par le PPT ne peuvent être révisées à la baisse puisqu'il faut assurer

²⁴³ Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8938; témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8977-8978.

²⁴⁴ Témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8977-8978.

²⁴⁵ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8697-8698.

²⁴⁶ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8701.

la sécurité du bénéficiaire. Toutefois, plusieurs autres aspects de la protection peuvent être négociés²⁴⁷, par exemple les conditions de vie du bénéficiaire²⁴⁸, les lieux de déménagement²⁴⁹, les droits de visite et la fréquence des visites familiales²⁵⁰ ainsi que le nombre de membres d'une famille pouvant être admis au PPT²⁵¹.

Plusieurs témoins devant la Commission ont demandé à ce que les bénéficiaires aient accès aux services d'un conseiller juridique indépendant²⁵². Dans son rapport de mars 2008, le Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes a tiré une conclusion similaire²⁵³.

Certains responsables ont affirmé devant la Commission que des conseils juridiques indépendants étaient offerts aux bénéficiaires éventuels, contrairement aux conclusions du sondage²⁵⁴ mené par la Commission (avec l'aide de la GRC) auprès des bénéficiaires et aux récentes conclusions du Comité permanent de la sécurité publique et nationale. Le rapport du Comité permanent révèle qu'actuellement, les bénéficiaires éventuels qui négocient un accord de protection avec la GRC pour leur propre compte et pour le compte de leur famille ne se font pas offrir les services d'un avocat²⁵⁵. De plus, la Commission a examiné plusieurs versions de l'accord de protection modèle²⁵⁶. Une seule des versions prévoyait la possibilité pour le bénéficiaire de recourir à un conseiller juridique indépendant. Aucune entente ne contenait de clause demandant au bénéficiaire d'indiquer qu'il avait reçu ou refusé de tels conseils.

Les responsables du PPT devraient veiller à ce que tout bénéficiaire éventuel soit informé par écrit, autant que faire se peut, de la possibilité et de l'importance d'obtenir des conseils juridiques indépendants, et expliquer que le PPT paiera les frais afférents²⁵⁷. En outre, les accords de protection du PPT devraient être révisés et inclure une clause, qui devra être signée par le bénéficiaire, indiquant qu'il a été avisé de la possibilité de recourir aux services d'un conseiller juridique

247 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8924-8925.

248 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9810.

249 Témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8950.

250 Témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9775.

251 Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8908.

252 Témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8761; voir également le témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8700-8701.

253 Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 30.

254 Les conclusions de ce sondage sont examinées ci-dessus. Quelque 62 p. 100 des répondants ont déclaré qu'on ne leur a jamais offert la possibilité d'obtenir des conseils juridiques indépendants lors de la négociation de leur accord de protection.

255 Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 27.

256 Voir les pièces P-273, onglet 1 et P-274, onglets 3, 7, 8.

257 Le Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes a proposé des mesures similaires en recommandant de « modifier la *Loi sur le programme de protection des témoins* de sorte que les candidats potentiels se voient offrir systématiquement l'aide d'un conseiller juridique, possédant une cote de sécurité appropriée, lors des négociations entourant leur admission au Programme de protection des témoins et la signature du contrat de protection. Les honoraires du conseiller juridique devraient être pris en charge par le Bureau indépendant chargé de la protection des témoins du ministère de la Justice ». Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 30.

indépendant et qu'il a reçu ou refusé de tels conseils.

Il peut également être nécessaire d'exiger que l'avocat obtienne une attestation de sécurité, puisqu'il est probable qu'il aura besoin d'avoir accès à des renseignements protégés par le privilège relatif à la sécurité nationale afin de conseiller les bénéficiaires en toute connaissance de cause.

Le recours à des conseils juridiques indépendants pourrait également être justifié pour d'autres ententes concernant des témoins à risque, comme les décharges et conventions d'indemnisation, et serait utile aussi dans les cas où on décide de mettre fin à la participation au PPT, particulièrement si cela menace la sécurité des bénéficiaires.

8.6.8.3 Évaluations psychologiques

Plusieurs représentants de la GRC²⁵⁸ ont parlé des difficultés d'ordre psychologique qu'engendre le mode de vie imposé par le PPT. De plus, selon M. Dandurand, d'après des recherches limitées sur ce sujet, les bénéficiaires se sentent souvent [traduction] « déprimés et découragés, et ont beaucoup de difficulté à s'adapter ». C'est pour cette raison, dit-il, que plusieurs bénéficiaires se retirent du PPT²⁵⁹.

Les évaluations psychologiques peuvent servir à évaluer la capacité du bénéficiaire à s'adapter aux conditions rigoureuses du PPT, ainsi qu'à déceler les signes de dépression, la présence d'idées suicidaires et les problèmes de toxicomanie. Au besoin, le PPT offre un soutien psychologique aux bénéficiaires après leur admission. Toutefois, les évaluations psychologiques avant l'admission ne sont pas aussi fréquentes qu'elles le devraient. L'article 7 de la LPPT oblige le commissaire de la GRC à considérer certains facteurs pour désigner tout bénéficiaire du PPT, dont « sa capacité à s'adapter au programme eu égard à sa maturité, son jugement ou ses autres caractéristiques personnelles ainsi qu'à ses liens familiaux »²⁶⁰. La preuve démontre que les coordonnateurs du PPT effectuent cette évaluation eux-mêmes²⁶¹, plutôt que de s'en remettre à des psychologues ou à des psychiatres. Par ailleurs, il n'y a pas de psychologues parmi le personnel du PPT.

Dans son rapport de mars 2008, le Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes recommande de modifier la LPPT de façon à ce qu'une évaluation psychologique des candidats de plus de 18 ans, y compris les membres de leur famille, soit systématiquement effectuée avant l'admission du candidat au programme, principalement lorsqu'un changement

²⁵⁸ Voir, par exemple, le témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 69, 30 octobre, p. 8794. Voir également le témoignage de Régis Bonneau, vol. 77, 16 novembre, p. 9764-9765.

²⁵⁹ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8681-8682.

²⁶⁰ *Loi sur le programme de protection des témoins*, art. 7e).

²⁶¹ Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8915. L'ancien coordonnateur du PPT, M. Geoffrey Fisby, a dit qu'il réalisait lui-même ces évaluations, mais qu'au besoin il avait accès aux services d'un psychologue (témoignage de Geoffrey Frisby, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8800).

d'identité est envisagé comme mesure de protection²⁶².

Cette recommandation est logique. Dans les enquêtes et poursuites antiterroristes, des évaluations psychologiques pourraient aider le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale à prendre des décisions concernant l'admission des bénéficiaires éventuels au PPT. De telles évaluations pourraient également aider à concevoir des mesures de protection adaptées aux besoins individuels de chaque témoin. Il ne faut pas oublier que les évaluations peuvent renfermer des renseignements pertinents devant être divulgués à l'accusé s'ils sont liés au témoignage du témoin et qu'ils ne font pas partie d'une catégorie d'exemptions.

8.6.8.4 Les témoins mineurs

À ce jour, tous les mineurs admis au PPT l'ont été à titre de membre d'une famille d'un bénéficiaire adulte. Le bénéficiaire adulte signe l'accord de protection pour les enfants mineurs qui sont admis. Cependant, le processus actuel d'admission au PPT et les politiques de la GRC ne prévoient rien pour les mineurs qui sont admis au programme à titre de bénéficiaires individuels. Même si cette situation ne s'est pas encore présentée, il se peut que tôt ou tard le témoin clé à protéger dans une affaire de terrorisme soit un mineur.

M. Dandurand a affirmé que la question des mineurs à titre de bénéficiaires individuels est un point sur lequel le Canada et les pays étrangers se sont très peu attardés. Selon lui, cette situation est largement attribuable au fait que les grandes affaires de drogue et de crime organisé, qui ont beaucoup contribué à l'essor des programmes de protection des témoins, ne concernent généralement pas des témoins mineurs. Toutefois, à son avis, les enquêtes et les poursuites antiterroristes sont plus susceptibles de toucher des mineurs²⁶³. Par exemple, quatre des conspirateurs initiaux présumés dans le cadre de la poursuite antiterroriste en cours à Toronto étaient des mineurs²⁶⁴, tout comme la personne ayant été déclarée coupable. Les indicateurs possédant des renseignements sur des accusés mineurs peuvent également être des mineurs. De plus, un conspirateur présumé qui est mineur pourrait choisir de témoigner contre ses congénères. Dans les deux cas, ces mineurs pourraient devoir être protégés.

Si un mineur décidait d'aider les autorités à enquêter sur des membres de sa famille, voire même ses parents, on ne pourrait pas considérer que les parents agissent au mieux des intérêts du mineur en matière de protection des témoins. Il serait nécessaire de mettre en œuvre un processus permettant à une autorité autre que les parents de prendre les décisions au nom du mineur. D'autres questions surgissent lorsqu'un mineur devient un témoin dans une poursuite antiterroriste :

²⁶² Rapport de la Chambre des communes sur le Programme de protection des témoins, p. 29.

²⁶³ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8701-8702.

²⁶⁴ *R. v. N.Y.*, décision non publiée, 25 septembre 2008 (Ont. Sup. Ct.), dossier n° YC-07-1587. Insérer la référence de la cour lorsqu'elle sera disponible.

- Un mineur peut-il décider lui-même de coopérer avec les autorités et d'adhérer au PPT? Le tuteur d'un mineur, ou même les organismes de services à la jeunesse, peut-il empêcher le mineur d'adhérer au PPT ou le forcer à y adhérer?
- La législation provinciale portant sur la protection de la jeunesse, qui diffère d'une province à l'autre, pourrait-elle également imposer des exigences différentes en ce qui a trait au traitement des témoins mineurs?

Plusieurs témoins ont demandé devant la Commission que les méthodes utilisées pour traiter les témoins mineurs soient examinées²⁶⁵. Comme il a été recommandé précédemment, le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale serait chargé de donner des conseils stratégiques pour guider le SCRS, les forces policières, les procureurs du ministère public et les responsables du PPT dans le traitement des témoins mineurs. Le coordonnateur devrait être mesure de consulter les responsables compétents à ce sujet, y compris les autorités provinciales chargées de la protection de l'enfance.

8.6.8.5 Les collaborateurs détenus

Certaines personnes obtiennent des renseignements sur des groupes ciblés en participant à leurs activités illégales. Ce sont eux-mêmes des criminels et ils sont désignés en l'espèce comme des « collaborateurs ». En raison de leurs activités criminelles, ces collaborateurs peuvent se trouver devant la perspective d'une peine d'emprisonnement ou purger déjà une peine. S'ils ont été condamnés à une peine de deux ans ou plus, les collaborateurs incarcérés (« collaborateurs détenus ») purgent leur peine sous la supervision du Service correctionnel du Canada (SCC).

La Commission a entendu en témoignage que les collaborateurs détenus qui témoignent contre leur organisation sont généralement méprisés par les autres détenus. Ces collaborateurs risquent réellement d'être blessés grièvement ou tués en prison²⁶⁶. Selon M. Pierre Sangollo, directeur du renseignement et gestionnaire national de projet, Sécurité publique, les collaborateurs peuvent être exposés à un risque encore plus important s'ils témoignent contre une organisation terroriste internationale. Cette situation est attribuable au fait que d'autres détenus inconnus du collaborateur qui sont des sympathisants à la cause risquent de cibler ce dernier pour avoir agi contre la philosophie de l'organisation²⁶⁷.

Selon la preuve soumise à la Commission, les chances qu'un collaborateur

²⁶⁵ Voir, par exemple, le témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8701. Voir également le témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8776-8777.

²⁶⁶ Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9835. Voir également le témoignage de Michael Bettman, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9842-9843.

²⁶⁷ Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9824.

demeure anonyme durant son incarcération sont extrêmement faibles²⁶⁸. De plus, le risque de représailles étant apparemment plus élevé dans le milieu du terrorisme, la situation pour les collaborateurs détenus liés à des affaires de terrorisme est très dangereuse.

À l'heure actuelle, on recourt en général à l'isolement préventif pour protéger les collaborateurs détenus²⁶⁹.

L'objectif du SCC est de trouver le milieu le moins restrictif possible pour les collaborateurs détenus. Les détenus qui se trouvent dans un milieu moins restrictif ont un meilleur accès aux programmes, à l'emploi et à l'éducation et peuvent évoluer en suivant leur plan correctionnel²⁷⁰. Toutefois, lorsque l'anonymat n'est plus possible, l'isolement est le seul moyen d'assurer la protection des collaborateurs détenus²⁷¹. En raison du risque élevé d'identification, les collaborateurs passent souvent directement d'une unité d'isolement dans un centre de réception à une unité d'isolement dans un pénitencier. La preuve soumise à la Commission démontre clairement que, puisque les collaborateurs doivent souvent être isolés, leurs conditions de détention sont moins bonnes que celles de l'ensemble des autres détenus²⁷².

Dans certaines situations, les collaborateurs témoignent avant que leur procès n'ait lieu. En pareil cas, ils sont détenus dans des établissements locaux provinciaux avant de témoigner²⁷³ et deviennent la responsabilité du SCC seulement lorsqu'ils sont déclarés coupables. Cependant, M. Sangollo a souligné que, de plus en plus, les collaborateurs plaident coupable et sont condamnés à une peine d'emprisonnement avant de témoigner. De cette façon, ils peuvent relever du SCC (si la peine d'emprisonnement est de deux ans ou plus) et recevoir une protection du SCC beaucoup plus rapidement qu'autrement. Ainsi, en plus de protéger ceux qui ont déjà témoigné, le SCC doit souvent protéger ceux qui n'ont pas encore été entendus. Selon M. Sangollo, cette situation alourdit considérablement la tâche du SCC ainsi que l'accès aux ressources et aux programmes²⁷⁴. En outre, puisque le ministère public voudra communiquer avec ses témoins avant et pendant le procès, il est impossible de déménager les collaborateurs détenus dans une autre région ou province. Les procès antiterroristes peuvent être longs²⁷⁵, et plusieurs années peuvent

268 Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9834.

269 Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9869; témoignage de Michael Bettman, vol. 77, 17 novembre 2007, 2007, p. 9829, 9838.

270 Témoignage de Michael Bettman, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9844.

271 Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9836-9837. Cette opinion est partagée par Michael Bettman (témoignage de Michael Bettman, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9838).

272 Par exemple, M. Dandurand a laissé entendre que les collaborateurs doivent souvent purger leur peine complète en isolement et dans des conditions très difficiles, particulièrement sur le plan psychologique (témoignage de Yvon Dandurand, vol. 68, 29 octobre 2007, p. 8689). Selon M^{me} Boisvert, le résultat net est que les collaborateurs détenus sont systématiquement moins bien traités que les gens qu'ils ont servi à faire condamner (témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8767).

273 Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9819-9820.

274 Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9820-9821.

s'écouler avant que les collaborateurs ne témoignent. Au cours de cette période, le SCC ne pourra pas transférer un détenu dans un milieu moins restrictif, et celui-ci sera alors laissé en isolement.

Malheureusement, il en résulte qu'un témoin important dans une affaire de terrorisme risque d'être détenu en isolement au moment même où la police et le ministère public ont besoin de son entière collaboration. Il s'agit d'une situation présentant de nombreuses difficultés, puisque les collaborateurs qui sont isolés et qui ne peuvent participer aux programmes des prisons pourraient refuser de collaborer davantage. Dans la plupart des cas, le détenu a déjà plaidé coupable et a été condamné à une peine d'emprisonnement, de sorte qu'il peut croire qu'il n'a rien à perdre et tout à gagner en cessant de coopérer. M. Souccar a insisté sur ce point, affirmant qu'un individu est moins enclin à aider les autorités policières s'il est désavantagé du fait de sa coopération²⁷⁶. Selon M^{me} Boisvert, la perception selon laquelle le traitement accordé aux collaborateurs est pire que pour les autres détenus garantit l'échec du système à long terme²⁷⁷.

Compte tenu de l'importance des collaborateurs dans le cadre des enquêtes et poursuites antiterroristes, il faut prendre le plus grand soin pour éviter de les dissuader d'aider les autorités. Des témoins qui ont été entendus devant la Commission ont proposé différents moyens de prévenir l'hostilité des collaborateurs détenus en améliorant leurs conditions de détention. Voici quelques-uns de ces moyens :

- Transférer les collaborateurs dans d'autres pénitenciers canadiens ou dans d'autres établissements dans des pays étrangers;
- Construire un pénitencier ou un établissement approprié servant exclusivement aux collaborateurs;
- Créer une aile spéciale pour les collaborateurs dans un plus grand pénitencier;
- Créer une section spéciale dans le centre d'une base militaire;
- Transporter les collaborateurs détenus à l'extérieur des pénitenciers afin qu'ils participent à des programmes de réhabilitation²⁷⁸.

Les collaborateurs méritent clairement un traitement qui, dans la mesure du possible eu égard à leurs besoins en protection, est comparable à celui des autres

²⁷⁵ Pour de plus amples détails à ce sujet, voir le chapitre IX.

²⁷⁶ Témoignage de Raf Souccar, vol. 71, 1^{er} novembre 2007, p. 8953-8954. Ce point a été concédé par le procureur général du Canada. Voir les Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 195 : « En ce qui concerne les témoins en détention, nous estimons que les conditions de détention difficiles auxquelles ils pourraient être exposés pourraient les décourager à coopérer. »

²⁷⁷ Témoignage d'Anne-Marie Boisvert, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8769.

²⁷⁸ Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9864. Voir également le témoignage de Michael Bettman, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9844-9845, 9878.

détenus. Ils ont également droit aux mêmes chances d'obtenir une libération conditionnelle. Parallèlement, il est important d'éviter d'accorder un traitement préférentiel aux collaborateurs, puisqu'on pourrait reprocher aux autorités d'avoir « acheté » leur témoignage, ce qui pourrait nuire à leur crédibilité à titre de témoins.

Compte tenu de la gamme de solutions possible, de la complexité des questions liées aux collaborateurs détenus et du nombre d'organismes ayant un intérêt à cet égard, on a proposé la création d'un comité interministériel pour évaluer les mesures de protection possibles²⁷⁹. Les organismes fédéraux comme le SCC, le procureur général du Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, la GRC et le SCRS ont tous un intérêt à participer à ce comité. À ce propos, le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale serait bien placé pour entendre et gérer efficacement les préoccupations de ces organismes et des collaborateurs détenus.

8.6.8.6 Investigations

Le *Code criminel* a été modifié en 2001 de façon à permettre la tenue d'investigations dans le cadre d'une « enquête relative à une infraction de terrorisme²⁸⁰ ». La disposition prévoyant la tenue d'investigations a expiré en 2007 en raison de la « disposition de temporarisation²⁸¹ » figurant dans la *Loi antiterroriste*²⁸². Toutefois, le projet de loi S-3 proposait de rétablir les mesures d'investigations dans le *Code criminel*²⁸³. Ce projet de loi est mort au feuillet en raison de l'annonce des élections fédérales d'octobre 2008, mais il a été déposé encore une fois à la Chambre des communes comme projet de loi C-19 en mars 2009. Suivant cette perspective, l'examen qui suit vise à donner quelques précisions sur ce processus.²⁸⁴

En vertu de la disposition du *Code criminel*, un agent de la paix, avec le consentement du procureur général du Canada ou d'un procureur général d'une province, pourrait présenter à un juge une requête visant à recueillir des renseignements auprès d'une personne donnée. Si le juge décidait de tenir une audience, il aurait le pouvoir de contraindre une personne à témoigner. L'article 83.29 du *Code criminel* prévoyait les moyens de contraindre la personne à comparaître et à coopérer.

La seule fois où l'on a tenté de tenir des investigations a été lors du procès Air India; la Cour suprême du Canada a confirmé leur constitutionnalité²⁸⁵. La Cour

²⁷⁹ Témoignage de Pierre Sangollo, vol. 77, 16 novembre 2007, p. 9864-9865. Dans ses conclusions finales, le procureur général du Canada a souligné qu'il était en faveur de la création d'un comité interministériel pour étudier les différentes solutions qui pourraient être mises en œuvre pour ces personnes, dont le transfert des collaborateurs détenus dans d'autres pays. Voir les Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, para. 195. Aucune autre partie ni aucun intervenant n'a présenté d'observations sur la protection des collaborateurs détenus.

²⁸⁰ *Code criminel*, art. 83.28(2).

²⁸¹ *Code criminel*, art. 83.32.

²⁸² L.C. 2001, c. 41.

²⁸³ *Loi modifiant le Code criminel (investigation et engagement assorti de conditions)*, 2^e session, 39^e législature, 2007-2008.

²⁸⁴ *Loi modifiant le Code criminel (investigation et engagement assorti de conditions)*, 2^e session, 40^e législature, 2009.

a également conclu que puisqu'il s'agit d'investigations judiciaires, il existe une présomption de publicité à leur égard²⁸⁶.

Les témoins qui sont contraints de témoigner dans les investigations sont susceptibles d'être victimes de menaces, d'intimidation et de représailles semblablement à ceux qui témoignent dans des procès criminels ou qui aident autrement les autorités. Il est peu probable qu'une organisation terroriste considère un témoin contraint à témoigner dans une investigation avec plus d'indulgence que s'il avait témoigné au procès. Dans son rapport de recherche, M. Dandurand a souligné qu'il n'était pas convaincu que le simple fait qu'une personne soit contrainte de témoigner soit suffisant pour la protéger des menaces et des représailles²⁸⁷. Il a confirmé sa position dans son témoignage²⁸⁸.

Le surintendant de la GRC, M. Michel Aubin, a déclaré que la police pourrait demander à ce que les personnes qui ont été contraintes à témoigner lors d'investigations soient admises au PPT²⁸⁹. De plus, il a dit que la GRC pourrait faire une évaluation des menaces à ce stade²⁹⁰. Le commissaire adjoint Souccar a confirmé que la GRC adopterait la même approche proactive pour définir les menaces à l'égard des témoins contraints à témoigner qu'à l'égard des autres témoins. Il a ajouté que les enquêteurs de la GRC ont généralement [traduction] « une bonne idée de la personne faisant l'objet de l'enquête » et que « si cette personne était menacée », les enquêteurs « agiraient de manière préventive, et l'aviseraient ou mettraient en œuvre des mesures ». M. Souccar n'a pas écarté la possibilité que la GRC procède à une évaluation des menaces pour le témoin, le cas échéant²⁹¹.

Les témoins contraints à témoigner dans des investigations répondent vraisemblablement à la définition large donnée au mot « témoin » à l'article 2 de la LPPT, et pourraient donc être admis au PPT si la police le recommandait. Suivant les propositions examinées précédemment, le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale donnerait son avis sur les questions liées à la protection des témoins dans le cadre d'investigations, y compris l'évaluation de toute répercussion dommageable qu'un témoignage forcé pourrait avoir sur la fragile relation de confiance établie entre certaines communautés, d'une part, et la police et les organismes de renseignement, d'autre part. Le coordonnateur devrait également examiner les mesures de protection qui pourraient être utilisées dans une investigation donnée lorsque l'identité du témoin est susceptible d'être révélée par inadvertance ou délibérément au public ou aux parties concernées. Ceci permettrait d'éviter le conflit d'intérêts actuel. La GRC, à titre de responsable de l'enquête, pourrait avoir intérêt à tenir une investigation pour obtenir des renseignements et des éléments de preuve. Elle sera également chargée de déterminer si le témoin contraint à témoigner

²⁸⁵ *Demande fondée sur l'article 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248.

²⁸⁶ *Re Vancouver Sun*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332.

²⁸⁷ Étude de M. Dandurand sur la protection des témoins, p. 46.

²⁸⁸ Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8698.

²⁸⁹ Témoignage de Michel Aubin, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8939.

²⁹⁰ Témoignage de Michel Aubin, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8940.

²⁹¹ Témoignage de Raf Souccar, vol. 70, 31 octobre 2007, p. 8940-8941.

lors d'une audience qui pourrait être publique a besoin d'être protégé.

Les défunes dispositions relatives aux investigations ne prévoyaient pas explicitement que le ministère public ou la police devaient évaluer les menaces à l'égard des témoins contraints à témoigner; le projet de loi C-19 n'impose pas non plus une telle obligation. De plus, la GRC n'a pas comme politique d'exiger l'évaluation des menaces à l'égard d'un témoin contraint à témoigner dans des investigations.

Les investigations sont controversées, en partie parce qu'elles imposent une lourde obligation au citoyen ordinaire. M. Dandurand a souligné que la police doit prendre des mesures immédiates pour assurer la protection de tout témoin appelé ou contraint à témoigner²⁹². Les autorités devraient examiner en détail la possibilité de recourir à des moyens moins publics et moins coercitifs pour protéger les renseignements obtenus d'une personne dans le cadre d'une enquête sur des activités terroristes. La tenue d'une investigation non seulement force la collaboration d'une source humaine réticente à fournir des renseignements, mais risque également de révéler l'identité de cette source.

Si les dispositions liées aux investigations sont remises en vigueur et qu'on juge que la tenue d'une investigation est nécessaire dans une enquête donnée, la GRC est la force policière qui est la plus susceptible d'en faire la demande, quoiqu'un procureur général doive appuyer la requête. Ces deux autorités ont l'obligation morale de s'assurer que des mesures de protection adéquates ont été mises en œuvre ou qu'elles sont, à tout le moins, offertes aux personnes contraintes de fournir des renseignements lors d'une investigation. Ces autorités devraient également envisager la possibilité que la personne contrainte à témoigner lors d'une investigation puisse ultérieurement être accusée de diverses infractions de terrorisme pour des actes visant à appuyer ou à faciliter des activités terroristes. Dès lors que la personne a été contrainte à témoigner dans une investigation, l'État ne peut plus se servir des renseignements obtenus par la contrainte ni d'aucune information dérivée de ceux-ci dans des poursuites ultérieures contre cette personne²⁹³.

Selon ce que propose la Commission, c'est le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale qui serait chargé de décider de la protection à accorder à un témoin lors d'une investigation.

8.7 Conclusion

Nous avons vu dans le présent chapitre comment les extrémistes dissuadent les personnes de collaborer avec la police et les organismes de renseignement dans le cadre d'enquêtes et de poursuites antiterroristes, que ce soit par des menaces, par la violence ou même par le meurtre. Mis à part les menaces physiques directes dont certains sont la cible, l'intimidation est également un moyen de dissuader les autres de collaborer avec les autorités. Les exemples d'intimidation dans le

²⁹² Témoignage d'Yvon Dandurand, vol. 69, 30 octobre 2007, p. 8698-8699.

²⁹³ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 aux paras. 71-72.

cadre de l'enquête sur la tragédie d'Air India ont clairement démontré qu'un nombre trop élevé de gens ayant aidé l'État à titre de sources et de témoins, ou ayant simplement pris position contre l'extrémisme, ont souffert inutilement en raison de leur collaboration. Il y a eu dissuasion de collaborer, et non incitation à le faire, et la situation révèle clairement que les besoins en matière de protection des témoins n'ont pas été comblés. L'affaire Air India a également démontré que l'intimidation à l'échelle communautaire peut pousser au silence les gens qui sont les mieux placés pour appuyer les enquêtes et les poursuites dans la lutte contre le terrorisme.

Nous avons examiné les manières de réduire les dangers auxquels peuvent être exposées les personnes qui collaborent avec les autorités. Il est possible de tenir l'identité de ces personnes entièrement secrète de différentes façons, soit au moyen du privilège relatif aux indicateurs de police ou d'une ordonnance de non-divulgaration conformément aux articles 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Néanmoins, l'anonymat des sources n'est pas toujours possible, encore moins celui des témoins, si des poursuites criminelles pour infractions de terrorisme sont engagées. En pareil cas, d'autres mesures – juridiques et opérationnelles – peuvent réduire le risque auquel sont exposés les témoins et les sources et aider à favoriser leur collaboration avec les autorités ainsi que celle de leur communauté. Diverses mesures possibles allant de la divulgation complète à l'anonymat total peuvent également réduire les dangers auxquels sont exposés les témoins, comme les procédures à huis clos, les interdictions de publication, les écrans, les témoignages enregistrés sur bande vidéo et les témoignages sous un pseudonyme.

À l'instar des autres acteurs du système judiciaire, les juges doivent comprendre les difficultés auxquelles se heurtent les témoins et les sources. Les juges ne devraient pas hésiter à élaborer des solutions innovatrices et raisonnables pouvant concilier l'exigence de divulgation publique et le secret nécessaire pour protéger les témoins et encourager les témoins éventuels à collaborer.

Le programme de protection des témoins constitue l'arme la plus puissante en réponse aux menaces dont font l'objet les témoins et les sources. Toutefois, malgré d'excellents antécédents, le programme actuel n'est pas complètement adapté aux besoins des sources et des témoins dans le cadre des enquêtes et des poursuites antiterroristes.

Il est essentiel d'offrir un programme de protection des témoins qui permet d'adapter les mesures de protection aux circonstances particulières et aux besoins des bénéficiaires. Nous avons examiné plusieurs manières d'améliorer le programme actuel et de réduire les difficultés découlant de l'admission au programme. Il s'agit essentiellement de mieux comprendre la nature et les besoins des bénéficiaires dans les affaires de terrorisme et d'établir un processus de prise de décisions en matière de protection des témoins qui est indépendant des intérêts de la police et des procureurs et qui reflète plus fidèlement les intérêts des témoins.

Un élément clé de la réforme en matière de protection des témoins est la création d'une nouvelle fonction, soit celle de coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale. La création de ce poste vise à séparer

l'administration du programme et les intérêts de la GRC et des procureurs.

Même si le programme de protection des témoins s'adaptait davantage aux besoins des sources et des témoins, il n'en reste pas moins que l'admission à un tel programme risque toujours d'ébranler douloureusement la vie des bénéficiaires et de leur entourage. Le programme le mieux conçu et le plus bienveillant qui soit ne peut empêcher l'imposition d'importantes contraintes aux bénéficiaires. Pour cette raison, le coût humain lié à la protection des témoins doit toujours occuper la place prépondérante dans les décisions portant sur l'utilisation des sources et des témoins dans les enquêtes et les poursuites antiterroristes.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE IX: GÉRER LES CONSÉQUENCES DE LA DIVULGATION - LE PROCÈS AIR INDIA ET LA GESTION D'AUTRES POURSUITES ANTITERRORISTES COMPLEXES

9.0 Introduction

Conformément au mandat de la Commission, le commissaire doit faire rapport et formuler des recommandations sur divers points, entre autres en réponse à la question suivante : « Les pratiques et la législation actuelles suffisent-elles pour faire face aux défis uniques – révélés par les poursuites dans l'affaire Air India – que présentent les poursuites engagées à la suite d'actes terroristes? » Il doit également déterminer les changements qu'il conviendrait d'y apporter pour pouvoir relever les défis associés aux poursuites antiterroristes, et en particulier s'il y aurait « avantage à faire entendre les causes sur des actes terroristes par une formation de trois juges »¹.

Quand il est question des « poursuites dans l'affaire Air India », il s'agit des poursuites intentées contre Ripudaman Singh Malik (« M. Malik »), Ajaib Singh Bagri (« M. Bagri ») et Inderjit Singh Reyat (« M. Reyat ») devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique². Ces poursuites ont entraîné l'un des procès les plus longs et les plus coûteux de l'histoire du Canada, que l'on appellera ci-après « le procès Air India ».

Ce chapitre traite des défis que posent les procès antiterroristes, mis au jour par le procès Air India. Ce dernier y est relaté de manière assez détaillée, et ce, non pas pour remettre en question le verdict, mais plutôt pour faire ressortir les multiples difficultés associées aux poursuites antiterroristes. Il est important que les Canadiens comprennent les mesures extraordinaires qui ont été prises pour instruire ce procès et en arriver à un verdict. Ce genre de mesures sera difficile à appliquer de nouveau à l'avenir.

Pour qu'elles ne soient pas trop compliquées à gérer, les procédures antiterroristes doivent faire l'objet d'une réforme. Ce chapitre porte sur la façon de surmonter les difficultés qu'amènent la communication d'une importante

¹ 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, Mandat, décret C.P. 2006-293, para. b(vi).

² Conformément à l'acte d'accusation déposé le 5 juin 2001, selon lequel MM. Malik, Bagri et Reyat étaient conjointement accusés.

masse d'informations, les nombreuses requêtes présentées préalablement à l'instruction et les procès devant jury dans les causes antiterroristes. Il traite également des avantages qu'il pourrait y avoir à faire entendre les causes sur des actes terroristes par une formation de trois juges.

Ces dernières années, plusieurs rapports ont révélé qu'une meilleure gestion s'imposait pour instruire les procès criminels complexes – ce qu'on appelle les « mégaprocès », ou « mégadossiers », lesquels mettent normalement en cause plusieurs accusés qui doivent répondre de multiples chefs d'accusation. Ils se caractérisent également par l'obligation de divulguer une information imposante et par la présentation de nombreuses requêtes préliminaires³. Or, la plupart des procès antiterroristes, comme le procès Air India, s'apparentent aux mégaprocès.

Nul n'est besoin de dédoubler, dans la plupart des cas, les précieuses recherches qui ont déjà été effectuées sur les difficultés que présentent les mégaprocès. Le Barreau du Québec, par exemple, a publié un rapport sur le sujet en 2004⁴, tout comme le Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice⁵. Le Comité consultatif du juge en chef en matière de procès criminels devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario a pour sa part établi un rapport en 2006⁶. Par ailleurs, à l'automne 2008, le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la procédure pénale a proposé des réformes visant les mégaprocès après la tenue d'une table ronde d'experts⁷. Récemment, l'honorable Patrick LeSage, c.r., et Michael Code (professeur qui est maintenant juge) ont rédigé un rapport adressé au procureur général de l'Ontario sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes⁸.

³ Il ne semble pas exister de définition reçue de ce qu'est un « mégaprocès » ou un « mégadossier ». Cependant, le Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice en a fourni une définition utilisable; selon lui, il s'agit « [...] d'un procès comportant une preuve tellement complexe ou un nombre d'accusés tel que l'une ou l'autre de ces caractéristiques, ou la combinaison des deux, a pour effet d'entraîner des procédures exceptionnellement longues ». Ministère de la Justice du Canada, *Rapport final sur les méga-procès du Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice aux sous-ministres f.-p.-t. responsables de la justice* (2004), p. 2, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/esc-cde/mega.pdf>> (consulté le 4 décembre 2008) [rapport du Comité directeur sur les mégaprocès].

⁴ Pièce P-370 : Rapport final – Comité ad hoc du Comité en droit criminel sur les mégaprocès, (février 2004) [rapport du Barreau sur les mégaprocès].

⁵ Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès.

⁶ Cour supérieure de justice (Ontario), *New Approaches to Criminal Trials: The Report of the Chief Justice's Advisory Committee on Criminal Trials in the Superior Court of Justice* (12 mai 2006), en ligne : Tribunaux de l'Ontario <<http://www.ontariocourts.on.ca/sjc/en/reports/ctr/index.htm>>, en anglais seulement (consulté le 1^{er} décembre 2008) [rapport de la Cour supérieure de justice de l'Ontario sur les procès criminels].

⁷ Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la procédure pénale, *Proposals for Reform: Mega-Trials* – rapport sur les réformes proposées relativement aux mégaprocès – (2008) [propositions du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mégaprocès]. Voir également, par exemple, Michael Code, « Law Reform Initiatives Relating to the Mega Trial Phenomenon », *Criminal Law Quarterly*, vol. 53 (2008), p. 421 [article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès].

⁸ Patrick LeSage et Michael Code, *Rapport sur l'examen de la procédure relative aux affaires criminelles complexes* (novembre 2008), en ligne : ministère du Procureur général de l'Ontario <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/about/pubs/lesage_code/lesage_code_report_fr.pdf> (consulté le 5 décembre 2008) [rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes].

Tous ces rapports sont utiles, mais ils ne portent pas sur les défis propres aux procès antiterroristes⁹. C'est donc dire que les solutions apportées aux mégaprocès en général ne sont pas nécessairement adaptées aux poursuites antiterroristes, en partie parce que, dans ces poursuites, on doit presque inévitablement déterminer s'il faut communiquer des renseignements secrets à l'accusé. De plus, les poursuites antiterroristes se prêtent moins aux transactions en matière pénale et à la reconnaissance de culpabilité que les mégaprocès sur le crime organisé. Enfin, comme les poursuites antiterroristes touchent la sécurité nationale, le fédéral est concerné de bien plus près que dans d'autres mégaprocès.

Afin d'aider la Commission à répondre aux questions liées aux poursuites antiterroristes, Bruce MacFarlane a rédigé un rapport sur les éléments structureaux des procès antiterroristes. Ce rapport comprend un examen des avantages qu'il pourrait y avoir à faire entendre les causes sur des actes terroristes par une formation de trois juges¹⁰. Robert Chesney a rédigé quant à lui un rapport sur la vaste expérience des poursuites antiterroristes qu'ont acquise les États-Unis après les événements du 11 septembre¹¹. Kent Roach a préparé un rapport sur les défis uniques des poursuites antiterroristes, lequel met l'accent sur l'amélioration de la conciliation du renseignement de sécurité et de la preuve¹². Les procureurs de la Commission ont pour leur part préparé un document de fond sur la gestion des mégaprocès antiterroristes¹³. De plus, plusieurs témoins, entre autres des avocats du procès Air India, ont parlé des difficultés qu'entraînent les poursuites pour actes terroristes. La Commission a également eu l'occasion d'examiner un compte rendu des leçons tirées du procès Air India établi par Robert Wright, c.r., procureur principal de la poursuite, et Michael Code, l'un des avocats de la défense¹⁴.

S'il n'y a pas de réforme permettant d'aplanir les nombreuses difficultés rencontrées dans les poursuites antiterroristes, il sera plus difficile de prévenir

⁹ Voir cependant le rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, qui porte notamment sur les défis particuliers des poursuites antiterroristes et formule une recommandation, à la page 117, voulant que les ministres de la Justice fédéral, provinciaux et territoriaux apportent des modifications à la procédure prévue à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* « afin d'éliminer, dans les poursuites importantes en matière de terrorisme, les retards causés en raison des déviations prises par l'affaire et des appels interlocutoires ». Des recommandations en ce sens sont faites par la Commission au chapitre VII.

¹⁰ Bruce MacFarlane, « Éléments structureaux des mégaprocès : une analyse comparative » dans *Études de recherche*, vol. 3, *Les poursuites liées au terrorisme*, p. 276-293 [rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes].

¹¹ Robert M. Chesney, « Terrorisme et poursuites criminelles aux États-Unis », *Études de recherche*, vol. 3, *Les poursuites liées au terrorisme* [rapport de R. M. Chesney sur le terrorisme et les poursuites criminelles].

¹² Kent Roach, « Particularités des poursuites pour terrorisme : Vers une meilleure conciliation du renseignement de sécurité et de la preuve », *Études de recherche*, vol. 4, *Particularités des poursuites pour terrorisme* [rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes]. Un résumé de ce rapport figure dans le volume 3 des études de recherche, intitulé *Les poursuites liées au terrorisme*.

¹³ Pièce P-300 : Dossier contextuel lié au sous-alinéa b)(vi) du mandat : « The Management of Terrorist Mega-trials » (gestion des mégaprocès antiterroristes) [dossier contextuel lié au sous-alinéa b)(vi) du mandat].

¹⁴ Pièce P-332 : Robert Wright et Michael Code, « Air India Trial: Lessons Learned » [rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India].

et de sanctionner le terrorisme au Canada en intentant des poursuites. Le Canada a moins d'expérience que bon nombre de ses alliés en matière de poursuites antiterroristes. Dans les années 1980, certaines poursuites pour terrorisme, notamment une affaire mettant en cause Talwinder Singh Parmar et une autre portant sur un présumé complot pour faire exploser un avion d'Air India en 1986, ont échoué à cause des problèmes liés à la divulgation de renseignements qui révéleraient l'identité d'informateurs. Une autre poursuite antiterroriste a été abandonnée après la communication d'un affidavit utilisé pour obtenir un mandat d'écoute électronique à l'intention du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Dans une cause, l'examen par la Cour fédérale en vue de déterminer si l'accusé pouvait invoquer des renseignements secrets à l'appui de sa défense a entraîné la déclaration de nullité de l'instance¹⁵. Il y a eu quelques poursuites antiterroristes après la tragédie du 11 septembre, dont deux qui ont abouti à des condamnations en 2008, à savoir d'un jeune relativement à un présumé complot à Toronto, en 2006, et de Mohammad Momin Khawaja¹⁶ (poursuite qui a débouché sur un verdict de culpabilité), dans une affaire de complot terroriste international. Néanmoins, le Canada a beaucoup moins d'expérience en ce qui concerne les poursuites antiterroristes que le Royaume-Uni ou les États-Unis¹⁷. Or, à moins que des changements fondamentaux ne soient apportés, le Canada continuera d'être moins bien outillé que ses alliés pour instruire des affaires antiterroristes de manière équitable et efficace.

Dans le rapport qu'il a présenté en 2005, l'honorable Bob Rae a déclaré que le procès Air India avait été « [...] long et complexe, le plus coûteux et le plus difficile de toute l'histoire du pays¹⁸ ». La longueur et la complexité du procès, combinées à l'inquiétude liée à la communication de certaines preuves susceptibles de nuire à la sécurité nationale, ont élevé divers obstacles qu'on ne rencontre normalement pas dans les affaires criminelles. En raison de ces obstacles, s'ils n'avaient pas été dûment écartés, le procès aurait pu ne pas déboucher sur un verdict ou aurait risqué « de s'effondrer sous [son] propre poids¹⁹ », comme l'exprimait Bruce MacFarlane.

M. MacFarlane a résumé les difficultés rattachées aux procès antiterroristes lorsqu'il a témoigné devant la Commission :

[Traduction]

Le véritable problème, selon moi, est lié en premier lieu à la durée et en second lieu à la complexité des procédures, ainsi

¹⁵ Pour consulter des analyses exhaustives de ces cas, d'autres poursuites antiterroristes et de poursuites pour atteinte à la sécurité nationale, voir le rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes.

¹⁶ *R. v. Khawaja*, [2008] O.J. No. 4244 (Sup. Ct.).

¹⁷ Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 47.

¹⁸ *Leçons à retenir : Rapport de l'honorable Bob Rae, conseiller indépendant de la ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada, sur les questions en suspens relatives à l'explosion survenue à bord du vol 182 d'Air India* (Ottawa, Secrétariat pour l'examen d'Air India, 2005), p. 18 [*Leçons à retenir*].

¹⁹ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 181.

qu'au risque qu'un procès antiterroriste de longue durée n'aboutisse pas à un verdict. Or, on s'attendait, s'avère-t-il, à ce que la plupart des procès pour terrorisme au Canada s'étendent sur une longue période, ce qui a été le cas. Pareille crainte n'est donc pas sans fondement²⁰.

Puis il a parlé de la nécessité d'apporter des changements sans plus tarder :

[Traduction]

Les mégaprocès au Canada sont parsemés d'embûches, car il y a tellement de circonstances où le juge peut décider de suspendre une instance ou encore le ministère public peut demander une suspension de l'instance. Les obstacles sont tels, surtout quand on pense au jury d'un mégaprocès, que je crains fort que le Canada ne puisse instruire des causes antiterroristes de longue durée. J'ai bien peur que nous ne soyons pas... que nous n'ayons pas les outils pour le faire. Si nos procès échouent invariablement, ce ne sera pas de bon augure. Et [je] crains que certaines des causes, celles que nous examinons présentement ou que nous examinerons dans un avenir assez proche, ne donnent rien, et que le Canada soit alors considéré comme un pays dont le système de justice pénale n'est pas en mesure de se charger des cas d'actes terroristes donnant lieu à un mégaprocès. Voilà pourquoi j'estime que le statu quo n'est tout simplement pas viable. Nous devons repenser notre façon de voir ces mégaprocès, car selon moi la plupart des procès antiterroristes qui auront lieu au Canada seront des mégaprocès, comme cela a été le cas déjà. Alors nous en sommes déjà là²¹.

Dans le rapport qu'il a rédigé pour la Commission, M. MacFarlane a cerné trois obstacles généraux relativement aux procès antiterroristes à venir :

« [P]remièrement, ils doivent être surmontables sur le plan de la durée et de la complexité. Deuxièmement, le processus et les résultats doivent être justes et légitimes, tant aux échelles nationale qu'internationale. Finalement, n'importe quel nouveau processus judiciaire criminel ne peut pas augmenter le risque de déclarer coupables des personnes innocentes des crimes dont on les accuse²². »

20 Témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 79, 20 novembre 2007, p. 10068.

21 Témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 79, 20 novembre 2007, p. 10074.

22 Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 264.

Il a également posé des questions à la base de la quête pour trouver des solutions :

« Les fondements institutionnels ou les éléments « structureaux » des procès au Canada devraient-ils être modifiés pour relever les énormes défis que posent les procès de terroristes? Pouvons-nous assurer aux personnes accusées de terrorisme des procès conformes aux normes de justice canadiennes, nonobstant les défis complexes qui se posent lorsqu'il y va de la sécurité nationale²³? »

Dans son rapport à l'intention de la Commission, M. Roach a insisté pour sa part sur la nécessité de mettre en place des processus équitables et efficaces qui respectent les principes du traitement équitable de l'accusé et de la transparence de la procédure, mais qui tiennent également compte des intérêts importants rattachés à la protection des secrets légitimes détenus par les organismes du renseignement du Canada et leurs homologues étrangers²⁴. Le chapitre VII décrivait le système actuel au Canada, selon lequel les questions de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale doivent être soumises à la Cour fédérale, avant que le tribunal saisi de l'affaire reprenne ses travaux. Cela peut fragmenter et retarder les poursuites antiterroristes et priver le juge du procès, ou d'instance, du pouvoir de gérer la communication des renseignements secrets et les autres requêtes préliminaires.

L'un des thèmes importants traités dans ce chapitre concerne la nécessité de permettre au juge du procès de voir à tous les aspects de la poursuite antiterroriste afin d'assurer l'efficacité et l'équité du processus. Cette partie porte sur les diverses difficultés liées aux procès antiterroristes : information volumineuse à divulguer, nombreuses requêtes préliminaires, contrôle des juges à l'égard des procédures et de la conduite des avocats, représentation adéquate de la défense, pertinence du recours à un jury, partage des coûts par le fédéral et les provinces dans le cas des procès de longue durée et prise de mesures pour répondre aux besoins des victimes et des témoins. Cette partie porte sur les problèmes pouvant être résolus au niveau fédéral.

Bien que certaines questions liées aux poursuites antiterroristes soient de compétence provinciale, le gouvernement fédéral a un rôle important à jouer dans les poursuites touchant la sécurité nationale. Comme l'explique le chapitre III, le procureur général du Canada peut tenter des poursuites pour des actes terroristes et autres qui portent atteinte à la sécurité nationale.

9.1 Difficultés posées par les poursuites antiterroristes

Les poursuites antiterroristes sont complexes – en partie parce que, bien souvent, elles mettent en cause de nombreux accusés, les chefs d'accusation

²³ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 181.

²⁴ Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 95-98.

sont multiples et une information volumineuse doit être divulguée. Les causes pénales comme celles qui concernent le crime organisé peuvent s'y apparenter, mais elles ne soulèvent pas les mêmes questions que les procès antiterroristes en ce qui a trait à la divulgation du renseignement de sécurité.

Il est possible d'aplanir les difficultés que posent les poursuites antiterroristes en apportant certains changements, par exemple en optant pour des procès distincts, moins imposants et plus faciles à gérer, en évitant les actes d'accusation trop chargés et en ayant recours à la communication électronique de la preuve. Cependant, les procès antiterroristes risquent d'être plus complexes et plus longs que les autres procès, comme l'a mentionné M. MacFarlane dans son témoignage, parce qu'il faut établir les faits entourant l'acte terroriste, notamment en ce qui concerne [traduction] « [...] la planification, l'intention, l'exécution et le nombre de personnes impliquées; voilà ce qu'il faut démontrer pour broser un tableau de ce qui s'est passé jusqu'au moment où l'acte terroriste a été perpétré²⁵ ». De plus, les poursuites antiterroristes peuvent obliger le ministère public à prouver, outre les autres aspects de l'infraction, l'existence d'un groupe terroriste.

Or, pour prouver l'infraction de terrorisme, il est souvent nécessaire d'établir la preuve de faits « précurseurs » de l'infraction – par exemple, le complot, le fait de fournir ou de réunir des biens dans l'intention de les voir utiliser en vue d'un acte terroriste²⁶ ou le fait de contribuer à une activité d'un groupe terroriste dans le but d'accroître la capacité de tout groupe terroriste de se livrer à une activité terroriste ou de la faciliter²⁷. Ainsi que Kent Roach l'a expliqué : « L'expansion du droit criminel implique que des renseignements de sécurité antérieurs à 2001 et susceptibles d'indiquer que des menaces pèsent sur la sécurité du Canada pourraient, à l'heure actuelle, constituer des éléments de preuve relatifs aux [...] actes criminels [terroristes] [...]»²⁸.

Les dispositions du *Code criminel* prévoient des peines maximales considérables pour les infractions terroristes, qui doivent pour beaucoup être purgées consécutivement.²⁹ La possibilité de se voir imposer des peines importantes risque donc de moins inciter les personnes en cause à plaider coupable; de leur côté, les poursuivants peuvent estimer qu'il n'est pas dans l'intérêt public de négocier un aveu qui aurait pour effet de réduire considérablement la peine. Par conséquent, l'accusé ne sera pas intéressé à transiger, de sorte que le nombre de procès augmentera.

De plus, en raison des difficultés entourant la communication de renseignements secrets à l'accusé, les questions de divulgation ne seront pas nécessairement réglées au début de la procédure. Voilà qui limite également la possibilité d'arriver à une entente sur la reconnaissance de culpabilité, puisque l'accusé voudra peut-être régler d'abord ces questions. Certains accusés peuvent avoir

²⁵ Témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9892-9896.

²⁶ *Code criminel*, L.R., 1985, c. C-46, art. 83.02 [*Code criminel*].

²⁷ *Code criminel*, art. 83.18.

²⁸ Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 46.

²⁹ *Code criminel*, art. 83.26.

de profondes convictions qui les empêchent de songer à plaider coupable. Les poursuivants et les avocats de la défense peuvent également, pour différentes raisons, être moins enclins à négocier des aveux dans les causes liées aux actes terroristes, ce qui alourdit davantage la procédure.

Fait plus important encore, les procès antiterroristes touchent souvent la sécurité nationale, ce qui entraîne des requêtes, actuellement présentées à la Cour fédérale en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*³⁰, pour empêcher la divulgation de renseignements là où cela pourrait être préjudiciable à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales. Les requêtes préalables au procès risquent alors de se multiplier, ce qui ne serait pas le cas d'autres procès criminels. Il existe peu de procès criminels ordinaires, même les grandes causes contre le crime organisé, qui soulèveraient la question de la divulgation potentielle de « renseignements sensibles » en vertu l'article 38.

Dans le rapport rédigé pour la Commission, M. Roach a effectué une vaste étude de cas portant sur des poursuites antiterroristes au Canada. Il a conclu qu'à la lumière de ces études « [...]on peut réellement se demander si les pratiques et les lois canadiennes satisfont aux exigences des poursuites pour terrorisme, particulièrement en ce qui a trait à la relation entre le renseignement et les éléments de preuve, et à la question connexe de la protection des informateurs³¹ ».

Comme nous l'avons vu dans ce volume, la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve est l'une des caractéristiques principales, et singulières, des enquêtes et des poursuites liées au terrorisme. Dans les précédents chapitres, nous avons analysé en détail la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve et le rôle de l'article 38. Le présent chapitre ne traite donc pas abondamment de l'article 38, sans toutefois faire abstraction du fait que l'article 38 est susceptible d'être invoqué fréquemment dans de nombreuses poursuites antiterroristes. La cause *Khawaja* qui a été conclue récemment en donne un bon exemple. Ici, les requêtes préalables de non-divulgation présentées en vertu de l'article 38 ont été souvent contestées au cours d'une période de 18 mois, en 2007 et 2008³². Le procès en tant que tel n'a duré que 27 jours³³. La défense a également essayé, en vain, de persuader la Cour suprême du Canada d'entendre un appel avant même que le procès ne s'ouvre³⁴. Les appels interlocutoires de ce genre – interjetés avant qu'un procès ne soit terminé – ne sont pas permis dans les poursuites criminelles courantes.

30 L.R., 1985, c. C-5.

31 Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 285.

32 *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 463, 280 D.L.R. (4^e) 32, confirmé par 2007 CAF 388, 289 D.L.R. (4^e) 260, requête en autorisation d'appel rejetée (2008), 166 C.R.R. (2^e) 375 (R.C.S.); *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, 219 C.C.C. (3^e) 305, accueilli en partie, 2007 CAF 342, 228 C.C.C. (3^e) 1; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2008 CF 560.

33 *R. v. Khawaja*, [2008] O.J. No. 4244 au para. 2 (Sup. Ct.).

34 Voir *R. v. Khawaja* (2006), 214 C.C.C. (3^e) 399 (Ont. Sup. Ct. J.), demande d'autorisation d'appel rejetée, 2007 CanLII 11625 (R.C.S.).

Les poursuites antiterroristes comportent souvent une dimension internationale, puisque des protagonistes venant de divers pays ont été impliqués dans la planification et l'exécution des actes terroristes, ce qui complique le procès de plusieurs façons. Premièrement, le ministère public doit parfois se fier à des preuves qui ont été obtenues dans des pays étrangers ou de ces pays; l'obtention de ces preuves repose donc sur la collaboration internationale. Dans certains cas, le SCRS a en sa possession des renseignements étrangers qui pourraient être utilisés en preuve ou qui pourraient faire l'objet d'une obligation de divulgation, mais il doit demander à un gouvernement étranger l'autorisation d'utiliser ces renseignements dans le cadre d'une poursuite criminelle. Mais il arrive que les organismes de renseignement étrangers qui ont fourni des renseignements aux autorités canadiennes ne veulent pas qu'ils soient divulgués dans une poursuite, car cela pourrait compromettre des activités relatives au renseignement en cours dans leur pays.

À cause de cette dimension internationale, l'extradition d'un accusé au Canada doit parfois être envisagée pour instruire le procès. Par ailleurs, lorsque des protagonistes internationaux doivent coopérer avant qu'une accusation ne soit portée, la cadence de l'affaire sera généralement déterminée par le protagoniste le plus lent à réagir ou le plus réticent. Un tel problème peut compliquer considérablement les choses si les gouvernements n'arrivent pas à s'entendre et à déterminer si le système de justice pénale doit jouer un rôle dans un dossier donné ou s'il faut laisser la collectivité du renseignement s'en occuper. Et même si la dimension internationale n'entre pas toujours en jeu dans les procès antiterroristes, bien souvent, plusieurs organismes nationaux sont appelés à prendre part à ces procès; il est alors plus probable que la cadence soit dictée par l'intervenant le moins rapide.

Par ailleurs, les poursuivants ont parfois de la difficulté à respecter l'obligation de divulgation, étant donné la documentation imposante qui doit être communiquée. La divulgation devient encore plus difficile si certains documents pertinents donnent des renseignements sur des informateurs vulnérables ou des enquêtes en cours, ou des renseignements fournis par un organisme national ou étranger à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. Malheureusement, il se peut également qu'un avocat de la défense peu scrupuleux essaie de « saboter » la procédure en présentant des requêtes frivoles qui exigent beaucoup de temps, et tente même d'avoir accès à une information secrète qui n'est pas pertinente en l'occurrence.

Les infractions qu'établit la *Loi antiterroriste*³⁵ sont très complexes et on commence à peine à les mettre à l'épreuve. Parce que ces infractions sont relativement nouvelles, les poursuivants feront vraisemblablement montre d'une grande prudence avant de déterminer lesquelles doivent être inscrites dans une mise en accusation. Par prudence justement, ils pourraient avoir tendance à opter pour un plus grand nombre de chefs d'accusation que dans le

³⁵ L.C., 2001, c. 41.

cas d'autres infractions criminelles plus courantes. Les procès risquent alors de s'étirer, ce qui jouera sur la persévérance des juges, des jurés, des témoins, des victimes et des avocats. M. MacFarlane, par exemple, explique que les procès antiterroristes qui traînent en longueur risquent d'user la patience des jurés³⁶.

L'accusé a droit à un procès équitable mené dans un délai raisonnable, ce qui ne signifie pas qu'il ait droit à un procès parfait. Cela dit, il sera très important que le système juridique traite équitablement les personnes accusées d'infractions de terrorisme, afin d'éviter les erreurs judiciaires.

Le coût des poursuites antiterroristes peut également être source de litiges entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Certaines provinces n'ont pas la capacité d'instruire une poursuite comme le procès Air India. Le financement du gouvernement fédéral pourrait s'avérer nécessaire par exemple pour la construction d'installations sécurisées, le versement aux avocats de la défense d'honoraires plus élevés que les tarifs habituels de l'aide juridique et la prestation de services aux victimes et aux médias.

Parfois, bien plus de victimes sont touchées directement par les procès intentés pour des actes terroristes qui ont été perpétrés, comme l'explosion du vol 182 d'Air India, que dans le cas des infractions criminelles courantes. La démarche adoptée pour répondre aux besoins des témoins et des victimes doit donc être beaucoup plus complexe et systématique.

Le terrorisme est souvent associé à l'usage d'explosifs; or, l'enquête médico-légale après une explosion (et la preuve recueillie) a généralement bien plus d'ampleur que les enquêtes pour d'autres crimes violents.

Les procès antiterroristes ont également cela de particulier qu'ils ont un grand retentissement. En effet, peu de procès criminels suscitent autant l'intérêt du public. Par essence, les procès antiterroristes remettent ouvertement en question le système juridique. Selon M. MacFarlane, en raison de la médiatisation des actes terroristes atroces et des pressions exercées de part et d'autre, les personnes accusées courent le risque de ne pas bénéficier d'un procès équitable³⁷. Cependant, il est impensable que la publicité, les coûts élevés, la complexité ou la longue durée d'un procès antiterroriste puissent entraîner l'abandon d'une poursuite. Comme le juge Rutherford l'a déclaré, [traduction] « on ne saurait trop insister sur le fait qu'il est important que le Canada soit capable de s'acquitter dûment de cette tâche sans jeter l'éponge et dire que nous n'avons pas la capacité d'administrer la justice pénale dans les causes faisant intervenir des questions de sécurité nationale³⁸ ». En bref, dans l'intérêt national, il est essentiel que les poursuites antiterroristes se déroulent de manière équitable, mais efficace.

³⁶ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 281-288.

³⁷ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 328.

³⁸ *R. v. Ribic*, 2004 CanLII 7091 (Ont. C.A.) au para. 49.

9.2 Procès criminel Air India

Le 27 octobre 2000, MM. Malik et Bagri ont été inculpés de huit chefs d'accusation en vertu du *Code criminel*, dont les suivants :

- meurtre au premier degré des 329 passagers et membres de l'équipage du vol 182 d'Air India;
- meurtre au premier degré des deux bagagistes japonais décédés dans l'explosion de Narita;
- complot en vue de causer la mort des passagers et des membres de l'équipage des vols 182 et 301 d'Air India et de placer des bombes susceptibles de compromettre la sécurité à bord d'aéronefs en service;
- tentative de meurtre visant les passagers et les membres de l'équipage du vol 301 d'Air India;
- agissements ayant permis que des bombes soient placées à bord des aéronefs en question³⁹.

M. Bagri a également été accusé de tentative de meurtre contre Tara Singh Hayer, mais cette accusation a été laissée en suspens en attendant la conclusion du procès Air India. La preuve étayant cette accusation a été déclarée non admissible lors du procès Air India⁴⁰. MM. Malik et Bagri ont tous deux été détenus dans l'attente du procès, et leurs demandes de mise en liberté provisoire ont été rejetées⁴¹. En juillet 2002, M. Bagri présentait une autre demande de mise en liberté provisoire, invoquant de nouveaux reports ainsi que le fait que de nouvelles informations avaient été divulguées et que des décisions préalables à l'instruction avaient été rendues peu de temps auparavant. Sa demande a été rejetée⁴². MM. Malik et Bagri ont comparu pour la première fois le 30 octobre 2000; ont suivi cinq jours d'audience sur le cautionnement, entre le 21 décembre 2000 et le 2 janvier 2001.

Le ministère public a procédé par des mises en accusation directes de M. Malik et M. Bagri, le 6 mars 2001. Le procès devait commencer le 4 février 2002, devant le juge Ian Josephson et un jury. Selon l'échéancier discuté durant l'audience sur le cautionnement⁴³, l'examen de la preuve par la défense devait durer jusqu'à l'automne 2001 et la préparation des requêtes préliminaires devait prendre fin à l'hiver 2002. On pensait également que les préparatifs en vue du procès

³⁹ Voir la pièce D-1 : *Sommaire des faits* pour obtenir de plus amples renseignements sur les chefs d'accusation.

⁴⁰ Voir *HMTQ v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 823.

⁴¹ *Malik and Bagri v. HMTQ*, 2001 BCSC 2; *R. v. Bagri*, 2001 BCCA 273, 45 C.R. (5^e) 143 (B.C.C.A.).

⁴² *Bagri v. R.*, 2002 BCSC 1025.

⁴³ *Malik and Bagri v. HMTQ*, 2001 BCSC 2 au para. 16.

prendraient cinq mois et que le procès à proprement parler commencerait à l'automne 2002. Le procès devait, croyait-on, se terminer vers la fin de 2002 ou au début de 2003, mais il était évident que l'admission possible de faits par la défense et la disponibilité de la salle d'audience pouvaient influencer la durée du procès. En fait, le procès n'a commencé qu'au printemps 2003 et la présentation de la preuve a été conclue en décembre 2004, soit près de deux ans plus tard que prévu. Les accusés sont demeurés en détention pendant tout ce temps.

Dès que les poursuivants ont obtenu le consentement du Royaume-Uni⁴⁴, M. Reyat a été ajouté comme défendeur dans un nouvel acte d'accusation déposé le 5 juin 2001. Selon cet acte, MM. Malik, Bagri et Reyat étaient inculpés conjointement de tous les chefs d'accusation, à l'exception du meurtre des deux bagagistes de Narita; M. Reyat avait déjà été déclaré coupable d'homicide involontaire dans leur cas en 1991⁴⁵. Le 14 décembre 2001, le juge Josephson statuait que M. Reyat serait jugé avec les autres accusés et reportait le procès au 1^{er} novembre 2002, malgré les objections de M. Malik et de M. Bagri⁴⁶. Le 29 avril 2002, quatre des avocats de M. Reyat se retiraient de la cause et de nouveaux avocats étaient nommés, de sorte que le procès a de nouveau été reporté, au 31 mars 2003⁴⁷.

Comme le ministère public a opté pour la mise en accusation directe, il n'y a eu aucune enquête préliminaire⁴⁸. Après les décisions initiales rendues en janvier 2002 à propos de l'échéancier des requêtes et de la portée de l'ordonnance de non-publication⁴⁹, les requêtes préliminaires ont été présentées entre février

44 Le Royaume-Uni avait autorisé l'extradition de M. Reyat le 10 août 1988, afin qu'il soit jugé pour le rôle qu'il a joué dans l'explosion de Narita, bien qu'il n'ait pas été extradé avant le 13 décembre 1989. Le Royaume-Uni avait imposé comme condition à son extradition qu'aucune autre accusation ne soit portée contre M. Reyat sans son consentement. Le 26 janvier 2001, le Canada a demandé au Royaume-Uni son consentement pour passer M. Reyat en jugement pour l'explosion de l'avion d'Air India : *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 1679 au para. 4. Le Canada a obtenu ce consentement le 4 juin 2001, et M. Reyat a été ajouté comme défendeur dans un nouvel acte d'accusation.

45 *R. v. Reyat*, 1991 CanLII 1371 (BCSC). Cette affaire a duré à peu près 18 mois (de décembre 1989 à mai 1991). M. Reyat n'était accusé que de l'homicide involontaire des deux bagagistes de l'aéroport de Narita. Il a été déclaré coupable des deux chefs d'accusation et a été condamné à 10 ans d'emprisonnement (le prononcé de la sentence n'a pas été publié). Le juge Paris a conclu, [traduction] « pour tous les motifs susmentionnés, je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a fabriqué ou, à tout le moins, a aidé d'autres personnes à fabriquer la bombe qui a explosé à Narita et causé la mort des deux bagagistes. Le ministère public ne prétend pas avoir établi le but exact de cet acte hors de tout doute raisonnable; cependant, selon moi, l'accusé savait, hors de tout doute raisonnable, que la bombe allait être utilisée à des fins illicites. Il ne pouvait en être autrement. Or, selon le *Code criminel*, commet un homicide involontaire coupable quiconque cause la mort d'un être humain, directement ou indirectement, par un acte illégal. » Le procès de M. Reyat en 1991 était beaucoup plus simple que le procès Air India, puisqu'il ne faisait pas intervenir d'accusations pour complot et reposait sur des preuves médico-légales liant M. Reyat directement aux pièces utilisées pour fabriquer la bombe qui a tué les deux victimes. Le procès reposait également sur le fait que M. Reyat avait avoué avoir fabriqué la bombe. L'appel de M. Reyat a été rejeté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : *R. v. Reyat* (1993), 80 C.C.C.(3^e) 210 (B.C.C.A.).

46 *HMTQ v. Malik, Bagri and Reyat*, 2001 BCSC 1758.

47 Voir *In the Matter of an Application Under s. 83.28 of the Criminal Code and Satnam Kaur Reyat*, 2003 BCSC 1152 au para. 19.

48 Dossier contextuel lié au para. b)(vi) du mandat, p. 96.

49 Voir *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 78; *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 80.

et décembre 2002⁵⁰. Il y a eu treize décisions préalables publiées à la suite de quatre requêtes du ministère public⁵¹, de quatre requêtes de M. Bagri⁵², de quatre requêtes de M. Reyat⁵³ et d'une requête présentée par les trois accusés⁵⁴. De plus, des représentants des médias ont présenté une demande pour être autorisés à publier des renseignements au sujet de l'un des voir-dire⁵⁵ préliminaires, après le rejet de leur requête générale en vue de restreindre l'ordonnance de non-publication⁵⁶. Les requêtes préliminaires portaient sur une vaste gamme de sujets, dont la divulgation, la destruction de preuves, l'admissibilité et l'utilisation de preuves par ouï-dire, l'expurgation de documents présentés en preuve, le caractère volontaire des déclarations des accusés ainsi que les présumées violations de la *Charte* relatives aux perquisitions et saisies et aux déclarations des accusés. Presque toutes les requêtes préliminaires ont été entendues par le juge Josephson. D'autres juges ont entendu d'autres requêtes, concernant par exemple les honoraires des avocats de la défense⁵⁷ et la détermination de la sentence de M. Reyat⁵⁸. Par contre, aucune requête préliminaire n'a été présentée à la Cour fédérale en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le 10 février 2003, M. Reyat a plaidé coupable d'homicide involontaire à l'égard des victimes du vol 182 d'Air India, et le ministère public a retiré les autres chefs d'accusation contre lui. Il a été condamné à cinq ans d'emprisonnement, peine qui s'ajoutait aux dix années auxquelles il avait été condamné en 1991 pour l'homicide involontaire des deux bagagistes de Narita⁵⁹. Le 24 février 2003, M. Malik et M. Bagri ont choisi, avec le consentement du ministère public, de subir un procès devant juge seulement⁶⁰.

Le procès, qui a duré au total 217 jours, a commencé le 28 avril 2003 et s'est poursuivi jusqu'au 3 décembre 2004. Il a été suspendu pendant les vacances d'été en 2003 et en 2004.

Ce procès s'est déroulé dans la salle d'audience 20, pièce hautement sécurisée dotée d'un équipement électronique à la fine pointe de la technologie et rénovée tout spécialement pour le procès⁶¹. Vingt avocats y ont pris part au

⁵⁰ Dossier contextuel lié au para. b)(vi) du mandat, p. 105.

⁵¹ *HMTQ v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 362; *HMTQ v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 823;

R. v. Malik, Bagri and Reyat, 2002 BCSC 1291; *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2003 BCSC 29.

⁵² *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 484; *HMTQ v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 837; *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 864; *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2003 BCSC 231.

⁵³ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 477; *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 1679; *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 1731; *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2003 BCSC 30.

⁵⁴ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 1427.

⁵⁵ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 861.

⁵⁶ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 80.

⁵⁷ *HMTQ v. Malik*, 2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2^e) 40 au para. 3.

⁵⁸ *R. v. Reyat*, 2003 BCSC 254.

⁵⁹ *R. v. Reyat*, 2003 BCSC 1152.

⁶⁰ Voir l'historique de la procédure dans la *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 au para. 14.

⁶¹ Comme le mentionne la Direction générale des services judiciaires du ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique dans son rapport pour 2002-2003 (*Report of the 2002/2003 Fiscal Year*, 25 juin 2003), p. 7, en ligne : Legislative Assembly of British Columbia <http://www.llbc.leg.bc.ca/public/PubDocs/bcdocs/348810/csb_annual_report_2002_2003.pdf> (consulté le 7 juillet 2009).

nom du ministère public, six pour M. Malik et onze pour M. Bagri. De plus, deux avocats ont agi comme procureurs du tribunal. M. Reyat a engagé une équipe de neuf avocats pour sa défense avant de plaider coupable⁶².

Douze décisions sur des questions de droit ont été rendues durant le procès. Quatre décisions découlaient des requêtes du ministère public visant à annuler une ordonnance d'expurgation⁶³, à déclarer hostiles certains témoins⁶⁴ ou à faire admettre des preuves par oui-dire⁶⁵. Trois décisions étaient liées aux requêtes présentées par M. Bagri en vue de restreindre les preuves du ministère public jugées admissibles⁶⁶ et d'obtenir les déclarations selon lesquelles les droits de M. Bagri selon la *Charte* avaient été violés en raison de la destruction de preuves⁶⁷ et de la communication tardive d'éléments de preuve⁶⁸. Une autre décision faisait suite à une requête de M. Malik voulant qu'une preuve par oui-dire soit déclarée admissible⁶⁹, et deux autres, à des requêtes présentées par les deux accusés qui concernaient des questions de divulgation⁷⁰ et d'admissibilité d'autres preuves par oui-dire⁷¹. D'autres décisions ont été rendues relativement à une demande des médias visant l'accès aux mandats de perquisition et à des renseignements connexes⁷² ainsi qu'à une requête émanant d'un témoin, qui souhaitait obtenir une ordonnance permanente de non-publication pour préserver son identité, requête à laquelle s'opposaient les médias⁷³.

Le 16 mars 2005, les accusés ont tous deux été acquittés. Dans son jugement comptant 1 345 paragraphes⁷⁴, le juge Josephson concluait que la participation des accusés aux infractions n'avait pas été prouvée hors de tout doute raisonnable et que, par conséquent, il n'était pas nécessaire de statuer sur les présumées violations de la *Charte* associées aux preuves perdues ou détruites⁷⁵ et à la communication tardive d'éléments de preuve⁷⁶.

La procédure mettant en cause MM. Malik et Bagri s'est étendue sur près de quatre ans et demi. Quinze mois se sont écoulés entre l'arrestation du premier des deux accusés et le début de l'audition des requêtes préliminaires, qui ont été débattues pendant près d'un an. Le procès à proprement parler a commencé près de deux ans et demi après l'arrestation de M. Malik et de M. Bagri. Le dépôt d'un nouvel acte d'accusation inculquant aussi M. Reyat a allongé le délai, non seulement du fait de l'ajout d'un accusé qui pouvait présenter des requêtes

62 *HMTQ v. Malik, Bagri and Reyat*, 2001 BCSC 1758 au para. 4.

63 *HMTQ v. Malik and Bagri*, 2003 BCSC 887.

64 *R. v. Malik and Bagri*, 2003 BCSC 1428, 194 C.C.C. (3^e) 572; *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 149.

65 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 299, 26 B.C.L.R. (4^e) 320.

66 *R. v. Malik and Bagri*, 2003 BCSC 1387.

67 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39.

68 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 1309, 124 C.R.R. (2^e) 270.

69 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 812.

70 *HMTQ v. Malik and Bagri*, 2003 BCSC 1709.

71 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 819.

72 *HMTQ v. Malik and Bagri*, 2003 BCSC 993.

73 *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 520.

74 *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350.

75 *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 864; *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39.

76 *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 484; *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 1309, 124 C.R.R. (2^e) 270.

préliminaires, mais aussi du fait que ses avocats avaient besoin de temps pour se familiariser avec l'affaire. Le juge Josephson a refusé d'ordonner la tenue d'un procès distinct pour M. Reyat⁷⁷ et n'a pas alloué de sursis à son équipe d'avocats pour la préparation⁷⁸.

9.2.1 Gestion de projet

Bien avant que des accusations ne soient portées dans le procès Air India, le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique avait compris qu'il fallait gérer l'affaire à la manière d'un projet, et ce, afin que les tâches administratives et juridiques soient pleinement intégrées. Une équipe de gestion de projet a donc été formée, dirigée par un gestionnaire de projet.

L'équipe de gestion de projet devait s'occuper de toutes les questions administratives et interministérielles afin que les procureurs puissent se concentrer sur les aspects juridiques de l'affaire. Elle constituait également le principal point de liaison entre le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique et les organismes fédéraux et étrangers. Elle était en outre responsable de la négociation et de l'application des politiques, des protocoles et des lignes directrices qui devaient définir les tâches de chaque organisme et permettre de régler les questions relatives au personnel, aux budgets, aux installations et à la technologie⁷⁹.

L'équipe de gestion de projet, y compris les membres de l'équipe de la poursuite, a communiqué dès le début avec l'équipe chargée du procès des personnes accusées de l'explosion du vol de la Pan Am qui s'était écrasé à Lockerbie, en Écosse, en 1988. Elle croyait en effet pouvoir tirer parti des vastes connaissances et de l'expérience acquises par ceux qui géraient le procès de Lockerbie. Le gestionnaire de projet devait assurer la supervision des relations entre l'équipe d'Air India et l'équipe de Lockerbie⁸⁰. Les équipes de gestion de projet et de la poursuite ont eu de nombreuses rencontres avec leurs homologues de Lockerbie⁸¹. Au dire de MM. Wright et Code, ces visites se sont révélées très précieuses dans l'affaire Air India⁸².

Dès les premières étapes de l'affaire, l'équipe de gestion de projet a reçu l'appui du gouvernement de la Colombie-Britannique. Selon M. Wright, procureur principal de la Couronne, et M. Code, qui représentait la défense, grâce à

77 *HMTQ v. Malik, Bagri and Reyat*, 2001 BCSC 1758.

78 *HMTQ v. Malik, Bagri and Reyat*, 2001 BCSC 1758.

79 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 2, 4. Parmi les organismes étrangers, mentionnons le FBI (États-Unis) et la Gardia irlandaise.

80 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 23.

81 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 1-2. Les visites en Écosse et aux Pays-Bas ont également permis aux représentants du ministère public de rencontrer des membres des services judiciaires, des services des shérifs et des services de police qui ont participé au procès de Lockerbie et de visiter le complexe où se trouve la salle d'audience du procès, à Kamp van Zeist, aux Pays-Bas; celle-ci est dotée d'une technologie à la fine pointe, entre autres pour la gestion des transcriptions et des comptes rendus d'audiences, et bénéficie de mesures de sécurité, d'une zone protégée pour les victimes et d'un système de traduction complexe.

82 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 2.

cet appui, [traduction] « [...] l'approche fondée sur la gestion de projet et le soutien à l'équipe ont été coordonnés dans l'ensemble de l'appareil judiciaire; les décideurs (les services judiciaires pour ce qui est de la salle d'audience, les services de gestion pour les finances et le personnel, les services juridiques pour les questions relatives aux honoraires des avocats de la défense, les services correctionnels) en ont tous compris et accepté le bien-fondé⁸³ ». Le gestionnaire du projet a également recommandé la création d'un comité directeur et de groupes de travail composés de représentants issus de divers secteurs⁸⁴.

L'une des principales responsabilités du gestionnaire du projet était d'agir comme négociateur principal et de négocier avec le gouvernement fédéral les ententes de financement dans le cadre de cette affaire⁸⁵. Le gestionnaire du projet devait entretenir des liens étroits avec le chef du service des poursuites et avec le ministère de la Justice afin de maintenir le soutien du ministère à l'égard du procès⁸⁶.

MM. Wright et Code ont expliqué que [traduction] « [...] Le gestionnaire du projet en est venu à assumer le rôle de directeur général une fois l'étape principale de la planification terminée et le plan mis en œuvre⁸⁷ ». Cependant, le gestionnaire du projet est demeuré responsable de la coordination des efforts des services et des organismes qui ont participé, indirectement ou directement, au procès Air India⁸⁸.

9.2.2 Processus de divulgation

Selon MM. Wright et Code, le nombre de documents associés au procès Air India était « astronomique ». Les documents initiaux fournis par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) au ministère public en 1999 totalisaient 500 000 pages. L'exposé des faits était réparti en 90 volumes. D'autres documents ont suivi, dont 18 144 kg (40 000 lb) de bobines de bande magnétique du SCRS⁸⁹. Geoffrey Gaul était porte-parole auprès des médias durant le procès Air India et, en 2003, il a été nommé directeur de la Direction générale de la justice pénale au ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique. M. Gaul a déclaré à la Commission qu'à un certain moment, le ministère public recevait de nouveaux documents par dizaines de milliers⁹⁰.

Selon le témoignage de M. Gaul, l'équipe de la poursuite dans l'affaire Air India a vu l'importance de préparer, avant l'inculpation, les documents qui allaient devoir être communiqués à la défense :

83 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 2.

84 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 3. Le comité inter-organisme qui a été créé pour la construction de la salle d'audience 20 expressément pour le procès Air India en est un exemple.

85 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 3.

86 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 4.

87 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 3.

88 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 4.

89 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie II, p. 11.

90 Témoignage de Geoffrey Gaul, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11357.

[Traduction]

[D]ès le début, nous nous sommes rendu compte qu'il n'y avait aucun avantage à procéder à une évaluation avant l'inculpation, tant que le dossier n'était pas organisé de façon telle qu'au moment où une accusation pourrait être portée, nous puissions communiquer rapidement la preuve [...].

Si nous portons une accusation pour ensuite réaliser que nous devons organiser l'information pour pouvoir la communiquer de manière équitable à la défense, cela peut prendre des mois, peut-être même des années. Vous pouvez imaginer les longs délais, Monsieur le Commissaire. Il y a une personne qui a été mise en accusation. La présentation de l'information n'est pas conviviale et le ministère public s'embrouille à essayer de débrouiller tout ça pour arriver à une information qui peut être divulguée.

Alors ce que nous avons fait ici, nous avons pris les devants dans une large mesure, et préparé à l'avance le dossier afin de pouvoir, au moment de l'évaluation préalable à l'inculpation, approuver l'accusation et divulguer l'information⁹¹.

Dans une décision rendue en 2001 dans l'affaire Malik et Bagri, le juge en chef adjoint Dohm, en Colombie-Britannique, décrivait l'énorme masse d'information que la défense devait examiner :

- 93 reliures réunissant des documents communiqués récemment;
- Un « deuxième volet » de divulgation de la part du ministère public, soit 170 000 documents contenant de 600 000 à 1 000 000 de pages et un index de 33 volumes;
- tout le matériel du SCRS et de la GRC lié à l'écoute électronique, qui représentait apparemment des centaines d'heures de conversation. Le juge en chef adjoint Dohm a déclaré que la défense était consciente du fait que certaines écoutes électroniques en vertu du *Code criminel* s'étendaient sur sept ou huit mois, et qu'il y avait des bandes d'écoute électronique du SCRS pour plusieurs années;
- tout autre document qui serait divulgué par le ministère public, y compris ceux fournis à la défense à la suite de requêtes de divulgation⁹².

⁹¹ Témoignage de Geoffrey Gaul, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11366-11367.
⁹² *Malik and Bagri v. HMTQ*, 2001 BCSC 2 au para. 16.

Pour sa part, le juge Josephson a statué que le SCRS devait respecter l'obligation de divulgation⁹³ stipulée dans l'arrêt *Stinchcombe*⁹⁴. Cette décision a soulevé la possibilité de litiges à propos de la communication de renseignements touchant à la sécurité nationale.

Dans le procès Air India, la divulgation s'est effectuée en plusieurs « volets » : pour le premier volet, on a fourni des copies papier et électroniques des documents, pour le deuxième volet, on a communiqué la preuve sous forme électronique seulement et pour le troisième volet, on a donné à la défense l'accès à de nombreux dossiers qu'elle pouvait consulter.

Selon le témoignage de M. Gaul, l'équipe de la poursuite a opté pour la communication électronique. Le dossier du procès, ou « dossier de la Couronne » – le sommaire des documents servant de fondement à la poursuite –, a été fourni sous forme électronique et en copie papier, dans environ 90 volumes⁹⁵. M. Gaul a parlé d'un deuxième volet de divulgation sous forme électronique, à savoir [traduction] « [...] le reste des éléments de preuve susceptibles d'être pertinents pour la défense, mais sans être utilisés dans la poursuite⁹⁶ ».

MM. Wright et Code ont expliqué qu'au moment où les accusations ont été portées, aucun cabinet privé d'avocats à Vancouver n'avait l'équipement informatique ni l'expertise voulus pour traiter la multitude de documents divulgués dans l'affaire Air India, en particulier les documents électroniques⁹⁷. Afin de remédier à cette lacune, le ministère public a négocié avec chaque équipe de la défense en vue de lui fournir l'équipement informatique et les applications nécessaires pour traiter les documents⁹⁸.

Il fallait fournir de l'équipement aussi à l'accusé, qui était en détention préventive en attendant le procès. Le gestionnaire du projet a donc travaillé de concert avec les shérifs pour garantir la sécurité des données tout au long du procès⁹⁹.

Le ministère public a opté pour la communication électronique de la preuve et est demeuré en étroite liaison avec les équipes de la défense pour discuter des questions liées à la technologie de l'information qui pouvaient être soulevées¹⁰⁰. En outre, une base de données a été établie pour permettre de savoir quelle information avait été communiquée ou ne l'avait pas été¹⁰¹.

Selon le témoignage de M. Code, la divulgation comportait un troisième volet, qui touchait des « documents accessoires » conservés dans les salles d'archives – [traduction] « [...] des salles remplies de documents que personne n'avait même

93 *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 864 aux paras. 9-10, 14.

94 *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

95 Témoignage de Geoffrey Gaul, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11366-11367.

96 Témoignage de Geoffrey Gaul, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11368.

97 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 13.

98 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 13.

99 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 16.

100 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 15-16.

101 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 14.

regardés, sans qu'on puisse dire qu'ils n'étaient pas pertinents; ils satisfaisaient à la règle de l'arrêt *Stinchcombe* ». Le ministère public, qui n'avait pas le temps ni les ressources pour numériser et communiquer ces documents de façon électronique, s'est entendu avec la défense pour permettre aux avocats d'y avoir accès sous réserve d'un engagement de non-divulgation. Il revenait aux avocats de la défense de passer en revue ces documents. S'ils trouvaient des documents qui les intéressaient, ils pouvaient demander des photocopies et les apporter à leur bureau¹⁰².

Engagements : le ministère public et la défense ont conclu trois engagements concernant la divulgation. Le premier engagement touchait les documents volumineux et probablement non pertinents en majeure partie. En pareil cas, des copies des documents étaient fournies aux avocats de la défense pour qu'ils les examinent à leur bureau. Les documents devaient toutefois être conservés en lieu sûr et les avocats de la défense n'avaient pas le droit de divulguer l'information à d'autres personnes, y compris à l'accusé, sans le consentement du ministère public ou sans une ordonnance du tribunal. À terme, les documents devaient être rendus au ministère public¹⁰³.

Le deuxième engagement touchait les documents qui devaient rester en la possession du ministère public, mais qui pouvaient être consultés par les avocats de la défense. Cette forme d'engagement a été utilisée pour des documents protégés moins nombreux, que le ministère public devait garder en tout temps en sa possession¹⁰⁴.

Selon le troisième engagement, les avocats de la défense pouvaient se rendre aux bureaux du ministère public ou du SCRS pour examiner les documents que ce dernier n'avait pas communiqués ou dont il avait communiqué auparavant une version expurgée. Même si les documents portaient sur des questions de sécurité nationale, ces questions n'étaient pas du tout pertinentes dans le cadre de l'affaire. Les avocats de la défense pouvaient consulter ces documents intégralement par des moyens électroniques, mais les documents restaient en la possession du SCRS. Ils étaient autorisés à dresser une liste de l'information pertinente à laquelle ils voudraient peut-être avoir accès, mais ils ne pouvaient rien noter d'autre à propos de cette information. Les avocats qui signaient l'engagement n'avaient pas le droit de divulguer l'information à quiconque, y compris à leurs clients, sans obtenir une ordonnance du tribunal ou le consentement du ministère public. Ils pouvaient, cependant, communiquer l'information à d'autres avocats de la défense qui avaient signé l'engagement¹⁰⁵.

Le troisième engagement n'empêchait nullement le ministère public, le SCRS et le procureur général du Canada de revendiquer un privilège de confidentialité, ce qui y était précisé. Dans presque tous les cas, les avocats de la défense ont

102 Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11372-11373.

103 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie III.

104 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie III.

105 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie III.

conclu que les documents n'avaient pas de portée dans l'affaire¹⁰⁶. Selon le témoignage de M. Code, si la défense demandait au ministère public l'accès à un document qu'elle jugeait pertinent et utile, le ministère public la libérait toujours de son engagement de non-divulgaration¹⁰⁷.

Ce troisième engagement permettait d'éviter la présentation de requêtes en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme l'a déclaré M. Code, [traduction] « [...] nous avons négocié des solutions pour la communication des documents, sinon nous aurions dû nous adresser à la cour¹⁰⁸ ». Par conséquent, aucune requête en vertu de l'article 38 n'a été présentée, de sorte que les équipes de la défense et de la poursuite n'ont jamais eu à s'en remettre à la Cour fédérale, processus laborieux et difficile sur le plan logistique.

9.2.3 Services offerts aux familles des victimes du vol 182

Peu après que M. Reyat eut plaidé coupable, le Commission nationale des libérations conditionnelles a offert aux membres des familles des victimes de s'inscrire comme victimes et de présenter des déclarations exposant les dommages subis à ce titre¹⁰⁹. Les victimes inscrites pouvaient ainsi être tenues au courant de la sentence imposée à M. Reyat et de toute date d'admissibilité à la libération conditionnelle¹¹⁰. M. Reyat a purgé sa peine et a été libéré sous caution en juillet 2008, alors qu'il attendait son procès pour faux témoignage au procès Air India¹¹¹.

Plusieurs mesures ont été prises pour permettre aux membres des familles des victimes d'assister au procès et de suivre la procédure judiciaire. En Colombie-Britannique, la loi sur l'aide aux victimes de crimes (*Crime Victim Assistance Act*)¹¹² et les règlements d'application connexes¹¹³ prévoient la prestation de services et l'octroi d'une aide financière aux membres de la proche famille des victimes de certaines infractions criminelles. Ces textes donnent une latitude considérable au directeur de l'aide aux victimes de crimes¹¹⁴ pour le remboursement des frais de déplacement et autres assumés par la proche famille pour assister aux procédures judiciaires¹¹⁵. La somme maximum allouée est de 3 000 \$ pour chacun des membres d'une famille¹¹⁶.

¹⁰⁶ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie III.

¹⁰⁷ Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11375-11376.

¹⁰⁸ Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11384.

¹⁰⁹ Maryam Majedi, *Air India Victim Services Legacy* (avril 2005), para. 28 [*Air India Victim Services Legacy*]. M^{me} Majedi était directrice des services aux victimes au sein de l'équipe chargée du procès Air India, à la Direction générale de la justice pénale, ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique.

¹¹⁰ *Air India Victim Services Legacy*, para. 28.

¹¹¹ « Convicted Air India bombmaker Inderjit Singh Reyat free on bail » (10 juillet 2008), en ligne : CBC News <<http://www.cbc.ca/canada/british-columbia/story/2008/07/10/bc-reyat-bail-posted.html>> (consulté le 2 décembre 2008).

¹¹² S.B.C 2001, c. 38.

¹¹³ B.C. Reg. 161/2002.

¹¹⁴ L'article 18 de la *Crime Victim Assistance Act* permet au ministre de nommer un fonctionnaire au poste de directeur.

¹¹⁵ B.C. Reg. 161/2002, art. 23(3)a).

¹¹⁶ B.C. Reg. 161/2002, art. 23(5).

Le 27 octobre 2000, lorsque des accusations ont été portées contre MM. Malik et Bagri, les Services aux victimes et témoins de la Colombie-Britannique ont fait part des accusations aux membres connus des familles des victimes de la tragédie d'Air India et leur ont demandé s'ils désiraient être tenus au courant du déroulement de la procédure¹¹⁷. Peu de temps après, un programme spécial (le programme) a été mis en place pour offrir une aide exhaustive aux membres de la proche famille avant et durant le procès. Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique a en outre créé le Service d'aide aux victimes et témoins de l'affaire Air India (Air India Crown Victims and Witnesses Service – AICVWS), qui est devenu responsable de la gestion du programme¹¹⁸.

L'une des premières tâches de l'AICVWS était de retracer les membres des familles que l'on n'avait pas encore retrouvés. Le Service a communiqué avec 376 des 487 personnes recensées dans la base de données de l'AICVWS¹¹⁹. Les autres personnes n'ont pas pu être retracées, étaient décédées ou avaient demandé qu'on ne communique plus avec elles¹²⁰.

Une fois admis, deux membres de chaque famille avaient droit au remboursement des frais de déplacement, d'hébergement et d'assurance-voyage et à des indemnités de repas pour pouvoir assister au procès pendant une semaine¹²¹. On entendait par « membre de la famille » le conjoint ou la conjointe, les parents, les enfants, les frères et sœurs, les grands-parents et les oncles et tantes d'une victime décédée¹²². Au stade de l'examen de l'admissibilité, l'AICVWS a tenu compte des cas particuliers et a parfois permis à plus de deux membres de la famille d'assister au procès lorsque l'un ou plusieurs d'entre eux avaient besoin que quelqu'un les accompagne en raison de leur santé fragile (âgés ou malades). L'AICVWS a également fait des exceptions pour les familles éclatées¹²³.

Certains des membres des familles des victimes sont venus de loin, par exemple de l'Inde, l'Arabie saoudite, le Sri Lanka et l'Australie, ce qui a été plus exigeant à gérer et plus coûteux¹²⁴.

Comme l'AICVWS considérait, dès le départ, qu'il était important de tenir les membres des familles des victimes au courant, il a fallu gérer la transmission de l'information leur étant destinée, tâche qui n'était pas simple¹²⁵. Pour ce faire, l'AICVWS a utilisé divers moyens, dont un site Web protégé, des bulletins

117 Voir *Air India Victim Services Legacy*, para. 3.

118 Cet organisme est appelé « Air India Victim/Witness Services (AIVWS) » (Services aux victimes et témoins de l'affaire Air India) dans le document intitulé *Air India Victim Services Legacy*.

119 *Air India Victim Services Legacy*, para. 8.

120 *Air India Victim Services Legacy*, para. 8.

121 Services aux témoins et victimes de l'affaire Air India, ministère du Procureur général (Colombie-Britannique), *Victim Services Handbook*, p. 43, 46 [guide des services aux victimes de l'affaire Air India].

122 Guide des services aux victimes de l'affaire Air India, p. 41.

123 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 17.

124 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 18.

125 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 18.

d'information, un guide à l'intention des victimes, l'octroi de fonds pour permettre la présence au procès, des visites de l'entrepôt où étaient conservées les preuves judiciaires (l'avion partiellement reconstruit), un lieu de rencontre dans les bureaux du ministère public, des conseillers et du personnel offrant des services aux victimes, des séances d'information régulières données par le procureur en chef aux membres des familles des victimes qui s'étaient déplacés, un livre commémoratif, le remboursement des communications par téléphone et par courriel des visiteurs à leur domicile et, enfin, des rencontres régionales avec le ministère public, la police et les victimes¹²⁶.

Cinq agents de l'AICVWS et un avocat ont été désignés pour aider les membres des familles des victimes durant le procès Air India et pendant un certain temps par la suite¹²⁷. Lorsque des preuves que comptait présenter le ministère public risquaient de susciter davantage l'émotion, comme le témoignage de ce secouriste irlandais qui a essayé de récupérer les corps des victimes, les agents portaient une attention particulière aux membres des familles¹²⁸.

Les agents de l'AICVWS ont commencé à se préparer en prévision du verdict dès mai 2004. La fin de semaine précédant le prononcé du verdict, l'AICVWS, le gestionnaire du projet Air India, le procureur en chef et le chef du Groupe de travail sur l'écrasement de l'avion d'Air India, à la GRC, ont rencontré les membres des familles, ceux qui demeuraient dans la région ou qui étaient en visite, pour discuter du verdict qui pourrait être rendu et répondre à leurs questions.

Au total 77 membres des familles, amis et témoins étaient présents lorsque le verdict a été prononcé, le 17 mars 2005. Une fois ce dernier rendu, le procureur en chef, l'agent de liaison avec les médias du ministère public et le chef du Groupe de travail sur l'écrasement de l'avion d'Air India de la GRC ont tenu une séance-bilan. Les agents de l'AICVWS étaient prêts à intervenir auprès des familles qui en auraient besoin et à les appuyer de multiples façons. Ils ont aidé de nombreux membres des familles en cette période difficile qu'ils traversaient. Leur soutien a été d'autant plus précieux que certains des membres des familles n'avaient reçu aucune aide psychologique en 1985, immédiatement après la tragédie.

L'article 722 du *Code criminel* permet aux membres des familles de victimes décédées de présenter des déclarations sur les dommages subis, au moment de la détermination de la peine. Cependant, comme MM. Malik et Bagri ont été acquittés et qu'il n'y a pas eu de peine imposée, l'article 722 ne pouvait pas s'appliquer.

Même si M. Reyat avait été condamné en 2003 pour homicide involontaire, les membres des familles n'avaient pas été invités à présenter des déclarations à titre de victimes à l'époque. Néanmoins, lors de la détermination de la peine, le juge Brenner a cité, en les approuvant, les commentaires du procureur en

¹²⁶ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 18.

¹²⁷ Voir les noms et biographies des agents et des avocats-conseils dans le guide des services aux victimes de l'affaire Air India, p. 66-70.

¹²⁸ Ce témoignage est présenté dans la cause *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 aux paras. 40-48.

chef qui, lorsqu'il a parlé des répercussions de la tragédie sur les membres des familles, a déclaré [traduction] : « L'énormité de cette catastrophe est presque indescriptible¹²⁹ ».

9.2.4 Coûts du procès

Services aux victimes : Le coût total des services de l'AICVWS et du programme a atteint 1,8 million de dollars. Bien que le programme ait été entièrement géré par l'AICVWS, qui relevait du ministère du Procureur général de la province, le gouvernement fédéral a assumé la totalité des coûts¹³⁰.

Coût de la poursuite : Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique a rendu compte des dépenses assumées par la province pour le procès, à l'exclusion du coût des services de police. Ont été comptabilisés les coûts à partir des préparatifs assurés par une petite équipe en 1996 jusqu'à l'acquittement en mars 2005¹³¹. Les dépenses ont été réparties comme suit :

Étape préparatoire ¹³²	5 610 144 \$
Poursuite, à l'exclusion des services aux témoins et victimes	13 249 967 \$
Témoins experts et autres témoins ¹³³	1 759 333 \$
Services aux victimes	1 176 623 \$
Coût total de la poursuite¹³⁴	32 386 067 \$

Coût de la défense : Peu de temps après que des accusations ont été portées, M. Bagri a été déclaré admissible à l'aide juridique en raison de la complexité de l'affaire et du long délai de préparation alloué au ministère public. Normalement, il n'y aurait pas été admissible compte tenu de son revenu et de son avoir net. M. Reyat a également été déclaré admissible à l'aide juridique lorsque son nom a été ajouté à l'acte d'accusation, surtout parce qu'il était en détention à ce moment-là et qu'il n'avait aucun moyen de payer sa défense.

M. Malik, par contre, ne répondait pas aux critères de la Colombie-Britannique et n'était donc pas admissible à l'aide juridique. Lors de l'audience sur le cautionnement, il estimait son avoir net à 11,6 millions de dollars. Néanmoins, en février 2002, il a conclu une entente de financement provisoire avec le procureur général de la Colombie-Britannique. Il pouvait ainsi payer immédiatement ses frais juridiques pendant qu'il procédait à la liquidation de ses actifs. En date du 19 septembre 2003, le procureur général avait versé plus de 3,6 millions de dollars à l'équipe chargée de la défense de M. Malik, composée de 11 membres, en application de l'entente de financement provisoire. À ce moment-là,

129 *R. v. Reyat*, 2003 BCSC 254 au para. 12.

130 Ministère du Procureur général (Colombie-Britannique), *Factsheet: Statement of Expenditures for the Air India Trial*, 2005AG0036-001081 (23 novembre 2005), p. 1, en ligne : gouvernement de la Colombie-Britannique <http://www2.news.gov.bc.ca/news_releases_2005-2009/2005AG0036-001081-Attachment1.pdf> (consulté le 28 novembre 2008) [état des dépenses du procès Air India].

131 État des dépenses du procès Air India, p. 1, note de bas de page 1.

132 Ce montant ne comprend pas les dépenses liées au procès et à la condamnation de M. Reyat en 1991 : état des dépenses du procès Air India, p. 1-2.

133 Le ministère public a convoqué un total de 90 témoins (experts et autres témoins).

134 État des dépenses du procès Air India, p. 1.

M. Malik soutenait que pour assurer sa défense jusqu'à la fin du procès, il aurait besoin d'une somme supplémentaire d'environ 2,7 millions de dollars, outre plusieurs centaines de milliers de dollars en frais informatiques¹³⁵. M. Malik prétendait également qu'il avait payé de sa poche, jusque-là, 650 000 \$ en frais juridiques¹³⁶.

Devant les désaccords survenus avec le procureur général de la Colombie-Britannique à propos de sa solvabilité et de créances non garanties, M. Malik a présenté une demande de financement fondée sur « l'affaire Rowbotham »¹³⁷. Une audience s'est tenue à l'été 2003 et une décision a été rendue le 19 septembre 2003¹³⁸. À ce stade, le procureur général de la Colombie-Britannique a admis que M. Malik ne pourrait avoir un procès équitable sans l'aide d'un avocat¹³⁹. Le juge a néanmoins conclu que M. Malik n'était pas admissible au soutien financier pour sa défense, parce qu'il n'était pas dans le dénuement et qu'il n'avait pas fait les efforts nécessaires pour obtenir des fonds afin d'assurer sa défense. Le juge a statué que M. Malik pouvait assumer le reste de ses frais juridiques et prendre toute mesure voulue pour réduire les coûts, mais ne s'est pas prononcé sur le financement déjà fourni par l'État¹⁴⁰.

Malgré cette décision, le procureur général de la Colombie-Britannique a avancé d'autres fonds à M. Malik pendant la durée du procès Air India, conformément aux modalités de l'entente de financement provisoire, qui a été modifiée périodiquement en fonction de l'évolution de la nature de la cause.

La province a pris en garantie des biens appartenant aux coaccusés et devait ultérieurement demander un remboursement selon l'entente.

La loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée (*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*)¹⁴¹ de la Colombie-Britannique protège les renseignements personnels concernant les ententes individuelles. Cependant, le ministère du Procureur général de la province a donné un aperçu de l'envergure du financement offert aux trois coaccusés, estimé à un total de plus de 21 millions de dollars. Il s'agit ici de tous les fonds consentis pour la défense, que ce soit sous forme de prêt ou de subvention, à compter du dépôt des accusations en 2000¹⁴². Une somme de 358 000 \$ a été ajoutée pour les frais administratifs liés à la défense¹⁴³, ce qui porte le total à 21,4 millions de dollars¹⁴⁴.

135 L'historique de cette entente ainsi que les sommes avancées à M. Malik sont exposés dans l'arrêt *HMTQ v. Malik*, 2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2^e) 40 aux paras. 2, 4-15.

136 *HMTQ v. Malik*, 2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2^e) 40 au para. 17.

137 *HMTQ v. Malik*, 2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2^e) 40. *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3^e) 1 a établi que toute personne accusée d'une infraction criminelle grave et qui n'est pas admissible à l'aide juridique peut demander à un juge de lui assigner un avocat.

138 *HMTQ v. Malik*, 2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2^e) 40.

139 *HMTQ v. Malik*, 2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2^e) 40 au para. 1.

140 *HMTQ v. Malik*, 2003 BCSC 1439, 111 C.R.R. (2^e) 40.

141 R.S.B.C. 1996, c. 165.

142 État des dépenses du procès Air India, p. 1.

143 Ces frais administratifs comprennent l'impression et les photocopies ainsi que l'équipement informatique nécessaire pour consulter la preuve communiquée sous forme électronique et y faire des recherches.

144 État des dépenses du procès Air India, p. 1.

Selon des articles parus dans les médias en novembre 2005, Wallace Oppal, procureur général de la Colombie-Britannique, avait déclaré que M. Bagri devait toujours 9,7 millions de dollars au gouvernement et M. Malik, 6,4 millions de dollars¹⁴⁵.

Sommaire des coûts

Le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique a estimé le total des dépenses dans le cadre du procès Air India, avant la contribution fédérale, à près de 58 millions de dollars.

Tribunaux – Frais de fonctionnement liés au soutien au procès et à la sécurité	7 753 052 \$
Dépenses de la poursuite	
Étape préparatoire	5 610 144 \$
Poursuite, à l'exclusion des services aux témoins et victimes	13 249 967 \$
Témoins experts et autres témoins	1 759 333 \$
Services aux victimes	1 766 623 \$
Coût total de la poursuite	22 386 067 \$
Dépenses des services juridiques	
Financement de la défense (moins la TVP incluses)	22 026 914 \$ (945 105 \$)
Financement de la défense avant TVP	21 081 809 \$
Frais administratifs	357 717 \$
Coût total des services juridiques	21 439 526 \$
Services correctionnels – Dépenses de fonctionnement et de détention	1 958 581 \$
Services de gestion – Dépenses liées au soutien administratif	<u>230 718 \$</u>
Total des dépenses avant charge d'amortissement	53 767 944 \$
Charge d'amortissement	
Coûts en capital	7 825 453 \$
Moins : valeur comptable nette	3 815 903 \$
Part pour Air India	4 009 550 \$
Total des dépenses avant la contribution du fédéral	57 777 494\$¹⁴⁶

¹⁴⁵ Selon certains articles publiés dans le *Vancouver Sun*, le *Province*, le *Times Colonist* et le *Globe and Mail* le 24 novembre 2005.

¹⁴⁶ Les frais associés à la clôture de la procédure en 2005-2006 ne sont pas compris dans ce montant : état des dépenses du procès Air India, p. 1-2.

9.2.5 Partage des coûts entre le fédéral et la province

Le gouvernement fédéral et le ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique ont négocié une entente de partage des coûts pour le procès Air India. Peu de temps après que les accusations ont été portées et avant de conclure l'entente, le gouvernement fédéral a accordé 1 million de dollars au ministère. En 2001, conformément aux modalités de l'entente, le gouvernement fédéral s'est engagé à payer à peu près la moitié des coûts du procès Air India, y compris tous les coûts liés à l'AICVWS¹⁴⁷. Étaient exclus les coûts en capital assumés par la Colombie-Britannique, principalement pour la construction de la salle d'audience 20, à sécurité élevée, où le procès s'est déroulé¹⁴⁸.

Le ministère du Procureur général de la province a estimé à un total de 27,5 millions de dollars la contribution du gouvernement fédéral, de sorte que les dépenses totales du ministère se sont établies à 30,3 millions de dollars¹⁴⁹.

9.3 Mesures pour faire en sorte que les procès antiterroristes demeurent gérables

Plusieurs événements auraient pu empêcher le procès Air India de déboucher sur un verdict. On aurait pu opter pour une procédure devant jury. Or, une fois que le procès devant 12 jurés a commencé, lorsque plus de deux jurés sont libérés de leur fonction pour cause de maladie ou de difficultés personnelles, le procès est alors déclaré nul. Et même si les dix jurés restants demeuraient pendant toute la durée du procès, il faudrait l'ajourner plus souvent que dans le cas d'un procès devant un juge seul, par exemple si un juré était malade. Par ailleurs, le juge aurait pu être frappé d'incapacité; dans le cas d'un procès présidé par un juge seul, la procédure doit alors être reprise du début. Les avocats auraient pu négliger leurs obligations professionnelles en tant qu'officiers de justice et recourir à des tactiques pour retarder le procès; ils auraient pu par exemple présenter des requêtes futiles, y compris celles qui doivent être soumises à la Cour fédérale ou qui donnent lieu à des appels interlocutoires, convoquer des témoins sans fondement valable, abuser du contre-interrogatoire, refuser d'accepter des faits non contestés et porter en appel des décisions défavorables avant que le procès ne soit terminé. De telles tactiques auraient pu retarder le procès irrémédiablement. En outre, s'ils avaient manqué d'expérience, les procureurs principaux n'auraient peut-être pas eu le jugement voulu pour éviter des voies de poursuite ou de défense qui auraient eu pour effet de retarder ou de compliquer davantage le procès.

Si le ministère public avait été moins bien organisé, il n'aurait peut-être pas été en mesure de gérer l'ampleur de l'obligation de divulgation, ce qui aurait entraîné la suspension de l'instance. Si les relations entre les équipes de la défense et de

¹⁴⁷ État des dépenses du procès Air India, p. 1.

¹⁴⁸ État des dépenses du procès Air India, p. 2.

¹⁴⁹ État des dépenses du procès Air India, p. 1.

la poursuite s'étaient détériorées¹⁵⁰, l'esprit de collaboration n'aurait pas été le même et il n'aurait peut-être pas été possible de conclure l'entente particulière visant à régler des questions qui, autrement, auraient dû être portées devant la cour en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ce qui aurait considérablement allongé le procès.

Dans le rapport qu'il a adressé à la Commission, Bruce MacFarlane fait une analyse générale des « réalités » des procès antiterroristes et recense d'autres obstacles qui pourraient empêcher de tels procès de déboucher sur un verdict :

« Les procès de terroristes comportent plusieurs réalités importantes. Ils sont habituellement longs et très complexes. Les obligations de la Couronne en matière de communication de la preuve soulèvent souvent des questions de sécurité nationale. Au moins au Canada, les personnes accusées de terrorisme ont le droit de choisir de comparaître devant un jury ou un juge seul. Les gestes dont ils sont accusés sont souvent atroces; ils soulèvent la colère de la population, puis la police et les procureurs subissent des pressions exceptionnelles pour déclarer coupables les personnes qui en sont responsables. Les politiciens s'ingèrent parfois dans les affaires et compliquent ainsi le respect des exigences concernant le droit à un procès équitable.

[...]

Ces réalités peuvent compromettre les procès des terroristes. Pour différentes raisons, il se peut qu'un procès indéfiniment long ne connaisse jamais de dénouement : un procès peut être annulé si plus de deux jurés doivent être démis de leurs fonctions; un procès peut être interrompu si le juge de première instance est dans l'impossibilité de continuer de se charger de l'affaire; une mauvaise gestion de la Couronne ou la simple réalité de ses obligations en matière de communication de la preuve peuvent entraîner une suspension de l'instance; les demandes de la défense relativement à la divulgation de renseignements critiques pour la sécurité peuvent forcer [...] [la] Couronne à mettre fin au dossier afin de protéger ces renseignements si les demandes sont acceptées; si l'affaire prend l'envergure d'un « méga » procès, l'effet du simple passage du temps peut entraîner l'effondrement de la preuve de la Couronne, qui devra mettre fin à l'instance sans qu'aucun jugement n'ait été rendu sur le bien-fondé de la preuve. De

¹⁵⁰ MM. Wright et Code ont fait état des « bonnes relations administratives » entretenues par le ministère public et la défense dans le cadre du procès Air India, grâce auxquelles le processus de communication de la preuve a été fructueux et d'autres aspects du procès ont pu être bien gérés : rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 10.

plus, les personnes accusées risquent de ne pas profiter d'un procès équitable si les gestes qui leur sont reprochés sont si atroces que leur simple allégation a eu un effet direct sur l'évolution de la société : influence sur le bassin de population dans lequel sont choisis les jurés et modification des décisions normalement prises par la police, les procureurs, les scientifiques et, selon certains, la magistrature¹⁵¹. »

Le procès Air India a bel et bien débouché sur un jugement. Grâce à une bonne gestion et, dans certains cas, avec un peu de chance, il a été possible d'éviter de nombreux écueils qui auraient pu retarder considérablement le procès, ou même le faire échouer. Des leçons doivent être tirées de cette expérience. Néanmoins, les mesures et les modalités de gestion employées lors du procès Air India ne devraient pas être envisagées d'office dans les futures causes antiterroristes. Car chaque cause comporte des caractéristiques particulières.

La section qui suit présente diverses mesures permettant de réduire le risque que les procès antiterroristes n'aboutissent pas à un verdict. On peut notamment : assurer une bonne gestion administrative du procès; nommer un juge au tout début du processus; définir un processus judiciaire pour la communication de la preuve; faire entendre les requêtes au début du processus; garantir un financement suffisant pour les avocats de la défense et de la poursuite; encourager les juges à faire montre de plus de fermeté dans la conduite du procès et les avocats à agir de façon plus responsable en tant qu'officiers de justice; accroître le nombre de jurés pour éviter que les procès très longs en viennent à être déclarés nuls. De plus, bien que cela n'influe pas sur l'aboutissement à un verdict, la décence veut que l'on tienne dûment compte des besoins des victimes et de leurs familles lors des procès antiterroristes.

Le chapitre VII traitait en détail de l'importance de modifier l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de permettre au juge du procès de rendre ou de revoir des ordonnances de non-divulgaration pour des motifs de sécurité nationale. Nous ne parlerons que brièvement de l'article 38 ici, et ce, strictement dans le contexte des responsabilités du juge quant à la gestion de l'étape préparatoire au procès.

9.3.1 Gestion de projet

Selon MM. Wright et Code, [traduction] « [...] un mégadossier devrait être considéré non seulement comme une poursuite, mais également comme un projet administratif d'envergure », et il convient alors d'adopter une approche fondée sur la gestion de projet. Cette approche suppose que l'on « [...] nomme un gestionnaire de projet, constitue une équipe de projet, assure la planification de la gestion du projet, établit un budget, évalue les risques, procède à la mise en œuvre, au suivi et à l'évaluation »¹⁵².

¹⁵¹ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 328.

¹⁵² Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 2.

L'approche misant sur la gestion de projet retenue pour l'affaire Air India constituait un aspect fondamental du procès. Dans les futurs procès, les gestionnaires de projet pourraient jouer un rôle tout aussi important, et s'occuper des multiples questions administratives complexes susceptibles de prolonger, voire de compromettre une poursuite antiterroriste. Les avocats pourront ainsi se concentrer sur les questions d'ordre juridique.

9.3.2 Partage des coûts

Le procès Air India nous a donné un modèle d'entente de partage des coûts entre le fédéral et une province qui pourra servir dans les futurs mégaprocès antiterroristes. Mais il faut disposer de fonds suffisants pour tous les aspects d'un procès antiterroriste : la gestion du projet et le processus de communication de la preuve, l'embauche d'un nombre suffisant d'avocats compétents et chevronnés, pour la poursuite et la défense, et la prestation de services aux victimes et à leurs familles.

Le gouvernement fédéral est intéressé au premier chef par les poursuites antiterroristes, dans lesquelles il joue un rôle crucial. L'un de ses apports fondamentaux dans les poursuites longues et complexes est son soutien financier. La Colombie-Britannique a dû absorber une dépense de plus de 30 millions de dollars pour le procès Air India, même après avoir obtenu du gouvernement fédéral une somme de 27,5 millions de dollars. Les petites provinces n'ont pas nécessairement la capacité d'assumer financièrement des procès aussi longs et complexes; une généreuse contribution du fédéral s'imposera donc. Comme nous le verrons, le partage des coûts par le fédéral pourrait également encourager des avocats d'expérience à participer, pour la défense, aux poursuites antiterroristes de longue durée. Le partage des coûts pourrait également permettre la gestion adéquate du projet, de sorte que les avocats puissent se concentrer sur les questions juridiques sans avoir à se préoccuper des détails administratifs et logistiques.

9.3.3 Juge du procès

Afin d'accroître les chances que les procès antiterroristes débouchent sur un verdict, on peut apporter de nombreux changements à la procédure, mais c'est le juge qui est au cœur de l'instruction. Il est donc essentiel de nommer un juge compétent et expérimenté, un magistrat qui s'y entend en droit pénal, qui comprend le principe de l'indépendance de la magistrature, qui a la santé et qui est prêt à s'engager dans une procédure qui pourrait s'étendre sur une très longue période.

Selon MM. Wright et Code, voici les qualités que le juge devrait posséder :

[Traduction]

Le juge du procès doit être vif d'esprit, chevronné, équitable et patient. Il doit pouvoir être attentif pendant de longs

moments. [...] Comme il est généralement impossible de reprendre les mégaprocès, il est d'autant plus important de choisir un juge qui ne fera pas d'erreur donnant lieu à cassation. C'est donc dire qu'il faut le choisir parmi les plus perspicaces, les plus justes et les plus expérimentés. Par ailleurs, en raison de la longueur excessive de ces causes, vous devez opter pour un juge qui fera preuve de persévérance et n'essaiera pas d'avoir la mainmise sur le procès, qui traînera inévitablement en longueur¹⁵³.

Dans un article paru récemment, M. Code fait valoir que les magistrats craignent de rappeler à l'ordre les avocats. Il préconise l'adoption de dispositions législatives confirmant les pouvoirs de la magistrature reconnus par la common law :

[Traduction]

Il convient de mettre au clair que le tribunal peut faire respecter ces obligations particulières, et par conséquent exiger des avocats qu'ils « agissent de façon responsable » pour que le procès se déroule dans l'équité et qu'il soit mené avec efficacité. Les magistrats hésitent à intervenir en cette matière, de crainte de paraître partiaux, tandis que les ordres d'avocats n'imposent presque jamais de mesures disciplinaires pour faire respecter ces principes fondamentaux du professionnalisme, qui sont exposés dans les codes de déontologie. Ainsi, les obligations déontologiques des avocats, en tant qu'officiers de justice, font rarement l'objet d'interventions. Des dispositions législatives claires sur ce sujet dissiperaient toute incertitude concernant le pouvoir conféré aux magistrats d'obliger les avocats à agir de façon responsable et de les sanctionner; elles encourageraient également le respect des règles de base du professionnalisme. De telles dispositions n'auraient qu'à rappeler l'application des règles de common law existantes, approche modeste qui a souvent contribué à éduquer la magistrature et les membres du barreau et favorisé un changement de mentalité au sein du système juridique¹⁵⁴.

Pendant le procès, le juge ne doit pas hésiter à tempérer les avocats et à ramener au pas tout avocat qui, par exemple, présenterait des requêtes dilatoires, déposerait des masses de preuves non pertinentes et inutiles ou abuserait du contre-interrogatoire. Cependant, ce pouvoir du juge à l'égard des excès des parties au processus ne l'autorise pas à prendre part au débat, ce qui n'est pas permis, au contraire de l'obligation qu'a le juge de garantir la tenue d'un procès équitable.

153 Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie II, p. 1.

154 Article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 467.

Le juge devrait être nommé au tout début de la procédure afin qu'il puisse dès le départ participer à la gestion du procès. En ce qui a trait au terrorisme, le juge nommé sans tarder peut prendre en main le processus préalable au procès et établir des règles pour éviter les écueils. S'il est nommé dès le début, le juge s'investira davantage dans l'affaire. Il pourra établir des procédures, et surtout, montrer clairement aux avocats qu'il s'attend à ce qu'ils fassent preuve de professionnalisme.

Le fait de nommer le juge au début de la procédure lui permet également de s'occuper des questions de communication de la preuve, puisqu'elles doivent habituellement être réglées dès les premières étapes de la procédure. En outre, le juge sera libéré de toute autre tâche liée à d'autres causes pendant qu'il tente de faire avancer la procédure antiterroriste. En dépit des problèmes d'échéancier que cela peut entraîner dans certaines juridictions, la nomination rapide du juge est une condition nécessaire. Présentement, seul le juge qui préside un procès a le pouvoir de rendre des décisions exécutoires sur des questions telles que l'admissibilité de la preuve et les requêtes en vertu de la *Charte*¹⁵⁵. Il serait également plus facile de nommer un juge tôt au cours de la procédure si, comme le recommande le chapitre VII, le juge en chef choisissait un juge qui peut trancher les questions de confidentialité pour raisons de sécurité nationale aux termes de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que d'autres questions touchant la divulgation et les requêtes préliminaires. Voilà une approche globale de la gestion préalable au procès qui cadrerait avec les pratiques exemplaires utilisées notamment en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis¹⁵⁶.

9.3.4 Avocats de la défense et procureurs de la Couronne

9.3.4.1 Financement

Au plus fort du procès Air India, on comptait 46 procureurs de la Couronne et avocats de la défense, les trois équipes pour la défense réunissant au total 26 avocats.

MM. Wright et Code estiment que la poursuite dans de telles causes devrait être chapeauté par un [traduction] « [...] procureur chevronné qui a démontré son leadership et qui a l'expérience des procès complexes et difficiles ainsi que des questions administratives », parce que la compétence à ces deux chapitres sera vraisemblablement essentielle devant les nombreux obstacles qui peuvent surgir à l'étape préparatoire et pendant tout mégaprocès¹⁵⁷. Selon MM. Wright et Code, le procureur en chef doit « [...] être déterminé, souple et pragmatique » pour pouvoir « négocier avec la défense au sujet des innombrables questions de procédure et de fond, afin que le procès se déroule de façon raisonnablement efficace¹⁵⁸ ». Ils ajoutent :

¹⁵⁵ *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Hynes*, 2001 R.C.S. 82, [2001] 3 R.C.S. 623.

¹⁵⁶ Rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 241-284.

¹⁵⁷ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 5.

¹⁵⁸ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie II, p. 2.

[Traduction]

La divulgation, l'admission de faits, les requêtes relatives à la procédure et aux preuves et l'établissement d'un échéancier, en particulier, feront constamment l'objet de discussions, pendant plusieurs années, à mesure que l'affaire progresse. Le ministère public doit tenir les rênes en cette matière, puisqu'il lui revient de faire avancer la cause. Pour que ces discussions soient fructueuses, le procureur en chef doit aussi être un négociateur habile et pragmatique qui ne s'acharne pas pour compter le moindre point et qui ne se laisse pas décourager par les manquements des avocats de la défense. [...] Si le moindre point secondaire doit être débattu, le « mégaprocès » n'aboutira jamais¹⁵⁹.

Pour des raisons du même ordre, MM. Wright et Code recommandent que la défense de l'accusé soit assurée par des avocats chevronnés qui ont un bon jugement et qui comprennent [traduction] « [...] l'équilibre délicat qui existe entre le devoir de l'avocat envers son client et son devoir envers la cour ». En cela les avocats doivent « [...] tenir largement compte de l'intérêt public [...] qui les oblige à rendre la justice avec célérité et efficacité »¹⁶⁰. Ces avocats chevronnés de la défense sauront « [...] quels points valent la peine d'être débattus, lesquels ils devraient laisser tomber et lesquels peuvent être résolus de manière satisfaisante par des pourparlers avec le ministère public¹⁶¹ ».

Les procès les plus vastes et les plus complexes au Canada devraient être confiés aux avocats les plus compétents et les plus expérimentés. Cependant, certains gouvernements et pratiquement tous les accusés n'ont pas les moyens de se payer leurs services, problème de taille. L'expérience du procès Air India nous montre les coûts énormes, pour la poursuite et la défense, qui pourraient être associés aux futurs procès antiterroristes. Comme nous l'avons vu plus tôt dans ce chapitre, les coûts de la poursuite ont atteint plus de 22 millions de dollars¹⁶² et les coûts estimatifs pour assurer la défense de M. Reyat, M. Malik et M. Bagri ont totalisé plus de 21 millions de dollars¹⁶³ ».

MM. Wright et Code insistent sur l'importance de fournir un financement adéquat pour la défense :

[Traduction]

« Du côté de la défense, les avocats d'expérience n'accepteront tout simplement pas une telle cause si les ressources ne sont pas adéquates, car ils doivent pour ainsi dire laisser tomber

¹⁵⁹ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie II, p. 2.

¹⁶⁰ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie II, p. 3.

¹⁶¹ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie II, p. 3.

¹⁶² Selon l'état des dépenses du procès Air India, p. 1.

¹⁶³ À ce montant, s'ajoutent plus de 350 000 \$ en frais administratifs pour la défense : état des dépenses du procès Air India, p. 1.

leurs autres causes. En outre, la défense doit faire les mêmes démarches qu'une équipe du ministère public ou de la police qui dispose de ressources suffisantes. Des ressources considérables sont nécessaires même avant que le procès ne commence, plus précisément pour prendre connaissance des innombrables éléments de preuve, pour retenir les services d'enquêteurs privés, pour interroger les témoins et pour consulter des experts. Si les ressources du ministère public et de la défense ne sont pas à peu près comparables, le procès ne peut être équitable et les avocats chevronnés refuseront d'y participer. Par contre, si les ressources sont trop généreuses, les mauvais côtés des « mégaprocès » s'en trouveront amplifiés [...] [L]es avocats de la défense à qui on garantit un revenu généreux « à vie », puisé dans les fonds publics, ne seront pas pressés de retourner à leur quotidien, caractérisé par des mandats qui ont presque toujours une durée limitée. En somme, un équilibre délicat doit être assuré entre le manque de ressources et la surabondance de ressources en ce qui concerne le ministère public et la défense¹⁶⁴. »

Selon ces auteurs, il faut absolument éviter les extrêmes, à savoir le « chèque en blanc » d'une part et un financement tellement peu élevé que les avocats chevronnés qui ont d'autres clients et assument des frais généraux considérables ne peuvent accepter de prendre en main une cause d'envergure. Il est très avantageux de fournir des ressources qui permettent de retenir les services d'avocats d'expérience. Il devrait s'ensuivre que les faits seront admis de façon responsable, que les procédures à l'étape préparatoire et pendant le procès seront mieux circonscrites et que les différends inutiles entre le ministère public et la défense seront plus rares. À l'opposé, le recours abusif aux requêtes et aux contestations avant le début du procès et les différends futiles entre les avocats peuvent prolonger de beaucoup un procès, voire l'empêcher de déboucher sur un verdict.

On estime en général que l'aide juridique relève de la compétence provinciale en matière d'administration de la justice¹⁶⁵. Cependant, depuis 1972, le gouvernement fédéral considère que l'aide juridique entre dans sa « stratégie de réforme globale », qui a pour but d'enrayer la pauvreté, le crime et le désordre¹⁶⁶. Depuis cette époque, le gouvernement fédéral accepte de partager le coût de l'aide juridique en matière pénale avec les provinces. L'administration des programmes d'aide juridique demeure toutefois la responsabilité des provinces¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie II, p. 3.

¹⁶⁵ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5, art. 92(14).

¹⁶⁶ Karen Hindle et Philip Rosen, *L'aide juridique au Canada* (Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du parlement, 6 août 2004), p. 4, en ligne : Gouvernement du Canada <<http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/PRB-f/PRB0438-f.pdf>> (consulté le 3 décembre 2008) [*L'aide juridique au Canada*].

¹⁶⁷ L'entente fédérale-provinciale-territoriale sur l'aide juridique en matière pénale, signée en décembre 1972, a officialisé les conditions de partage des coûts de l'aide juridique entre le gouvernement fédéral et les provinces : *L'aide juridique au Canada*, p. 4.

Un examen des lignes directrices provinciales régissant l'admissibilité démontre que la plupart des personnes accusées ayant un emploi à temps plein au moment de leur arrestation ont peu de chances d'être admissibles à l'aide juridique du programme local¹⁶⁸. Or, les procédures antiterroristes risquent d'être d'une telle complexité et d'une telle durée que presque tous les accusés ne pourront pas assumer seuls les frais liés à leur défense. Même s'ils étaient admissibles à l'aide juridique, la somme offerte en aide juridique serait fort probablement trop modeste pour leur permettre de retenir les services d'avocats d'expérience.

Un financement adéquat est essentiel à la gestion efficace du procès. Le coût des services des avocats d'expérience peut sembler élevé, exorbitant même, vu de l'extérieur, mais les gains en efficacité au cours du procès compensent plus que largement. Les engagements conclus durant le procès Air India entre la défense et la poursuite à propos de la divulgation, en particulier là où il aurait pu s'avérer nécessaire de soumettre des revendications de confidentialité fondée sur la sécurité nationale en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, par exemple, sont attribuables à l'intervention d'avocats expérimentés. Ces engagements ont évité des retards paralysants et même peut-être l'effondrement de la cause, qui auraient entraîné des coûts supplémentaires notables.

Dans l'arrêt *R. c. Rowbotham*¹⁶⁹, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le refus d'offrir les services d'un avocat payé par l'État à une personne démunie non représentée, qui fait l'objet d'accusations criminelles graves et complexes, violait le droit à un procès équitable et le droit de présenter une défense pleine et entière en vertu de l'article 7 et de l'alinéa 11*d*) de la *Charte*. La meilleure solution dans une telle affaire était la suspension d'instance conditionnelle le temps que le procureur général ou les responsables du programme d'aide juridique nomment un avocat payé par l'État. L'instruction ne pouvait se poursuivre tant que le gouvernement n'acceptait pas de payer l'avocat de l'accusé¹⁷⁰.

Dans les causes particulières à d'autres égards, un accusé peut présenter une requête fondée sur l'affaire « Fisher » pour obtenir une ordonnance de la cour obligeant le gouvernement à verser des honoraires plus élevés que les tarifs habituels de l'aide juridique. Nommée ainsi à la suite de la cause *R. c. Fisher*¹⁷¹, une requête Fisher est par nature une variante de la requête Rowbotham. Une requête Fisher vise à demander des fonds pour le paiement d'honoraires bonifiés et de frais pour la prolongation du délai de préparation, le recours à

¹⁶⁸ Cependant, certaines lois sur l'aide juridique permettent au gouvernement de tenir compte de circonstances spéciales et d'accorder l'aide juridique à des personnes qui ne seraient normalement pas admissibles. Voir par exemple, la *Loi sur l'aide juridique* du Québec, L.R.Q. c. A-14. L'article 4.3 dispose que le comité administratif peut déclarer admissible à l'aide juridique, moyennant le versement par le bénéficiaire d'une contribution, une personne qui n'est admissible à aucune aide juridique, s'il considère que des circonstances exceptionnelles le justifient et que le fait de ne pas la déclarer admissible entraîne pour cette personne un tort irréparable (selon l'interprétation faite dans *Procureur général du Québec c. R.C. – arrêt intitulé également Québec (Procureur général) c. R.C. –*, [2003] R.J.Q. 2027 (C.A.) au para. 13.

¹⁶⁹ (1988), 41 C.C.C. 1.

¹⁷⁰ Conformément à la fiche d'information de la Legal Services Society de la Colombie-Britannique [fiche d'information de la Legal Services Society de la Colombie-Britannique].

¹⁷¹ *R. v. Fisher*, 2001 SKCA 136, 217 Sask. R. 134 (Q.B.).

des avocats additionnels pour la défense et divers services améliorés¹⁷². Dans plusieurs provinces, des requêtes Fisher ont été accueillies lorsque le procès était exceptionnellement long et complexe. Néanmoins, on se demande toujours si les tribunaux sont habilités à ordonner aux gouvernements de verser ce financement accru¹⁷³.

Les requêtes Rowbotham et Fisher seront de plus en plus fréquentes dans les procès antiterroristes, étant donné l'envergure probable de ces causes, la complexité de la preuve et la nécessité d'engager des avocats d'expérience pour que les procès se déroulent de manière efficace et équitable. Les décisions relatives au financement de la défense devraient, dans toute la mesure du possible, être prises sans le recours à de telles requêtes. Les tribunaux trancheront s'il le faut¹⁷⁴, mais il serait dans l'intérêt de tous que les gouvernements parviennent à s'entendre à ce sujet avec les avocats, pour éviter d'avoir à consacrer temps et argent à une procédure devant le tribunal.

Il est difficile pour les avocats d'expérience d'accepter les causes de longue durée à cause des tarifs peu élevés de l'aide juridique. C'est une chose pour un avocat éminent de défendre un accusé lors d'un procès de courte durée moyennant des honoraires qui ne couvriront pas les frais généraux d'un cabinet prospère, c'en est une autre de s'engager à ces conditions dans un procès qui durera toute une année. L'honorable Patrick LeSage et M. Code faisaient remarquer récemment qu'il semble « [...] que nous soyons pris dans un cercle vicieux : plus la durée des procès criminels se prolonge, moins il y a de chances qu'un avocat éminent acceptera de s'en occuper en vertu d'un certificat d'aide juridique; pourtant, le fait que dans ce genre d'affaires la défense est assurée par un avocat chevronné constitue précisément l'une des solutions pour régler le problème des procès démesurément longs; car ce sont ces avocats qui sont le plus susceptibles de conduire le procès avec efficacité et en restant concentrés¹⁷⁵ ».

La Colombie-Britannique a pris d'autres moyens pour inciter des avocats éminents à défendre les causes complexes. La province leur a ainsi accordé des honoraires bonifiés et a établi un barème tarifaire distinct et confidentiel pour les affaires exceptionnelles¹⁷⁶. Le partage des coûts avec le fédéral constitue l'un des facteurs qui permettent à la Colombie-Britannique de procéder ainsi. En effet, le financement consenti par le fédéral a facilité la négociation d'une ordonnance Fisher par consentement lors du procès Air India, approche qui devrait être utilisée dans les futures poursuites antiterroristes. Tenter d'épargner de l'argent

172 *Procureur général du Québec c. R.C.* – arrêt intitulé également *Québec (Procureur général) c. R.C.* –, [2003] R.J.Q. 2027 (C.A.) au para. 168.

173 Fiche d'information de la Legal Services Society de la Colombie-Britannique.

174 Cependant, l'incertitude demeure quant à savoir si les tribunaux devraient rendre une ordonnance devant les tarifs insuffisants de l'aide juridique ou s'ils devraient suspendre l'instance : voir *Procureur général du Québec c. R.C.* – intitulé également *Québec (Procureur général) c. R.C.* –, [2003] R.J.Q. 2027 (C.A.) aux paras. 6, 163-164, arrêt selon lequel une suspension d'instance est la solution appropriée, mais qui précise également que dans une longue poursuite, le gouvernement avait accepté de verser aux avocats des honoraires plus élevés que le tarif habituel de l'aide juridique.

175 Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 114.

176 Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 123.

en insistant sur les tarifs habituels de l'aide juridique dans les longues poursuites antiterroristes serait inconsideré. Cela ne peut que prolonger le procès, le rendre plus coûteux et même diminuer les chances d'en voir le dénouement.

9.3.4.2 Conduite des avocats

L'établissement d'une bonne relation de travail entre les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense est une condition essentielle à la bonne gestion de toute poursuite antiterroriste. Comme les avocats chargés des procès antiterroristes ne manqueront sûrement pas de rencontrer des situations difficiles, il est extrêmement important qu'ils respectent les règles de conduite de la profession et qu'ils fassent preuve de courtoisie les uns envers les autres.

Dans le procès Air India, 37 avocats ont été en rapport sur une période de 19 mois, ainsi que pendant le processus préalable au procès, qui a duré presque trois ans et auquel ont pris part également les neuf avocats qui représentaient M. Reyat. Les avocats devaient jouer leur rôle dans ce système judiciaire accusatoire tout en demeurant suffisamment courtois et respectueux pour travailler en collaboration ainsi que faire des concessions et admettre les faits là où il y avait lieu. MM. Wright et Code ont expliqué combien cette relation était bonne :

[Traduction]

Le partenariat administratif exceptionnellement harmonieux entre le ministère public et la défense a permis une énorme économie de temps et d'argent. À la fin de l'étape des conclusions finales, le juge du procès a déclaré que n'eût été ce partenariat entre le ministère public et la défense, et les innovations technologiques très efficaces offertes par les services judiciaires et le personnel d'autres organismes, le procès aurait été au moins deux fois plus long¹⁷⁷.

MM. LeSage et Code ont fait remarquer que les faits admis par les avocats de la défense dans l'affaire Air India ont permis de ramener de 883 à 85 le nombre de témoins potentiels pour la Couronne, et de raccourcir la durée du procès, lequel se serait étendu autrement sur trois ou quatre ans¹⁷⁸. Cela démontre que, lorsqu'ils sont responsables et qu'ils admettent les faits de manière raisonnable, les avocats de la défense peuvent contribuer à réduire la durée d'un procès antiterroriste complexe. À l'inverse, des avocats irresponsables peuvent prolonger un procès à un tel point qu'il devient pratiquement impossible d'en arriver à un verdict.

Cependant, même durant le procès Air India, les avocats de la défense se sont parfois dits préoccupés par leur relation avec l'équipe de la poursuite¹⁷⁹ et ont

¹⁷⁷ Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie I, p. 3.

¹⁷⁸ Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 123, note de bas de page 133.

¹⁷⁹ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 484 au para. 24.

même accusé certains procureurs de propos tendancieux et caustiques¹⁸⁰. Selon le juge Josephson, il faudrait qu'il y ait plus de courtoisie dans les communications entre le ministère public et la défense¹⁸¹. Celui-ci a déclaré que les procédures comme le procès Air India pourraient être beaucoup plus difficiles sans [traduction] « [...] une dose raisonnable de respect et de confiance entre les avocats¹⁸² ».

Dans un récent article, M. Code a déclaré que [traduction] « [...] de nombreux écrits révèlent que les normes de courtoisie ont beaucoup fléchi dans toutes les couches de la société ces dernières années » et que « [...] la profession juridique a subi des influences, des pressions et des changements qui ont rendu la pratique moderne du droit susceptible d'incivilité »¹⁸³. Ce phénomène, a-t-il dit, causera probablement plus d'incidents qui nécessiteront l'intervention des juges d'instance.

MM. LeSage et Code se sont penchés sur l'obligation juridique et déontologique qu'ont le ministère public et la défense, en tant qu'officiers de justice, d'admettre les faits. Ils ont fait remarquer que « [...] le procureur de la Couronne comme l'avocat de la défense sont tenus, par les règles déontologiques, à l'admission raisonnable des faits qui ne sont pas légitimement contestés. Le tribunal devrait encourager les tentatives visant à formuler l'admission raisonnable de certains faits et agir comme médiateur à cet égard. Lorsque la défense reconnaît entièrement des faits allégués par le ministère public, le tribunal a le pouvoir d'exiger que ce dernier accepte l'admission dûment formulée et exclue la preuve sur la question¹⁸⁴ ».

À l'évidence, la conduite des avocats peut avoir une grande influence sur le déroulement du processus préalable au procès et du procès; voilà pourquoi les avocats ne doivent pas oublier leurs obligations déontologiques. M. Code a recensé plusieurs obligations d'ordre éthique faites aux avocats en tant qu'officiers de justice, qui peuvent faciliter les mégaprocès. Ces obligations vaudraient également pour les avocats des procès antiterroristes :

[Traduction]

Il est évident que les procès longs et complexes imposent aux avocats, en tant qu'officiers de justice, une grande rigueur du point de vue des obligations déontologiques. Ces obligations sont valables pour les procureurs de la Couronne aussi bien que pour les avocats de la défense. Admettre des faits qui ne peuvent manifestement pas être contestés, refuser de recourir

180 2002 BCSC 484 au para. 42.

181 2002 BCSC 484 au para. 40.

182 2002 BCSC 484 au para. 40.

183 Michael Code, « Counsel's Duty of Civility: An Essential Component of Fair Trials and an Effective Justice System » (2007) 11 *Revue canadienne de droit pénal* 97, p. 98 [article de M. Code sur l'obligation de courtoisie des avocats].

184 Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 106.

à des arguments frivoles qui ne sont fondés ni en fait ni en droit et traiter la partie adverse avec respect et courtoisie, voilà la marque de l'avocat responsable. Lorsque les avocats respectent ces obligations déontologiques dans les causes complexes, cela permet invariablement de réduire la durée du procès et de simplifier la procédure d'examen des requêtes préalables. La qualité de l'instruction en est améliorée, ce qui bénéficie au client et à l'administration de la justice en général¹⁸⁵.

On ne peut trop insister sur le fait que la courtoisie dont feront preuve les parties lors du procès dépend pour beaucoup du juge du procès. Il lui revient de ne pas demeurer passif, mais de donner le ton et de rappeler à l'ordre les avocats qui se déroberaient à leurs obligations. En bout de ligne, c'est lui qui est maître du procès et, malheureusement, comme nous le verrons plus loin, il n'est pas rare qu'il perde la maîtrise de la procédure.

9.3.5 Responsabilité des juristes dans l'allongement des procès

On reproche avec raison aux juristes de contribuer à prolonger la durée des procès. Cette critique vaut pour les procédures civiles aussi bien que criminelles, mais les considérations qui suivent concernent les procédures au criminel, où avocats et juges portent la responsabilité du problème.

9.3.5.1 Responsabilité des avocats

S'il est essentiel de ne pas compromettre les droits garantis aux Canadiens par la Constitution, les tactiques obstructionnistes employées sous couleur de défendre les droits garantis par la *Charte* sont une réalité de notre système juridique. Elles constituent un abus qui menace l'efficacité de l'administration de la justice, mais elles sont malheureusement monnaie courante dans les tribunaux canadiens. On peut dire que le juge qui les autorise perd le contrôle du procès dans une certaine mesure.

On observe des signes de cette perte de contrôle dans la tolérance dont les juges font preuve à l'égard des tactiques dilatoires et des requêtes futiles des avocats de la défense. Bien que le droit à une défense pleine et entière soit inaliénable, les requêtes sans fondement formulées par les avocats de la défense ne doivent pas être tolérées, compte tenu des obligations d'officiers de justice auxquelles ces derniers sont tenus¹⁸⁶. Les avocats sans scrupule doivent être non seulement réprimandés par le juge qui préside le procès, mais aussi dénoncés au barreau compétent.

¹⁸⁵ Article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 463.

¹⁸⁶ Voir par exemple le chapitre 10 du *Code of Professional Conduct* de l'Alberta, consacré au rôle de plaideur de l'avocat. Les articles 1 et 2 disposent respectivement ce qui suit [traduction] : « L'avocat ne doit rien faire dans la représentation de son client qui soit manifestement dénué de fondement » et « L'avocat doit faire des efforts raisonnables pour accélérer le procès ».

MM. LeSage et Code, de même que certains juges, ont exprimé des préoccupations au sujet du pouvoir dont disposent les barreaux de prendre des mesures disciplinaires à l'encontre des avocats qui présentent des requêtes frivoles nuisant au jugement de l'affaire sur le fond¹⁸⁷. Les ordres d'avocats doivent prendre leur mandat disciplinaire au sérieux face aux cas d'inconduite en salle d'audience. Ils doivent envisager des sanctions sévères, y compris la suspension du droit d'exercice, voire la radiation, contre les avocats qui, en présentant des requêtes nettement frivoles, menacent la viabilité des longs procès. Comme on l'a vu, il faudrait aussi débloquer des fonds suffisants pour que des avocats de la défense expérimentés puissent se permettre d'entreprendre de longs procès pour terrorisme. En invoquant des mesures disciplinaires et en incitant des avocats expérimentés à s'occuper des affaires de terrorisme, on réduira le risque que ces causes soient entachées de requêtes inutiles et de manœuvres dilatoires.

Mais la conduite des procureurs de la Couronne n'est pas sans reproche non plus. Les mandataires du procureur général sont assujettis au contrôle disciplinaire du barreau auquel ils appartiennent¹⁸⁸. En outre, la façon dont ils mènent un procès relève de la responsabilité du procureur général de la province où ce procès a lieu. Les supérieurs des procureurs de la Couronne ne doivent pas attendre que les juges ou les ordres d'avocats prennent des mesures si des actions déraisonnables des procureurs de la Couronne contribuent à étirer les procès. Il est important d'affecter des procureurs expérimentés et raisonnables aux affaires de terrorisme et de superviser leurs actions efficacement.

Si les retards et les requêtes mal inspirées sont généralement le fait des avocats de la défense, le ministère public contribue tout autant à étirer les procès en accumulant les chefs d'accusation. Dans bien des cas, au lieu de peser mûrement une ou plusieurs accusations, il regroupe plusieurs accusés contre lesquels il porte des accusations multiples de conspiration et d'infractions précises. Cette façon de procéder est particulièrement fréquente sous le régime de la *Loi antiterroriste*, parce que de nombreuses infractions qui y sont définies se recourent. Le cumul des chefs d'accusation a pour effet de prolonger la durée des enquêtes préliminaires et d'allonger les instructions données aux jurys dans les procès. Il donne même aux avocats de la défense l'occasion de contester à bon droit les innombrables accusations inappropriées. Tout cela fait traîner le procès en longueur.

Les barreaux canadiens ont l'obligation d'intervenir lorsque des actions irresponsables de leurs membres prolongent la durée des procès. Ils doivent répondre aux plaintes, particulièrement à celles des juges, mais ils doivent faire plus. Dans le climat actuel où les abus sont fréquents, il ne faut pas que les ordres d'avocats se bornent à réagir aux plaintes des tribunaux ou d'autres provenances. Ils doivent être plus proactifs, faire en sorte que tous les avocats

¹⁸⁷ Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 169; *R. v. Dunbar* (2003), 191 B.C.A.C. 223 (B.C.C.A.); *R. v. Francis* (2006), 207 C.C.C. (3^e) 536 aux p. 542-543 (Ont. C.A.).

¹⁸⁸ *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372.

connaissent leurs obligations déontologiques envers le tribunal, y compris l'interdiction des requêtes frivoles ou du refus d'admettre des faits. Comme l'ont fait valoir MM. LeSage et Code, la magistrature doit aussi « imposer le respect des normes élevées de professionnalisme à tous les avocats agissant dans les procès longs et complexes. Des mesures éducatives pourraient tout d'abord être prises afin de rappeler aux avocats les règles de base du comportement en salle d'audience et leurs devoirs en tant qu'officiers de justice. Au premier signe d'inconduite, le juge devrait intervenir et rappeler son rôle à l'avocat¹⁸⁹. »

9.3.5.2 Responsabilité des juges

L'allongement de la durée des causes criminelles est un phénomène récent. La juge en chef McLachlin a fait remarquer récemment que les procès pour meurtre qui duraient autrefois de cinq à sept jours exigent maintenant de cinq à sept mois, sinon plus¹⁹⁰. D'autres juges signalent comment la *Charte* et les requêtes préliminaires contribuent à faire durer les procès¹⁹¹. Or, on oublie parfois le rôle des juges à cet égard. Ceux-ci portent une bonne part de la responsabilité des longs délais causés par l'inconduite des avocats et par les requêtes interminables et vaines formulées dans leur salle d'audience. Il est important de comprendre pourquoi, de nos jours, certains juges perdent le contrôle des longues causes.

On assiste depuis quelques années à une forte augmentation du nombre des juges, tant dans les provinces qu'au fédéral. Chaque juge apporte à la salle d'audience une expérience, des points forts et des faiblesses propres. Tous les juges, cependant, doivent pouvoir se comporter de manière tout à fait indépendante.

L'indépendance judiciaire est un pilier de notre système judiciaire. Il se peut que certains juges n'en comprennent pas toute la portée. Il est possible d'en abuser, mais l'histoire a prouvé que ses avantages l'emportent sur le risque d'abus. L'indépendance judiciaire est une des principales caractéristiques d'une démocratie, essentielle à l'administration impartiale de la justice. Elle garantit qu'un juge ne puisse pas être révoqué au seul motif que ses jugements ne plaisent pas au gouvernement en place. On a dit que l'indépendance judiciaire mettrait la magistrature dans une situation où elle n'a rien à perdre à bien agir et rien à gagner à mal agir dans l'exercice de ses fonctions¹⁹².

189 Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 215.

190 La très honorable Beverley McLachlin, « Les défis auxquels nous faisons face ». Allocution prononcée devant l'Empire Club of Canada (8 mars 2007), en ligne : Cour suprême du Canada <<http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/ju/spe-dis/bm07-03-08-fra.asp>> (consulté le 3 décembre 2008).

191 L'honorable Michael Moldaver, « Long Criminal Trials: Masters of a System They Are Meant to Serve » (2006) 32 C.R. (6^e) 316 à la p. 319 [article de M. Moldaver sur les longs procès au criminel]. Ces propos ont été tenus durant la conférence John Sopinka sur la défense d'intérêts, au congrès annuel d'automne de la Criminal Lawyers' Association, qui s'est déroulé à Toronto le 21 octobre 2005.

192 W. R. Lederman, « The Independence of the Judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34 (1956), p. 1139-1179, citant R. MacGregor Dawson, *The Government of Canada*, 2^e édition (Toronto, University of Toronto Press, 1954), p. 475.

L'indépendance des tribunaux supérieurs est garantie par l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui dispose que les juges des tribunaux supérieurs sont inamovibles et ne peuvent être révoqués que par le gouverneur général sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. Pris ensemble, les articles 96 à 100 de la *Constitution* ont pour effet de confier au Parlement les décisions concernant la nomination, le mandat et la révocation des juges des cours supérieures. L'indépendance judiciaire est aussi protégée en vertu de l'alinéa 11d) de la *Charte*, qui reconnaît à quiconque est accusé d'une infraction le droit d'être jugé devant un tribunal indépendant et impartial¹⁹³. Enfin, l'indépendance judiciaire a été reconnue comme un principe fondamental de la *Constitution* qui ne se limite pas aux dispositions formelles évoquées ci-dessus¹⁹⁴. Il ne faut pas se préoccuper exclusivement des rouages de l'inamovibilité, de la sécurité financière et de l'indépendance par rapport à la législature et au pouvoir exécutif, mais aussi de l'esprit de l'indépendance judiciaire.

Bien que l'indépendance judiciaire soit toujours respectée à la lettre, certains juges de longues causes peuvent ne pas se croire tout à fait indépendants. Cette perception risque d'empêcher ces juges de bien contrôler leurs procès. Dans un rapport récent, l'honorable Patrick LeSage et Michael Code ont signalé en quoi la « façon timide de juger¹⁹⁵ » fait obstacle à la gestion efficace des affaires judiciaires, y compris au pouvoir dont disposent les juges d'instance en common law de dresser les calendriers, de fixer des échéances et d'imposer d'autres conditions aux requêtes préliminaires. Il faut s'arrêter aux causes de cette timidité et, dans la mesure du possible, les éliminer.

Pour diverses raisons, les juges peuvent avoir l'impression qu'ils ne sont pas entièrement libres de rendre des décisions sans en craindre les conséquences. Ils peuvent s'inquiéter du fait qu'en contrôlant rigoureusement le déroulement du procès, ils ne s'exposent à des allégations liées à la crainte raisonnable de partialité, à la cassation de leurs jugements par les cours d'appel et à des plaintes auprès de leur juge en chef ou du Conseil canadien de la magistrature. Cette peur risque d'empêcher les juges d'exercer l'indépendance et le pouvoir dont ils ont besoin pour gérer les longs procès pour terrorisme. Le seul facteur qui doit influencer une direction rigoureuse, une décision impopulaire ou un choix difficile devrait être l'opinion mûrement réfléchie du juge.

Heureusement, les cours d'appel reconnaissent de plus en plus que les juges présidant les procès doivent pouvoir exercer une forte autorité dans la gestion des causes pour en contrôler le déroulement. Dans une affaire récente où la procédure s'était prolongée, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du juge du procès de ne pas permettre au ministère public de présenter des documents le 67^e jour d'un procès. Le juge Rosenberg a reconnu que [traduction] « le juge du procès possède et doit posséder le pouvoir de gérer le procès », ajoutant que, « dans des circonstances exceptionnelles, [la gestion de l'instance] peut même inclure le pouvoir d'exiger que la poursuite présente ses preuves dans un ordre particulier »¹⁹⁶. Il poursuit en ces termes :

193 *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Generoux* [1992] 1 R.C.S. 259.

194 *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3.

195 Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 20.

196 *R v. Felderhof* (2003), 180 C.C.C. (3^e) 498 aux paras. 36, 39 (Ont. C.A.).

[Traduction]

Le juge avait consacré 67 jours à ce procès. Il connaissait bien les problèmes et les dangers qu'il y aurait à procéder comme le suggérait la poursuite. Loin de donner des signes d'impatience ou de partialité en faveur d'une partie ou de l'autre, ce juge avait fait preuve de beaucoup de patience et d'une grande retenue. Mais il était d'avis qu'il se devait de reprendre le contrôle de l'affaire. Ce ne fut pas une manifestation de partialité, mais l'exercice du pouvoir de gérer l'instance.

Quelle qu'ait pu être la pratique admise dans le passé, il n'est plus possible de considérer le juge du procès comme un simple arbitre qui doit observer passivement pendant que les avocats mènent le procès comme ils l'entendent. Encore récemment, peut-on dire, un long procès durait une semaine, parfois deux. Aujourd'hui, il n'est pas rare qu'un procès dure des mois, voire des années. Au début ou au milieu du procès, il arrive que les avocats prennent des décisions qui prolongent indûment le procès ou débouchent sur une procédure à peu près ingérable. L'administration de la justice en serait affaiblie si le juge du procès n'avait pas le pouvoir d'intervenir au moment opportun et, comme il l'a fait en l'espèce après avoir entendu les plaidoyers, de prendre les décisions nécessaires pour que la procédure se déroule de manière ordonnée. Ce pouvoir ne me semble pas limité et fondé seulement sur le pouvoir du tribunal d'intervenir pour prévenir un abus de procédure. Il repose sur l'autorité inhérente dont dispose le tribunal pour contrôler sa propre procédure¹⁹⁷.

Dans une autre affaire, cinq semaines ont été consacrées à un point soulevé en vertu de l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il s'agissait de l'accès à des renseignements concernant un informateur. Lors d'un appel interjeté avant le procès, le juge Sharpe a fait une mise en garde [traduction] : « La juge président le procès aurait certainement pu et aurait dû se montrer plus ferme dans le traitement de cette question. Elle a admis de longues observations répétitives qui ont tourné à la palabre plutôt que d'exiger des argumentations serrées¹⁹⁸ ». Le critère de la crainte raisonnable de partialité de la part d'un juge est strict. Il exige une réelle probabilité de partialité aux yeux d'une personne raisonnable et bien renseignée¹⁹⁹. Les juges ne doivent pas laisser la vague possibilité qu'une cour d'appel casse leurs jugements les empêcher d'exercer vigoureusement leur autorité dans la gestion des affaires. À cet égard, il sera utile que les poursuites antiterroristes soient conduites par des juges expérimentés et bien au fait des points complexes de droit de la preuve et de droit criminel en cause.

197 *R. v. Felderhof* (2003), 180 C.C.C. (3^e) 498 aux paras. 39-40 (Ont. C.A.).

198 *R. v. Omar*, 2007 ONCA 117, 218 C.C.C. (3^e) 242 au para. 31.

199 *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484 aux paras. 111-112.

Autre menace apparente à l'indépendance judiciaire : le pouvoir qu'a le Conseil canadien de la magistrature (CCM), composé d'une quarantaine de juges en chef et de juges en chef adjoints, d'enquêter sur les plaintes concernant la conduite judiciaire des juges nommés par le fédéral, lesquels sont plus d'un millier.

Le CCM, créé en vertu de l'article 59 de la *Loi sur les juges*²⁰⁰, dispose aux termes de la *Loi* du pouvoir d'enquêter sur les plaintes déposées par des particuliers au sujet de la conduite des juges des juridictions supérieures. N'importe qui peut porter plainte, y compris un plaideur mécontent ou un avocat qui a comparu devant le juge.

Le Comité sur la conduite des juges du CCM peut généralement rejeter sans autre formalité toute plainte sans objet, vexatoire, formulée pour un motif inapproprié ou manifestement dénuée de fondement, ou entendre la plainte de façon sommaire. Si la plainte n'est pas rejetée de façon sommaire, des renseignements supplémentaires peuvent être demandés au juge, à son juge en chef et au plaignant, et des mesures correctives peuvent être imposées. Aux niveaux supérieurs, la plainte peut être entendue par un sous-comité de trois ou cinq juges, auquel ne peut siéger aucun membre du même tribunal que celui du juge visé par la plainte. Ce sous-comité peut recommander une enquête officielle, que le CCM peut alors décider d'ouvrir. Le paragraphe 63(1) de la *Loi* prescrit d'ouvrir l'enquête officielle sans passer par l'une ou l'autre de ces étapes intermédiaires si la plainte est déposée par le procureur général d'une province ou par le ministre fédéral de la Justice. La Cour d'appel fédérale a confirmé que ces dispositions respectent l'indépendance judiciaire, même si le procureur général ou le ministre peut aussi être partie à l'affaire²⁰¹.

Le CCM est présidé par le juge en chef du Canada et formé du juge en chef et du juge en chef adjoint de chaque cour supérieure ou chambre ou division d'une cour supérieure du Canada, ainsi que des juges principaux des territoires. Aux termes de l'article 60 de la *Loi*, la mission du CCM est d'améliorer le fonctionnement des juridictions supérieures ainsi que la qualité de leurs services judiciaires et de favoriser l'uniformité dans l'administration de la justice devant ces tribunaux. Le CCM dispose en vertu de l'article 63 du pouvoir d'enquêter sur les plaintes déposées par les particuliers ou par les membres du Conseil lui-même, mais, comme on l'a vu précédemment, il doit ouvrir une enquête si le ministre de la Justice ou le procureur général d'une province en fait la demande. Après l'enquête, au cours de laquelle le juge peut être invité à formuler une réponse, le CCM peut formuler des recommandations, qui peuvent aller de la révocation du juge à l'adresse d'une réprimande ou au rejet de la plainte.

La procédure actuelle du CCM respecte-t-elle suffisamment l'indépendance judiciaire? Le fait que le CCM est composé de juges et non de membres de

²⁰⁰ L.R.C. 1985, c. J-1.

²⁰¹ *Cosgrove c. le Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, 279 D.L.R. (4^e) 352 au para. 51. Cet arrêt revient à reconnaître que le mandat dévolu historiquement au procureur général de défendre l'intégrité du système juridique n'est pas incompatible avec l'obligation qui lui échoit d'intenter les poursuites au criminel. Le rôle particulier du procureur général est analysé ailleurs dans le présent volume.

l'organe exécutif ou législatif du gouvernement répond aux critères formels de l'indépendance judiciaire, mais il est important d'aller au-delà des critères formels, pour qu'en substance, chaque juge puisse exercer son indépendance lorsqu'il prend des décisions difficiles dans des circonstances souvent tendues. Il est raisonnable de supposer que certains juges puissent considérer que le pouvoir disciplinaire que détient le CCM en fait une sorte de « gendarme » qui remet en question les décisions judiciaires difficiles. La crainte d'une telle surveillance est incompatible avec l'exercice total et vigoureux de l'indépendance judiciaire.

On trouve un exemple éclairant des questions que cela soulève dans le long procès d'une bande de motards qui s'est déroulé au Québec. Le juge s'est récusé au milieu du procès après avoir été réprimandé par le CCM pour avoir insulté un des avocats des accusés à une audience sur le cautionnement²⁰². La décision disciplinaire du CCM a été communiquée à un journaliste avant sa notification officielle au juge. Celui-ci a jugé qu'à la suite de cette réprimande, il avait perdu l'autorité morale nécessaire pour présider le procès, qui fut subséquemment déclaré nul. Un procès de 15 semaines avec jury, où 113 témoins avaient été entendus, a donc dû être annulé. La récusation du juge a fait l'objet d'une plainte du procureur général du Québec au CCM. Une enquête officielle a conclu que la récusation du juge était « inappropriée » et que le motif qu'il avait invoqué pour se récuser « ne constituait pas un motif valable d'autorécusation²⁰³ ». L'enquête sur le cas, effectuée par un sous-comité du CCM, a permis de conclure que le juge avait manqué aux devoirs de sa charge, mais que ce manquement ne justifiait pas de recommander sa révocation. Les résultats de l'enquête du sous-comité ont ensuite été soumis au CCM réuni en séance plénière, qui a convenu qu'il n'y avait pas lieu de révoquer le juge, mais a réfuté la conclusion de l'enquête selon laquelle il y avait eu irrégularité. Il a déclaré : « À moins qu'un juge n'ait fait preuve de mauvaise foi ou commis un abus dans l'exercice de sa charge, une décision judiciaire discrétionnaire ou encore les circonstances à l'origine de cette décision ne sauraient servir de fondement pour conclure à une situation d'incompatibilité ou de manquement à l'honneur et à la dignité ou aux devoirs de la charge [...]. L'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire est au cœur de l'indépendance judiciaire. »²⁰⁴ Le CCM a aussi défini des limites à imposer aux plaintes déposées par les procureurs généraux en vertu du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*.

Il faut que le CCM continue d'être ouvertement sensible à la position difficile des juges qui doivent gérer vigoureusement de longs procès criminels. Il doit éviter de faire craindre que ses activités ne menacent l'indépendance judiciaire, particulièrement dans la gestion des procès. Un des changements qui pourraient atténuer cette crainte concerne la composition du Conseil. Actuellement, seuls

²⁰² *R. c. Beauchamp*, [2002] R.J.Q. 2071, 4 C.R. (6^e) 318 (C.S.).

²⁰³ Rapport du Conseil canadien de la magistrature présenté au ministre de la Justice du Canada en vertu de l'art. [sic] 65(1) de la *Loi sur les juges* et concernant le juge Jean-Guy Boilard de la Cour supérieure du Québec <http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/conduct_inq_boilard_ReportIC_200312_fr.pdf> (consulté le 5 décembre 2008) [rapport du Conseil canadien de la magistrature sur le juge Boilard].

²⁰⁴ Rapport du Conseil canadien de la magistrature sur le juge Boilard, p. 2, cité et approuvé dans *Cosgrove c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 941, 331 F.T.R. 271 au para. 15.

les juges en chef et juges en chef adjoints en sont membres. Or, de tout temps, le juge en chef est perçu comme le premier parmi ses égaux. L'opinion d'un juge en chef, encore aujourd'hui, n'a pas plus de poids que celle d'un autre juge du même tribunal. Comme le nombre des juges a augmenté depuis quelques années, le rôle administratif des juges en chef et juges en chef adjoints a pris de l'ampleur. L'alourdissement de l'administration entraîne des responsabilités supplémentaires sérieuses, notamment en ce qui concerne les besoins en locaux, l'affectation des budgets et l'attribution de fonctions, pour ne nommer que celles-là. En conséquence, les juges en chef se sont éloignés des autres membres de leur tribunal. L'augmentation des responsabilités a aussi accru le pouvoir de la charge de juge en chef. Il en a résulté la perception, de plus en plus répandue, de ce qu'on pourrait appeler une relation employeur-employé dans les tribunaux.

Or, on ne peut parler de relation employeur-employé dans ce contexte, parce que le juge en chef n'a aucun pouvoir de suspension ni de congédiement. Ces pouvoirs seraient contraires à l'indépendance de chaque juge, même si le juge en chef est juge lui-même et non membre de l'exécutif ou de la législature. Les juges en chef ont par contre la charge d'assigner les causes et d'approuver la participation aux conférences, les congés sabbatiques et autres activités semblables, y compris la participation aux enquêtes publiques. Il n'est donc pas étonnant que certains juges considèrent le juge en chef comme leur véritable « patron », qu'ils veulent éviter de contrarier. En réalité, le fait de chercher à plaire au « patron » menace l'indépendance judiciaire.

Il y aurait des avantages à rendre tous les juges des juridictions supérieures admissibles à siéger au Conseil et non pas seulement à ses sous-comités. C'est ce que fait valoir Martin L. Friedland : « [...] une telle participation est souhaitable, bien que les juges puînés [ordinaires, par opposition aux juges en chef] ne participent pas actuellement aux assemblées régulières des juges en chef. En les associant à l'action disciplinaire, on les intéresserait davantage au processus et on s'assurerait que ce ne sont pas uniquement les juges en chef qui prennent les décisions²⁰⁵ ». On permettrait ainsi aux juges ordinaires de participer aux décisions initiales cruciales consistant à déterminer si la plainte mérite une enquête publique officielle²⁰⁶. On permettrait aussi aux juges ordinaires de participer aux décisions sur l'opportunité d'accepter les conclusions et recommandations des rapports d'enquête.

Les membres du CCM pourraient être élus par les membres de leur tribunal, pour un mandat fixe, ce qui permettrait la rotation des membres. Pour assurer la

²⁰⁵ M. L. Friedland, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995), p. 155 [M. L. Friedland, *Une place à part*].

²⁰⁶ Un rapport commandé par le Conseil canadien de la magistrature proposait que les juges ordinaires puissent siéger aux sous-comités, mais non aux comités. En ce qui concerne le Comité sur la conduite des juges, de l'avis des auteurs, « il ne conviendrait pas que des juges *puînés* soient investis [du pouvoir de résoudre les plaintes] relativement à des plaintes visant d'autres juges *puînés* » : *La voie à suivre – Rapport final du Comité spécial sur les orientations futures au Conseil canadien de la magistrature* (2002), p. 27, en ligne : Conseil canadien de la magistrature <http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/news_pub_other_FuturesReport_20021129_fr.pdf> (consulté le 3 décembre 2008).

continuité, le juge en chef du Canada en serait toujours le président permanent, comme c'est le cas maintenant. Joint à la réaffirmation par le CCM du caractère essentiel, pour l'indépendance judiciaire, du pouvoir discrétionnaire des juges et de l'immunité de leurs décisions par rapport à toute tutelle disciplinaire, ces changements touchant la structure et la composition du Conseil élimineraient l'effet « paralysant » éventuel de ses pouvoirs disciplinaires. Cet effet « paralysant » ne servirait plus d'excuse aux juges pour ne pas s'acquitter de leur obligation de contrôler la procédure avec fermeté et autorité dans leur salle d'audience.

Un autre changement qui pourrait être apporté aux façons de faire du CCM apaiserait les craintes que l'audition des plaintes n'empiète sur l'indépendance judiciaire, à savoir l'abrogation du paragraphe 63(1) de la *Loi sur les juges*. Comme on l'a vu précédemment, cette disposition prescrit une enquête publique officielle si le procureur général d'une province ou le ministre fédéral de la Justice porte plainte au sujet d'un juge. La procédure prévue au paragraphe 63(1) court-circuite plusieurs étapes intermédiaires dont on peut tirer parti pour traiter les plaintes déposées en vertu du paragraphe 63(2) de la *Loi*. Le paragraphe 63(1) soulève la controverse²⁰⁷ et a été contesté en vertu de la *Charte* pour incompatibilité avec l'indépendance judiciaire. Rien n'indique pourtant que la procédure correspondante ait donné lieu à des abus ni ait été invoquée de manière contraire à l'obligation qui incombe aux procureurs généraux d'agir dans l'intérêt public²⁰⁸. Quel que soit le bien-fondé des arguments invoqués en vertu de la *Charte*, sur lesquels les tribunaux se prononceront en dernier ressort, de l'avis de la Commission, le paragraphe 63(1) est contraire à l'esprit de l'indépendance complète des juges. Il permet à une partie à un litige, un procureur général provincial ou fédéral, qui peut intenter les poursuites dans les affaires de terrorisme, d'engager une procédure très officielle et très publique pouvant déboucher sur la recommandation de révocation d'un juge. Le paragraphe 63(1) n'est pas nécessaire parce que les procureurs généraux provinciaux et fédéral peuvent porter plainte comme n'importe qui sous le régime du paragraphe 63(2). Les plaintes déposées en vertu du paragraphe 63(2), particulièrement lorsqu'elles ont l'appui d'un procureur général, sont examinées sérieusement. Elles sont soumises par contre à une procédure qui vise à les régler d'une manière plus sommaire et moins publique, qui fait de l'enquête officielle la dernière étape du processus de règlement des plaintes.

Il y a de nombreuses explications aux longs procès qui risquent de rendre ingérables certaines poursuites antiterroristes. Divers autres remèdes sont nécessaires, par exemple en ce qui concerne la divulgation et les requêtes préliminaires, lesquels sont examinés ailleurs dans le présent chapitre. Aucune

²⁰⁷ M. Friedland a recommandé que le pouvoir qu'ont les procureurs généraux d'ordonner une enquête publique en vertu du paragraphe 63(1) leur soit retiré : M. L. Friedland, *Une place à part*, p. 155-156. Les procureurs généraux provinciaux mènent la grande majorité des poursuites au criminel, mais, dans le contexte du terrorisme, c'est souvent le procureur général fédéral qui intente les poursuites : voir le chapitre III.

²⁰⁸ Depuis 1977, sept enquêtes ont été demandées par des procureurs généraux en vertu de l'article 63(1). Quatre ont débouché sur la recommandation de la révocation du juge visé, dans deux cas, l'enquête n'a pas eu lieu parce que le juge a démissionné avant qu'elle ne soit ouverte et, dans l'autre, le juge a démissionné après que l'enquête eut débouché sur la recommandation de révocation : *Cosgrove c. le Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, 279 D.L.R. (4^e) 352 au para. 40.

mesure ne peut à elle seule éliminer les procès trop longs. Dans certaines affaires, dont le procès Air India, la nature même du sujet exige un long procès. Toutefois, le contrôle exercé par les juges à l'égard des procédures dont ils sont saisis est un facteur clé qui peut faire en sorte que les longs procès se déroulent de manière équitable et efficiente. Les poursuites antiterroristes présentent des difficultés particulières, en partie parce que les enjeux sont considérables. La poursuite et l'accusé peuvent recourir à des tactiques superflues pour diverses raisons, qui vont de l'excès de prudence et d'antagonisme aux manœuvres (des avocats de la défense) tendant carrément à saboter la poursuite. Ces tactiques ne peuvent être contrôlées que par un juge fort et indépendant. Bien que les suggestions formulées ici puissent contribuer à éliminer les obstacles apparents à l'exercice de l'indépendance judiciaire, la question se résume en définitive à la volonté des juges d'accepter, et d'exercer avec courage et intégrité, la responsabilité qui découle implicitement de leur rôle. Même quand il s'agit d'exercer ses pouvoirs au risque de déplaire à certaines parties (ou à toutes) et au public, ou de prendre des décisions susceptibles d'appel ou de plainte devant le Conseil canadien de la magistrature, les juges doivent garder le contrôle des procès. L'indépendance judiciaire est un principe fondamental de notre constitution. Lorsqu'ils gèrent les poursuites antiterroristes, les juges doivent saisir le rôle de l'indépendance judiciaire et agir en conséquence.

9.3.6 Requêtes préliminaires

Une grande partie des retards qu'accusent les longs procès se produisent à l'étape préparatoire. Le juge Michael Moldaver, de la Cour d'appel de l'Ontario, a qualifié un jour les longs procès criminels de [traduction] « cancer de notre système de justice pénale », qui en menace l'existence même²⁰⁹. Il attribue les longs procès surtout à la longueur croissante de la phase préparatoire et dit des requêtes préliminaires qu'elles constituent [traduction] « l'industrie qui connaît la plus forte expansion au pays²¹⁰ ». Le rapport de 2006 de la Cour supérieure de l'Ontario abonde dans le même sens, ajoutant que les requêtes préliminaires sont [traduction] « la principale raison pour laquelle les procès durent plus longtemps que prévu²¹¹ ».

Les retards causés par les requêtes préliminaires menacent la viabilité des procès pour terrorisme. C'est là que la nécessité d'alléger la procédure se fait le plus sentir. Aucune modification législative n'est nécessaire pour rationaliser les requêtes préliminaires. Comme on l'a vu, le juge qui entend les requêtes détient une grande partie de la solution. Il ne doit pas avoir peur d'exercer son autorité dans la salle d'audience, notamment en prenant en charge la procédure préparatoire et en fixant des règles de base et des échéances pour la présentation des requêtes.

MM. Wright et Code recommandent de soumettre toutes les requêtes préliminaires aux règles suivantes :

209 Article de M. Moldaver sur les longs procès au criminel, p. 316.

210 Article de M. Moldaver sur les longs procès au criminel, p. 319.

211 Rapport de la Cour supérieure de l'Ontario sur les procès criminels, para. 307.

- toutes les requêtes devraient être exprimées par écrit;
- elles devraient être signifiées à l'avocat de la partie adverse à deux semaines d'avis;
- tout motif de défense devrait être signifié par écrit au plus tard une semaine avant sa présentation²¹².

Le juge qui préside le procès, nommé au début de la procédure, devrait entendre la plupart des requêtes préliminaires. Comme on l'a vu, la Commission recommande que les juges présidant les procès soient autorisés à recevoir les requêtes faites en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. En fait, seul le juge du procès devrait entendre les requêtes qui touchent au cœur de l'affaire. Comme il est le seul à pouvoir trancher les questions constitutionnelles, le fait de le nommer dès le début permet aussi de régler ces questions sans délai. En outre, les questions d'admissibilité de la preuve sont si cruciales qu'elles ne devraient être entendues par aucun autre juge que celui qui est chargé du procès. Cette approche respecte par ailleurs le principe selon lequel la tâche d'instruire l'affaire incombe au juge du procès.

Il peut y avoir des situations, toutefois, où il convient davantage qu'un autre juge tranche les requêtes préliminaires. Par exemple, les questions préliminaires suivantes pourraient être réglées par un autre juge que le juge du procès :

- les requêtes de type Rowbotham et Fisher;
- la mise en liberté provisoire par voie judiciaire;
- les négociations d'aveux et la reconnaissance de culpabilité (à moins que tous les accusés ne plaident coupable);
- les audiences d'investigation connexes.

Dans l'affaire Air India, au moins trois autres juges que le juge du procès, le juge Josephson, ont entendu des requêtes. Le fait qu'un seul autre juge entende ces requêtes favoriserait la continuité des décisions au sujet de l'affaire et ferait en sorte que le juge qui entendrait ces requêtes serait sans doute beaucoup mieux informé. En revanche, en chargeant un juge unique d'entendre toutes les requêtes qui ne sont pas entendues par le juge du procès, on risque de créer un deuxième centre de pouvoir qui empiéterait sur l'autorité du juge du procès.

Certains groupes préconisent qu'un juge responsable de la « gestion de l'instance » ait pour fonction de traiter une grande partie des requêtes préliminaires que la commission recommande de faire traiter par un juge

²¹² Rapport de R. Wright et M. Code sur le procès Air India, partie II, p. 8.

chargé du procès nommé assez tôt au cours de la procédure. Le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur la procédure pénale, par exemple, a recommandé récemment la nomination d'un « juge de gestion du procès » dans le cadre d'une « procédure exceptionnelle applicable à l'instance » qui serait employée dans les mégaprocès²¹³. Le rapport du Comité directeur, en 2004, préconisait la nomination d'un juge spécial « de gestion de l'instance » qui soulagerait le juge du procès d'une partie de sa charge de travail dans les mégaprocès. Ce juge aurait les mêmes pouvoirs que le juge du procès, et le même statut²¹⁴. Le Comité directeur a recommandé que le juge de gestion de l'instance soit habilité à exercer les fonctions suivantes :

- être saisi de toute question relative à la divulgation et rendre des ordonnances quant au contenu de la divulgation, à sa forme et aux échéanciers connexes;
- statuer sur les questions relatives au cautionnement et à la révision du cautionnement;
- décider des questions relatives à la rémunération des avocats de la défense, des témoins ou des jurés [...];
- permettre, au besoin, l'accès aux produits de la criminalité;
- statuer sur les requêtes pour la division des chefs d'accusation ou la séparation des accusés [...];
- statuer sur des questions préliminaires touchant à la présentation de la preuve, y compris :
 - l'admissibilité de la preuve;
 - les questions relatives à la *Charte*;
 - les requêtes de type *R. c. Corbett* (visant à faire exclure les condamnations antérieures de la preuve);
 - la qualité d'expert;
- fixer des échéances et demander aux parties de rendre compte de l'avancement du dossier;
- inviter les parties à signaler les questions litigieuses, en gardant à l'esprit que l'accusé ne saurait être forcé à admettre des faits [...];
- consigner au dossier les admissions faites par les parties²¹⁵.

213 Propositions du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mégaprocès, p. 6-9.

214 Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 4.2.1.

215 Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 4.2.3.

Le Comité directeur a recommandé que le juge chargé de la gestion de l'instance serve d'intermédiaire dans les négociations éventuelles entre la poursuite et la défense, par exemple au sujet des éventuels aveux et suspensions d'instance, « le juge du procès devant se garder de participer à de tels pourparlers²¹⁶ ». Le juge de gestion de l'instance servirait de médiateur dans les négociations concernant les aveux éventuels de l'accusé et la possibilité que le ministère public suspende certaines accusations. Le Comité directeur a aussi recommandé d'autoriser le juge de gestion de l'instance à « entendre les plaidoyers de culpabilité et prononcer des sentences » dans certaines circonstances²¹⁷.

En outre, le Comité directeur a recommandé que les « requêtes présentables pendant le procès [...] [soient] référées au juge de gestion de l'instance lorsqu'elles ont trait à des matières totalement étrangères à la preuve, ou lorsqu'une décision du juge de gestion pourrait être réouverte à la lumière de faits nouveaux ou dans des circonstances exceptionnelles²¹⁸ ». En outre, une fois que la cause serait prête à être jugée, le juge de gestion de l'instance remettrait au juge du procès un rapport exposant les décisions sur les requêtes préliminaires, les ordonnances concernant la divulgation de la preuve, les faits admis par les parties et les questions litigieuses signalées par les parties²¹⁹.

Certaines provinces recourent déjà à des juges chargés de gérer l'instance et à des juges de conférence préparatoire pour assurer l'efficacité de la gestion de la procédure préparatoire²²⁰. Les recommandations du Comité directeur élimineraient les disparités entre les provinces. Elles feraient en sorte qu'un nombre beaucoup plus grand de requêtes préliminaires seraient entendues par un juge autre que le juge du procès, ce qui permettrait à ce dernier de se consacrer exclusivement aux questions relatives au procès. En particulier, elles permettraient à un autre juge d'entendre certaines requêtes qu'il ne convient pas de faire entendre au juge du procès. Elles feraient en sorte également qu'un seul juge serait chargé de toute requête non destinée à être entendue par le juge du procès. Enfin, le rapport du Comité directeur (2004) recommande de forcer les parties à présenter leurs requêtes au juge de gestion de l'instance durant l'étape préparatoire, sous peine de voir leurs requêtes tardives rejetées²²¹.

En obligeant les parties à présenter la plupart de leurs requêtes à l'étape préparatoire, on s'écarterait sensiblement de la pratique suivie actuellement dans la plupart des provinces, et cette façon de faire ne serait sans doute pas opportune, particulièrement lorsqu'il n'est pas possible aux avocats de la défense et de la poursuite de recenser à l'avance toutes les requêtes qu'ils auront à présenter. Une bonne préparation et une bonne communication entre les avocats apporterait une certaine certitude, mais il est impossible de programmer un procès de la manière envisagée dans le rapport du Comité directeur (2004).

216 Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 4.2.6.

217 Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 4.2.6.

218 Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 4.2.6.

219 Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 4.2.4.

220 Dossier contextuel relatif au para. b)(vi) du mandat, p. 41. Voir, par exemple, les recommandations sur l'étape préparatoire du procès formulées dans le rapport de la Cour supérieure de l'Ontario ainsi que les conférences de gestion et de facilitation dans les affaires pénales et criminelles au Québec.

221 Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 4.2.3.

Abstraction faite des avantages de ces propositions en ce qui concerne les autres affaires que les poursuites antiterroristes, les propositions du Comité directeur ne tiennent pas compte des difficultés particulières que présentent ces dernières. Comme on l'a vu, les poursuites antiterroristes se résolvent moins souvent que la plupart des autres affaires par la négociation d'aveux. Les questions de divulgation, y compris lorsqu'il faut déterminer si des renseignements secrets seront divulgués à l'accusé en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, jouent un rôle important et parfois crucial dans les poursuites antiterroristes. Les exigences particulières de divulgation dans les poursuites antiterroristes peuvent poser des problèmes de divulgation tardive, que devra résoudre le juge du procès. Celui-ci doit pouvoir concilier les impératifs contradictoires de la divulgation et du secret et revenir sur les ordonnances de divulgation à mesure que le procès avance. Il est sans doute préférable que les recours en cas de violation des ordonnances de divulgation soient réglés en fin de procès par le juge du procès, ce qui se serait produit dans l'affaire Air India n'eussent été les acquittements. Ces caractéristiques distinctives des procès pour terrorisme militent toutes en faveur de la nomination, au début des poursuites antiterroristes, d'un juge d'instance compétent, expérimenté et engagé, habilité à prendre des décisions au sujet d'un très large éventail de questions préliminaires. Cette nomination précoce éliminerait en grande partie la nécessité de faire intervenir un autre juge (sauf dans le cas de certaines requêtes préliminaires décrites précédemment) dans ces poursuites, même si le juge de gestion recommandé dans le rapport du Comité directeur (2004) était disponible.

En confiant au seul juge du procès la tâche de « gérer » les poursuites antiterroristes, on éviterait la nécessité de modifier la loi pour habiliter les juges de gestion de l'étape préliminaire ou pour permettre aux parties ou au juge en chef de reconnaître les affaires suffisamment complexes pour nécessiter la nomination d'un juge de gestion de l'instance. En outre, le fait de désigner un juge unique éviterait que les parties ne demandent au juge du procès de revenir sur des décisions antérieures du juge de gestion de l'étape préliminaire²²². Il est plus simple et plus économique de nommer le juge du procès dès le début. Le

222 Bien qu'il préconise le modèle des deux juges parce que le modèle du juge unique est « administrativement rigide », M. Code concède que [traduction] « [...] le fait d'informer deux juges au sujet d'une affaire exige plus de ressources et crée le risque que le juge du procès ne soit pas d'accord avec les décisions prises par le juge de l'étape préliminaire et ne les renverse s'il est persuadé qu'un élément important a changé entre l'étape préliminaire et le procès. Seul le juge qui prend les décisions à l'étape préliminaire sait vraiment si un changement de circonstances aurait été important pour sa décision initiale. L'intervention de deux juges encouragera inévitablement à revenir sur les décisions antérieures. En outre, le fait d'assigner l'affaire dès le début à un juge unique, qui doit gérer l'affaire avant le procès, puis la juger (c'est le modèle du juge unique que prévoient les règles anglaises), encourage ce juge à prendre l'affaire en charge, à travailler diligemment pour la résoudre ou l'écourter et à prendre la responsabilité de la gestion efficace de sa charge de travail. » : article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 457-458. Au sujet de l'approche anglaise, qui donne au juge du procès de vastes pouvoirs pour gérer activement l'instance, y compris le pouvoir de rendre et au besoin de réviser les ordonnances de non-divulgation rendues sur la base de l'immunité des certificats d'interdiction de divulgation : article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 440-445; rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 253-263. M. Roach fait aussi observer qu'en Australie et aux États-Unis, les juges de première instance ont des pouvoirs considérables pour la gestion des procès, y compris la faculté de décider si des renseignements secrets doivent être communiqués à l'accusé, tels quels ou sous une forme modifiée.

pouvoir de revenir sur les ordonnances de non-divulgaration rendues en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* aiderait aussi à assurer un traitement équitable à l'accusé si de nouveaux éléments survenus au cours du procès faisaient en sorte qu'il devenait nécessaire de divulguer des renseignements liés à la sécurité nationale restés secrets jusque-là. Quels que soient les avantages de la fonction de juge de gestion d'instance à l'étape préliminaire des affaires autres que les poursuites antiterroristes, ce qui déborde de toute façon le mandat de la Commission, les circonstances particulièrement difficiles des poursuites antiterroristes exigent que le juge du procès gère fermement la plupart des aspects du procès, et ce, le plus tôt possible. En principe, il faudrait éviter de diviser les tâches et la responsabilité. Il faut que quelqu'un commande et, dans les poursuites antiterroristes, cette personne est le juge du procès.

9.3.7 Conférences préparatoires

L'article 625.1 du *Code criminel* autorise les conférences préparatoires à l'instruction. Elles visent à favoriser une audition rapide et équitable et constituent souvent les premières rencontres officielles entre les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense. Elles sont obligatoires dans les procès avec jury. Dans les autres procès, le procureur de la Couronne ou l'avocat de la défense doit en faire la demande au tribunal, ou celui-ci peut en ordonner une de sa propre initiative.

La conférence préparatoire est souvent l'occasion idéale pour les avocats et le juge de discuter des questions telles que la divulgation, notamment quand interviennent l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la négociation d'aveux, le choix du mode d'instruction et la durée du procès, l'admission des faits, les requêtes présentées en vertu de la *Charte* et les autres requêtes préliminaires, y compris les règles pour la présentation des requêtes²²³. Les discussions efficaces et précoces sur ces questions, lorsque de surcroît les avocats sont disposés à accepter des compromis (et ont le pouvoir de le faire), peuvent permettre de mieux circonscrire les questions à régler au cours du procès et déboucher sur une étape préliminaire et un procès plus efficaces.

Or, dans de nombreuses juridictions, les avocats ne prennent pas les conférences préparatoires au sérieux²²⁴, voire ne se donnent pas la peine d'y assister. Ceux qui y assistent le font souvent sans préparation et sans instructions de leur client, ou y délèguent des avocats adjoints qui ne connaissent pas le dossier et n'ont pas le pouvoir de prendre des décisions ou d'accepter les compromis²²⁵. En outre, le juge qui préside la conférence préparatoire, s'il n'est pas le juge du procès, risque d'être dénué du pouvoir de rendre des ordonnances exécutoires sur des points cruciaux tels que la divulgation²²⁶. La conférence préparatoire n'a alors aucune utilité.

²²³ Rapport de la Cour supérieure de l'Ontario sur les procès criminels, paras. 197, 208.

²²⁴ Rapport de la Cour supérieure de l'Ontario sur les procès criminels, para. 154.

²²⁵ Rapport de la Cour supérieure de l'Ontario sur les procès criminels, paras. 155-156, 158-159.

²²⁶ *R. v. S. (S.S.)* (1999), 136 C.C.C. (3^e) 477 (Ont. S.C.J.).

Les auteurs du rapport de la Cour supérieure de l'Ontario (2006) ont reconnu que les conférences préparatoires n'étaient pas prises au sérieux, n'étaient pas exploitées à leur plein potentiel et ne jouaient pas leur rôle comme outils de gestion des instances. Ils ont formulé en réponse une série de recommandations dans lesquelles ils proposent des obligations à imposer aux avocats et des sujets à couvrir²²⁷. Ces recommandations visent à créer un système de conférences préparatoires à l'instruction où les avocats étudieraient l'affaire avant la conférence et prendraient des engagements fermes sur diverses questions concernant l'étape préparatoire et le procès, y compris les requêtes préliminaires qu'ils ont l'intention de présenter et les règles à suivre en cette matière.

Dans les propositions qu'il a formulées en 2008, le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial préconise lui aussi une procédure plus rigoureuse pour les conférences préparatoires et recommande l'ajout d'une disposition dans le *Code criminel* semblable à l'article 536.4, qui prescrit des conférences préparatoires dans le contexte des enquêtes préliminaires²²⁸. L'article 536.4 envisage la tenue de rencontres permettant de déterminer les questions qui nécessitent la présentation de preuves, les témoins à entendre, et leurs besoins et circonstances. Il vise à encourager les parties à prendre des décisions pour favoriser une audition équitable et rapide²²⁹. MM. LeSage et Code ont fait remarquer cependant que les conférences préparatoires ne sont pas exploitées efficacement dans les enquêtes préliminaires, parce que les juges n'ont pas le pouvoir de rendre des ordonnances exécutoires au sujet de la conduite de la procédure²³⁰. D'où l'importance, encore une fois, de laisser le juge du procès, et non un autre juge, présider une conférence préparatoire débouchant sur des échéances et des décisions.

Comme pour l'audition des requêtes préliminaires, le juge du procès devrait participer à la conférence préparatoire. Le juge du procès est pleinement investi de l'affaire et a tout intérêt à ce qu'elle avance de la manière la plus efficiente possible. Non pas qu'il doive forcer les avocats à assister à une conférence préparatoire et en dicter l'ordre du jour. Dans certains cas, il peut s'avérer plus judicieux que le juge informe les avocats qu'il est disponible pour une conférence préparatoire sans en dicter la procédure, du moins à ce stade. L'essentiel est que ce soit le juge du procès qui soit aux commandes. En outre, le juge ne doit pas se montrer timide quand il s'agit de veiller à ce que l'affaire progresse jusqu'au verdict de manière efficiente et juste.

9.3.8 Réduction des délais et des remises en litige causés par les ordonnances de séparation et l'annulation des procès

On peut prévoir qu'en encourageant les avocats à présenter leurs requêtes sans tarder, les juges contribueront à accélérer le déroulement de la procédure.

²²⁷ Rapport de la Cour supérieure de l'Ontario sur les procès criminels, chapitre XVII : Compilation of Recommendations, Recommendations Regarding Pre-trial Conferences.

²²⁸ Propositions du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mégaprocès, p. 8.

²²⁹ Il faudrait tenir compte des différences entre les enquêtes préliminaires, qui visent des objectifs limités, et le déroulement des procès criminels proprement dits.

²³⁰ Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 70.

De nombreux points préliminaires concernant par exemple la divulgation, les requêtes en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le caractère suffisant des mandats de perquisition, voire éventuellement l'admissibilité des preuves, pourraient se régler avant le procès. Par ailleurs, il peut être souhaitable de séparer en plusieurs procès plus petits et plus faciles à gérer les poursuites antiterroristes contre des accusés multiples, dont chacun peut avoir participé à des degrés divers à l'activité terroriste présumée. Il est aussi possible qu'un procès pour terrorisme soit déclaré nul, comme c'est arrivé dans *R. c. Ribic*, où l'accusé a tenté de présenter des preuves secrètes au milieu du procès. Il en a résulté une contestation et un appel devant la Cour fédérale pendant que le jury attendait²³¹. Le jury a accepté le report, mais le juge du procès a fini par conclure que, étant donné les nouvelles procédures en instance devant la Cour fédérale, il se devait de dissoudre le jury et de déclarer le procès nul.

À l'heure actuelle, les décisions rendues avant l'annulation d'un procès ou avant une ordonnance visant l'instruction de procès distincts risquent de devoir être remises en litige devant les juges des procès respectifs ou du nouveau procès²³². De même, aucune disposition du *Code criminel* ne permet d'entendre et de régler les requêtes préliminaires communes dans les causes qui ont été séparées en instances distinctes dès le début. Dans l'état actuel du droit, les procureurs sont incités de façon perverse à regrouper de nombreux accusés et à multiplier les accusations dans un même acte ainsi qu'à s'opposer à toute séparation pour assurer l'efficience et l'uniformité des décisions concernant les requêtes préliminaires. Ce défaut du *Code criminel* persiste bien que de nombreux juges d'instance soulignent qu'il est essentiel de séparer les poursuites intentées contre de nombreux accusés sous de nombreux chefs d'accusation²³³. L'accumulation des chefs d'accusation et les refus de séparation risquent de rendre les procès difficiles à gérer, mais ils assurent la cohérence des décisions rendues au sujet des points préliminaires critiques, tels que la divulgation des renseignements et l'admissibilité des rapports d'écoute électronique, cohérence qui ne serait sans doute pas assurée si, dans des procès distincts, des juges différents étaient saisis de requêtes préliminaires pratiquement identiques.

Bruce MacFarlane a fait valoir que l'une des causes des procès qui se prolongent tient à la surcharge des actes d'accusation, où figurent un trop grand nombre d'accusés et un trop grand nombre de chefs d'accusation. Il affirme [traduction] « [...] il n'est pas nécessaire que la Couronne inclue tous les accusés possibles et

231 Voir l'étude de cas sur cette poursuite dans le rapport de K. Roach sur les poursuites antiterroristes, p. 214-231.

232 Les cours d'appel du Canada semblent divisées quant à savoir si les décisions rendues par le juge du procès avant une déclaration de nullité restent contraignantes au cours du procès subséquent. Voir *R. v. Wu (J.J.)* (2002), 167 O.A.C. 141 au para. 25, où on laisse entendre que ces décisions sont contraignantes. Par contre, voir *R. v. Reashore*, 2002 NSCA 167, 170 C.C.C. (3^e) 246 au para. 11, où l'on exprime l'avis que ces décisions ne sont peut-être pas contraignantes lors du second procès.

233 Le juge Krindle, par exemple, a fait l'observation suivante [traduction] : « À mon avis, un procès à sept ou huit accusés serait difficile, mais pourrait être tenu, à condition de fournir les aides voulues au jury, sans que le jury perde le fil de la preuve et sans qu'il perde la faculté d'isoler les preuves se rapportant aux individus et aux points en litige. Lorsque le nombre est plus élevé, je crois que les intérêts de la justice commandent la séparation » : *R. v. Pangman*, 2000 MBQB 71, 149 Man. R. (2^e) 68 au para. 30.

tous les chefs d'accusation possibles dans l'acte d'accusation²³⁴ ». Michael Code abonde dans le même sens et déclare [traduction] « [...] il ne fait aucun doute que l'une des causes du phénomène des mégaprocès est la surcharge des actes d'accusation, qui regroupent trop d'accusés et trop de chefs d'accusation », ajoutant :

[Traduction]

Une des principales raisons qui militent contre la séparation en procès distincts sous notre régime législatif actuel est le fait que la Couronne a valablement intérêt à obtenir des décisions uniques et cohérentes sur les grands points de procédure d'une cause importante, tels que la divulgation, l'admissibilité de la preuve et les entorses présumées à la *Charte*. Il est absurde de plaider à répétition sur ces points devant des juges distincts, à des procès distincts. En conséquence, sous notre régime actuel, la Couronne s'oppose à la séparation, ce qui est compréhensible, pour que les décisions soient prises par un juge unique lors d'un procès unique. Si le *Code criminel* prescrivait une audition générale des requêtes connexes visant tous les procès connexes, la séparation des grands procès en instances plus petites deviendrait une solution beaucoup plus acceptable²³⁵.

L'équité du procès subséquent n'en serait pas diminuée si la décision originale liait le juge d'un nouveau procès intenté pour cause de séparation ou d'annulation du premier procès. L'accusé et le ministère public participeraient pleinement aux débats qui aboutiraient à la décision rendue avant la séparation ou l'annulation du procès. Ce serait aussi le cas si les causes étaient séparées en poursuites distinctes et plus gérables dès le début et qu'un seul juge entendait les requêtes communes lors d'audiences où tous les accusés seraient représentés. Dans tous ces scénarios, l'accusé et le ministère public seraient présents et participeraient pleinement aux débats qui débouchent sur la décision. Ni l'accusé ni le ministère public ne pourraient soutenir que la procédure est injuste et ni l'un ni l'autre ne devrait pouvoir remettre la décision en litige, à moins de pouvoir faire état d'un changement important de circonstances. Le même principe devrait s'appliquer après l'annulation d'un procès²³⁶. À moins d'un changement important de circonstances, les décisions du juge du premier procès devraient lier les parties au second procès.

Les avocats d'expérience peuvent accepter une décision prise avant la séparation ou l'annulation, mais la meilleure solution consiste à modifier le *Code criminel* de manière que la décision du premier juge d'instance ne soit pas remise en

²³⁴ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 304.

²³⁵ Article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 461-462.

²³⁶ Par contre, ce principe ne s'applique pas au cas d'un nouveau procès ordonné par une cour d'appel qui invalide une déclaration de culpabilité. Dans cette éventualité, les parties devraient convenir d'être liées par les décisions préliminaires rendues lors du premier procès.

question par une ordonnance de séparation ou une annulation. Il faudrait aussi modifier le *Code criminel* pour permettre les audiences générales portant sur les requêtes communes relatives aux poursuites connexes qui ont déjà été séparées. Cela signifierait par exemple qu'une décision rendue avant la séparation sur un voir-dire concernant la constitutionnalité de la législation antiterroriste lierait le juge du nouveau procès ou qu'une décision sur la constitutionnalité d'un rapport d'écoute électronique rendue à une audience générale lierait les juges d'instance des poursuites distinctes subséquentes. Le même principe s'appliquerait aux décisions rendues avant la déclaration de nullité. Le juge subséquent pourrait remettre en question les décisions du premier juge seulement en présence de faits passablement différents, comme ce pourrait être le cas, par exemple, en raison d'une divulgation continue.

L'irrévocabilité est un principe important du système de justice pénale. Les parties n'ont pas droit à une reprise. L'approche proposée précédemment est juste parce que, dans chaque cas, l'accusé et le ministère public se font entendre avant que la décision ne soit rendue. Elle est efficiente parce qu'elle évite la remise en litige des mêmes points dans des poursuites distinctes. Elle est particulièrement importante dans le cas des poursuites contre des cellules ou groupes terroristes présumés, parce qu'elle permet de diviser la cause en plusieurs instances gérables, mais aussi de résoudre de manière cohérente les points préliminaires communs.

Il serait important de limiter les appels interlocutoires contre les décisions rendues avant la séparation ou l'annulation d'un procès, ainsi que ceux qui sont interjetés lors d'une audition générale des requêtes. Il est possible d'empêcher ces appels en assimilant aux décisions du juge de chaque procès les décisions rendues avant la séparation ou l'annulation du procès ou encore à une audience générale. L'accusé et le ministère public pourraient encore appeler de ces décisions, mais seulement après le verdict, selon la procédure d'appel normale prescrite par le *Code criminel*.

Après la conclusion des procès séparés, des appels distincts sur des points semblables seraient possibles, par exemple des appels distincts sur une décision antérieure à la séparation au sujet de la constitutionnalité d'une écoute électronique. S'il y avait des appels distincts sur des points semblables, les cours d'appel pourraient les regrouper ou reconnaître la qualité pour agir à tous les accusés qui seraient concernés par l'appel. Elles ont d'ailleurs régulièrement à résoudre des problèmes relatifs à des appels multiples interjetés sur des points semblables²³⁷.

Dans ses propositions de 2008, le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial mentionne qu'il faut faire plus d'efforts pour veiller à ce que les accusés et la Couronne soient liés par les décisions rendues avant la séparation de l'affaire en procès distincts et pour régler les problèmes comme les appels interjetés

²³⁷ Voir par exemple *Re McDonald and the Queen*, 21 C.C.C. (3^e) 330 (Ont. C.A.).

sur des points tranchés avant la séparation²³⁸. La Commission n'est pas de cet avis. Les principes de base sont relativement simples. Tout d'abord, les décisions rendues avant la séparation devraient être contraignantes lors des procès distincts tenus après la séparation. Ensuite, les auditions générales de requêtes préliminaires communes devraient être autorisées dans les affaires connexes. Il faudrait modifier le *Code criminel* pour que les décisions rendues à l'égard des requêtes préliminaires avant la séparation ou à une audience générale soient assimilées aux décisions du juge d'instance à tous les procès subséquents. Les décisions devraient être contraignantes tant qu'il ne serait pas démontré que les circonstances ont changé de manière importante. Les accusés et le ministère public ne devraient avoir droit d'appeler de ces décisions qu'en vertu des procédures d'appel qui s'appliquent normalement après le procès. Les cours d'appel devraient pouvoir gérer les problèmes soulevés par la possibilité que l'un des procès distincts donne lieu à un appel avant la fin d'un autre de ces procès, étant donné leur contrôle à propos des questions concernant la qualité pour agir et les droits d'intervention. Une décision d'appel rendue dans une affaire avant la fin d'un procès connexe devrait aussi être gérable. Les juges d'instance ont régulièrement à compter avec des changements de droit qui se produisent dans des appels distincts, et ils peuvent le faire même si la décision d'appel est rendue dans une affaire connexe.

Les poursuites intentées contre des cellules terroristes présumées peuvent concerner de nombreux individus impliqués à des degrés divers dans un complot terroriste. En fait, un même groupe peut être impliqué dans plusieurs complots. L'équité et l'efficacité exigent que certaines affaires soient séparées en plusieurs causes distinctes, plus gérables. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire de remédier au problème des délais et des remises en litige qui seront occasionnés par les ordonnances de séparation judiciaires. Cela peut se faire par la modification de l'article 645 du *Code criminel* permettant, comme il a été expliqué déjà, de régler les points préliminaires communs de façon juste, efficace et plus ou moins irrévocable.

Recommandation 25:

Pour que les poursuites antiterroristes soient viables, le gouvernement fédéral devrait assumer une partie du coût des grands procès afin d'assurer la bonne gestion des projets, la prestation des services aux victimes et la disponibilité de fonds suffisants pour attirer des avocats plaidants chevronnés, capables d'admettre les faits lorsqu'il y a lieu et d'exercer leurs autres fonctions en tant qu'officiers de justice;

²³⁸ Propositions du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mégaprocès. Le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial estime qu'un [traduction] « examen étendu » est encore nécessaire « pour que la procédure d'audience commune proposée facilite la conduite des mégaprocès et qu'elle ne les rende pas encore plus complexes en occasionnant de nouveaux délais procéduraux », p. 20, proposition 8. Par ailleurs, le Groupe de travail accepte le principe selon lequel les décisions doivent continuer d'être contraignantes même après une déclaration de nullité, sauf en présence de nouvelles preuves de préjudice : p. 18, proposition 7. Il est difficile de comprendre que l'accusé ou le ministère public puisse se prétendre lésé par l'application d'une décision antérieure en l'absence de nouvelles preuves d'un changement sensible de circonstances. Cette idée prête à de nouvelles contestations et devrait être écartée.

Recommandation 26:

Le juge du procès devrait être nommé le plus tôt possible afin qu'il puisse gérer le procès, entendre la plupart des requêtes préliminaires et rendre des décisions; ces décisions ne devraient pas être susceptibles d'appel avant le procès;

Recommandation 27:

Le *Code criminel* devrait être modifié pour que les décisions préliminaires du juge du procès continuent de s'appliquer dans l'éventualité où les poursuites soient annulées ou séparées en instances distinctes. Le seul cas où les décisions ne devraient pas lier l'accusé et la Couronne serait celui où un changement important de circonstances serait démontré;

Recommandation 28:

Le *Code criminel* devrait être modifié pour permettre les audiences générales sur les requêtes préliminaires communes dans les affaires connexes, mais séparées. Cette façon de faire faciliterait la séparation des poursuites antiterroristes qui présentent des points de droit communs, mais qu'il est plus juste ou plus commode de juger dans le cadre de procès distincts. Tous les accusés des poursuites connexes seraient représentés à l'audience générale. Les décisions rendues à cette audience lieraient la Couronne et les accusés aux procès subséquents, sauf preuve de changement important de circonstances. Ces décisions ne seraient susceptibles d'appel qu'après le verdict.

9.4 Divuligation

Au chapitre V, nous avons passé en revue les règles de droit touchant la divulgation des renseignements pertinents à l'accusé et leur production. Au Canada, le droit à la divulgation est général : il garantit aux accusés l'accès aux renseignements que détient le ministère public et qui ne sont pas nettement étrangers à l'affaire. Cette règle vise à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière ainsi qu'à prévenir les erreurs judiciaires. Or, ce droit de divulgation général occasionne des frais. Il s'avère qu'il a nui aux relations entre la GRC et le SCRS parce que le SCRS est alors moins disposé à communiquer ses renseignements à la GRC et que celle-ci est moins disposée à les recevoir. En ce qui concerne plus directement l'objet du présent chapitre, le droit de divulgation général impose un fardeau important pour le déroulement de la procédure. Dans toutes les poursuites antiterroristes, les obligations de divulgation ne peuvent manquer d'être onéreuses et de viser de nombreux documents relatifs à l'enquête policière, y compris des renseignements non protégés concernant les sources et les agents d'infiltration. La divulgation peut aussi concerner des renseignements produits par le SCRS ou des organismes étrangers.

Nous avons examiné au chapitre V la possibilité d'adopter des lois pour limiter les droits des accusés à la divulgation et production de documents provenant de

tiers. Nous avons conclu qu'une telle législation augmenterait les contestations, notamment en vertu de la *Charte*, et qu'elle n'aiderait pas à mieux concilier renseignement et preuve. Cela dit, nous avons aussi recommandé de rappeler clairement aux procureurs leur obligation de ne divulguer que les renseignements pertinents dans le cadre de l'affaire, et non l'information protégée notamment par le privilège de l'informateur ou par une revendication de confidentialité pour raisons de sécurité nationale. Il faut éviter le « déversement en vrac » de renseignements pêle-mêle. La communication rapide, bien organisée et sélective facilite l'admission des faits, ce qui abrège par la suite la procédure et permet au ministère public et à la défense de préparer leur cause.

Dans une affaire de l'envergure du procès Air India, il est vital de se préparer tôt, pour que le début du procès ne soit pas retardé par une divulgation tardive ou incomplète. L'honorable Patrick LeSage et Michael Code font remarquer que la communication rapide de la preuve exige que la police et les procureurs collaborent étroitement afin de bien structurer le dossier de divulgation²³⁹. Heureusement, le Guide du Service fédéral des poursuites reconnaît ce rôle important des procureurs de la Couronne²⁴⁰. Les lignes de conduite exposées dans le Guide prescrivent une collaboration étroite entre la police et le procureur en ce qui a trait aux impératifs juridiques et à l'organisation de la divulgation. Un des rôles importants du nouveau directeur des poursuites antiterroristes, poste dont la création est recommandée au chapitre III, consistera à aider les enquêteurs à constituer un dossier de divulgation bien organisé et à leur donner des conseils juridiques au sujet des privilèges qui peuvent protéger les renseignements de la divulgation. Il faut aussi que les procureurs participent étroitement aux enquêtes, parce que l'article 83.24 du *Code criminel* exige le consentement du procureur général aux procédures relatives aux infractions de terrorisme. La participation des procureurs devrait aussi faciliter les discussions informelles au sujet des chefs d'accusation appropriés et des obligations de divulgation qui s'ensuivent. L'étendue exacte des obligations de divulgation dépend de la nature des accusations qui risquent d'être portées²⁴¹.

239 Rapport de P. LeSage et M. Code sur la procédure relative aux affaires criminelles complexes, p. 46.

240 Le Guide du Service fédéral des poursuites prescrit ce qui suit : « La façon la plus efficace, pour un procureur de la Couronne, de respecter son obligation déontologique de communiquer tous les éléments de preuve consiste à participer à l'enquête dès le début et pendant toute sa durée. Encore plus que toute autre question, celle de la préparation des documents à communiquer nécessite une collaboration intensive entre le procureur de la Couronne et l'organisme d'enquête, de sorte que cette responsabilité devrait être perçue comme une responsabilité conjointe. Les avocats de la Couronne devraient fournir à l'organisme d'enquête suffisamment d'aide et d'orientation pour s'assurer que les enquêteurs produisent, avant le dépôt des accusations, un ensemble de documents très bien organisés et aussi complets que possible et de format convivial. L'aide fournie devrait permettre aux policiers de produire d'excellents dossiers de poursuite et des communications de la preuve complètes pour la défense. » Le Guide souligne ensuite le rôle que joue le procureur « en fournissant des conseils juridiques quant aux documents protégés ou qui ne peuvent être communiqués pour tout autre motif » : Guide du Service fédéral des poursuites, 54.3.1.3, en ligne : Ministère de la Justice du Canada <<http://www.justice.gc.ca/fra/dept-min/pub/fps-sfp/fpd/ch54.html>> (consulté le 24 novembre 2008).

241 Voir *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, discuté au chapitre V.

9.4.1 Communication électronique de la preuve

Comme on l'a vu, une grande partie des documents divulgués au procès Air India l'ont été par voie électronique. Il en a été ainsi du dossier de la Couronne (qui a aussi été communiqué en version imprimée) et d'une deuxième catégorie de documents, qui auraient pu être pertinents pour la défense, mais ne devaient pas faire partie des poursuites. Un troisième volet de divulgation concerne le grand nombre de dossiers qui ont été mis à la disposition de la défense pour consultation.

Dans son témoignage, M. Code a parlé du choix d'une procédure pratique pour le procès Air India et les futurs procès pour terrorisme :

[Traduction]

Il est possible de structurer la procédure, et il n'y a rien de constitutionnel au sujet de la bonne procédure ou des procédures pratiques en l'occurrence, alors je crois que de faire exactement ce qu'ont fait les procureurs de la Colombie-Britannique dans l'affaire Air India, ce à quoi nous avons adhéré – il y a eu des négociations à ce sujet, mais il a été convenu de distinguer trois volets de divulgation. Le plus pertinent, le dossier principal de la Couronne, devrait être structuré et produit en version imprimée dans un dossier de la Couronne comme il l'a toujours été. L'information du second volet, celle qui est considérée comme pertinente, mais sur laquelle le ministère public ne fonde pas sa plaidoirie, devrait être divulguée sur CD-ROM après balayage, et celle du troisième volet, les renseignements vraiment accessoires sans être nettement hors de propos, devrait être mise à la disposition de la défense pour consultation sur demande, à charge pour elle de demander copie des documents qu'elle jugerait utiles. C'est la première question au sujet de la façon de définir une procédure pratique²⁴².

Les avocats sont de plus en plus versés en informatique. Aux procès pour terrorisme qui font intervenir des équipes d'avocats, l'incapacité de certains membres de ces équipes à s'accommoder de la communication électronique de la preuve ne devrait pas faire problème, car d'autres seront dotés des compétences nécessaires en informatique. En outre, les fonds supplémentaires destinés aux avocats devraient leur être accordés à condition que l'équipe possède des capacités techniques suffisantes pour accepter les documents qui lui seront communiqués sous forme électronique.

²⁴² Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11373. Voir aussi l'analyse que fait M. Code d'un projet de procédure de divulgation, p. 11371-11373.

Bien que les décisions récentes tendent à affirmer la validité de la communication électronique, une présomption législative en sa faveur est nécessaire pour que les procédures inutiles ne fassent pas dérailler les procès à la suite de demandes de divulgation sur papier²⁴³. L'honorable Bernard Grenier a témoigné en faveur de l'utilité de la communication électronique dans les mégaprocès²⁴⁴, de même que Bruce MacFarlane²⁴⁵. Le commissaire adjoint Souccar, de la GRC, préconise pour sa part que l'on cerne et gère les questions de divulgation [traduction] « dès le premier jour de l'enquête et non pas à la fin²⁴⁶ ».

Pour encourager une divulgation rapide et rendre plus gérable la communication des preuves volumineuses, il faudrait modifier le *Code criminel* pour permettre la communication électronique des documents et leur examen par les avocats de la défense dans les affaires criminelles qui sont déclarées complexes par les juges qui les président. Cela permettrait une approche à plusieurs volets de la divulgation dans les causes qui s'y prêtent, comme celle qui a été suivie dans l'affaire Air India. Comme dans cette affaire, les avocats de la défense peuvent, s'il y a lieu, être tenus de se présenter dans un local protégé pour examiner des documents qui, s'ils étaient divulgués, risqueraient de nuire à la sécurité nationale. Cette option d'examen est particulièrement importante si, comme le prescrit le récent arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Charkaoui*²⁴⁷, des documents relatifs aux enquêtes antérieures du SCRS et à la surveillance des accusés et de leurs associés sont conservés et que le ministère public accepte de les mettre à la disposition des accusés. Dans ces circonstances, les avocats de la défense devraient pouvoir examiner les documents, mais dans un local protégé où tous les moyens seraient mis en œuvre pour respecter le caractère confidentiel du travail des avocats. Il a été proposé en Angleterre d'imposer des limites semblables à l'accès aux documents, pour répondre aux préoccupations de ceux qui craignent que la divulgation ne donne lieu à des abus, par exemple à la révélation de l'identité des agents chargés d'activités de surveillance secrète²⁴⁸.

Dans ses conclusions finales, le procureur général du Canada a prédit que même les changements mineurs qui seraient apportés au régime de divulgation le cas échéant occasionneraient des problèmes complexes, voire insolubles au sujet de la compétence provinciale et de la capacité des collectivités nordiques et

²⁴³ Dans *R. v. Chan* 2003 ABQB 759 (Q.B.), au paragraphe 77, la juge Sulyma a invoqué une ordonnance rendue en juin 2000 par un juge de la Cour provinciale, le juge Maher, selon laquelle la communication électronique était insuffisante et la divulgation en version imprimée s'imposait. Cette ordonnance a porté un dur coup à la cause de la Couronne dans cette affaire, car la communication des renseignements à 34 coaccusés était une tâche énorme. Un sursis d'instance a mis fin subséquemment au procès Chan, alors que le ministère public s'affairait encore à communiquer ses documents en version imprimée aux 34 coaccusés : *R. v. Chan* 2003 ABQB 759. Mais des décisions plus récentes reconnaissent que la communication électronique de la preuve est suffisante, notamment *R. v. Greer et al.*, 2006 BCSC 1894 ainsi que *R. v. Piaskowski et al.*, 2007 MBQB 68, [2007] 5 W.W.R. 323.

²⁴⁴ Témoignage de l'honorable Bernard Grenier, vol. 92, 10 décembre 2007, p. 12179-12183.

²⁴⁵ Témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9915-9917.

²⁴⁶ Témoignage de Raf Souccar, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9983.

²⁴⁷ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

²⁴⁸ David Ormerod, « Improving the Disclosure Regime », *International Journal of Evidence and Proof*, vol. 7 (2003) 102, p. 127.

éloignées à composer avec les complexités de la communication électronique²⁴⁹. À notre époque où le maniement des ordinateurs se généralise, ces craintes sont exagérées. Quoi qu'il en soit, le procureur général du Canada conserve le pouvoir d'engager des poursuites contre les suspects d'infractions de terrorisme et de changer la province où a lieu le procès pour terrorisme dans l'éventualité peu probable où la communication électronique irait au-delà des capacités d'une juridiction donnée. Bref, il serait possible d'ajouter dans le *Code criminel* une disposition permettant au ministère public de communiquer les preuves par des moyens électroniques.

9.4.2 Divulgence en plusieurs volets

Comme nous l'avons vu, le procès Air India s'est caractérisé par une divulgation en plusieurs volets. Le dossier de la Couronne a été communiqué sur papier et par voie électronique. D'autres documents pertinents ont été divulgués sur support électronique, et les avocats de la défense ont pu examiner d'autres documents encore et en obtenir copie, y compris des documents sensibles détenus par le SCRS qui n'étaient pas clairement hors de propos. Cette forme d'examen peut être particulièrement utile dans les affaires comme le procès Air India, où existent des masses de rapports d'écoute électronique et d'autres documents d'enquête dont la pertinence est limitée et qui ne sont pas présentés en preuve²⁵⁰.

De l'avis général, l'approche différentielle de la divulgation qui a été suivie lors du procès Air India était équitable pour toutes les parties. Elle a rendu plus gérable la communication d'un grand nombre de documents dans cette affaire. Bien que le dossier de la Couronne ait été communiqué sur papier et sous forme électronique au procès Air India, la communication sur imprimé n'est sans doute plus nécessaire. À notre époque où l'ordinateur est omniprésent, [traduction], « [...] si l'accusé ou son avocat a besoin d'une copie papier d'un document électronique, excepté les parties vidéo ou audio, il n'a qu'à l'imprimer »²⁵¹. Dans certaines circonstances, cependant, le ministère public peut communiquer le dossier de la Couronne à la fois sous forme imprimée et électronique.

La divulgation en plusieurs volets, y compris la possibilité de simplement mettre certains documents à la disposition de la défense pour examen, sera importante dans de nombreuses affaires de terrorisme. Elle permet au ministère public de s'acquitter des obligations de divulgation prescrites par l'arrêt *Stinchcombe*, même interprétées au sens le plus large, tout en tenant compte du fait que la communication de documents dont la pertinence est limitée et qui se situent à la limite de la règle définie dans l'arrêt *Stinchcombe*, même sous forme électronique, peut parfois se révéler impossible. Les conditions de l'examen peuvent être définies de manière à apaiser les préoccupations légitimes, sur le plan de la sécurité, de ceux qui craignent que des documents sensibles que le

²⁴⁹ Conclusions finales du procureur général du Canada, Vol. III, 29 février 2008, paras. 80-84.

²⁵⁰ Le *Code criminel* précise que les résultats d'écoute électronique qui sont produits en preuve doivent être transcrits : *Code criminel*, art. 540(6).

²⁵¹ *R. v. Greer et al.*, 2006 BCSC 1894 au para. 32.

ministère public accepte de communiquer aux avocats des accusés ne servent à des fins illégitimes, ce qui pourrait mettre en danger des sources et des agents d'infiltration. Il y a lieu de donner à l'accusé la possibilité d'examiner les documents dans un local protégé, dans des conditions de sécurité respectant le secret professionnel qui lie l'avocat et le caractère confidentiel de son travail.

Le juge du procès devrait aussi fixer des délais pour cette divulgation en plusieurs volets et ne pas permettre que les différends concernant la communication de la preuve s'éternisent et retardent le début du procès. Dans les poursuites antiterroristes complexes, la réalité veut que la communication de tous les documents ne puisse pas avoir lieu en même temps. C'est pourquoi le juge du procès devrait garder la maîtrise du processus de divulgation. Cela ne veut pas dire qu'il doive s'efforcer de lire tous les documents divulgués, ni qu'il y ait lieu d'encourager les avocats à lui soumettre tous les problèmes de divulgation possibles. Le juge du procès devrait pouvoir s'attendre à ce que les procureurs de la Couronne s'acquittent de leurs obligations déontologiques et légales relativement à la divulgation, et à ce que les avocats de la défense saisissent l'occasion qui leur est offerte d'examiner les documents dont la pertinence est limitée, se servent des moteurs de recherche pour consulter les documents divulgués sous forme électronique et justifient leurs demandes visant la divulgation de documents autres que le dossier d'enquête qui soulèvent des points périphériques.

Recommandation 29:

Il faudrait recourir à la communication électronique et à la divulgation en plusieurs volets dans les poursuites antiterroristes, afin que ces dernières soient plus gérables. La communication devrait se dérouler de la manière suivante.

Recommandation 30:

Le ministère public devrait pouvoir communiquer sous forme électronique tout document sur lequel il a l'intention de se fonder et pouvoir décider d'en communiquer des copies papier. Si le ministère public opte pour la communication électronique, il devrait s'assurer que la défense dispose des ressources techniques nécessaires pour consulter la base de données électroniques correspondante, y compris les logiciels d'annotation et de recherche appropriés.

Recommandation 31:

Les documents sur lesquels le ministère public n'a pas l'intention de se fonder mais qui sont pertinents devraient être produits sous forme électronique, et les ressources techniques voulues pour la consultation de la base de données électroniques correspondante devraient être fournies.

Recommandation 32:

Le ministère public devrait pouvoir communiquer tous les autres documents à divulguer conformément aux arrêts *Stinchcombe* et *Charkaoui* en les mettant à la disposition des avocats des accusés pour examen. Dans les cas où la divulgation concerne des documents sensibles, le ministère public devrait pouvoir exiger que les avocats des accusés les examinent dans un local protégé, sous réserve des dispositions à prendre pour respecter le secret professionnel. Les avocats de la défense devraient avoir le droit de faire une copie des documents, mais à condition de les protéger et de veiller à ce qu'ils ne servent pas à des fins inappropriées, étrangères au procès.

Recommandation 33:

le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la divulgation intégrale ou partielle sur papier lorsque l'intérêt de la justice le commande.

Recommandation 34:

La validité de la communication électronique de la preuve et la procédure en la matière devraient être stipulées dans le *Code criminel* afin de prévenir les différends à ce sujet.

9.4.3 Questions de divulgation rattachées à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

Les engagements signés par les avocats de la défense dans l'affaire *Air India* ont permis de divulguer des informations sensibles sans appliquer la procédure de recours devant la Cour fédérale actuellement prescrite par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. On a ainsi évité ce que M. Code a qualifié de [traduction] « modèle de contestation pour chaque document plutôt que le modèle de négociation raisonnable entre avocats²⁵² ». Comme on l'a vu, les avocats qui ont signé un engagement ont pu consulter des documents que le ministère public aurait autrement cherché à protéger en vertu de l'article 38.

M. Code a parlé dans son témoignage des problèmes qui se poseraient, croit-il, si les parties avaient soumis des requêtes invoquant l'article 38. Il a souligné que [traduction] « personne ne voulait faire intervenir la procédure prescrite à l'article 38. C'était une abomination. » Le problème tenait en partie à la procédure à suivre pour mettre un juge de la Cour fédérale au courant de l'affaire²⁵³. Il a ajouté qu'il faut « [...] entendre encore et toujours les préoccupations légitimes des victimes dans ces affaires et les délais sont inacceptables et [...] la procédure actuelle selon l'article 38 ne peut qu'étirer les choses²⁵⁴ ».

²⁵² Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11385.

²⁵³ Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11386-11387.

²⁵⁴ Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11391.

Deux mesures faciliteraient le règlement des requêtes en vertu de l'article 38 dans les futurs procès pour terrorisme. La première, adoptée au procès Air India, a été qualifiée de « remède palliatif ». Elle consiste à permettre aux avocats de la défense de consulter des informations sensibles sur engagement signé de leur part. La deuxième, qui a été exposée en détail au chapitre VII, consiste à soustraire les contestations relatives à l'article 38 à la compétence de la Cour fédérale et à les soumettre à celle des juges des tribunaux supérieurs qui président les procès pour terrorisme.

La première solution – l'engagement signé par les avocats de la défense – a donné de bons résultats au procès Air India, ce qui a témoigné, chez ces avocats expérimentés, de la volonté de faire en sorte que le procès soit gérable. Elle a aussi été efficace parce qu'une bonne partie des incidents examinés pendant le procès Air India dataient de plus d'une vingtaine d'années. Même si les documents consultés étaient hautement classifiés à l'origine, étant donné leur âge, leur divulgation ne risquait guère de révéler des sources, des méthodes ou des renseignements actuels du SCRS.

Il n'en sera sans doute pas ainsi lors des futurs procès pour terrorisme. Les informations classifiées auxquelles les avocats de la défense chercheront à obtenir l'accès seront d'actualité dans la plupart des cas et risqueront de dévoiler des opérations, des cibles, des sources et des renseignements encore valables. On pourra alors comprendre que le SCRS et le procureur général hésitent à laisser des avocats non munis des cotes de sécurité exigées consulter certains de ces documents, et en contestent ou bloquent la communication en invoquant l'article 38.

La procédure prescrite par l'article 38 est donc parfois le seul moyen pratique d'évaluer s'il convient de communiquer des documents mettant en jeu la sécurité nationale. Lorsqu'elle est effectivement nécessaire, la proposition formulée par la Commission, soit faire entendre par le juge du procès²⁵⁵ les requêtes déposées en vertu de l'article 38, serait moins perturbatrice que la procédure actuelle devant la Cour fédérale.

9.4.4 Divulgation tardive et divulgation prolongée

La quantité de documents à communiquer peut donner lieu à une alternative entre une divulgation partielle effectuée dans les délais et une divulgation complète mais tardive. Comme les accusés ont droit à la communication de toutes les preuves pertinentes en possession de la Couronne, le ministère public peut être enclin à retarder la divulgation jusqu'à ce qu'il ait achevé son examen de tous les documents que renferme le dossier d'enquête. Idéalement, le ministère public devrait pouvoir communiquer ces documents dès la mise en accusation, mais ce n'est souvent pas le cas, pour diverses raisons :

- La taille du dossier d'enquête ne permet pas un examen complet de la preuve dans le délai imparti;

²⁵⁵ Voir le chapitre VII.

- l'accusé a été mis en accusation très rapidement après avoir été pris en flagrant délit;
- différentes preuves sont en possession de plusieurs organismes et il faut du temps pour les recueillir;
- de nouvelles preuves sont recueillies après la mise en accusation, notamment si l'enquête met en cause des complices qui n'ont pas encore été mis en accusation;
- le gouvernement doit obtenir d'autres organismes la levée des restrictions imposées pour la divulgation des informations, mais ne l'a pas reçue à la date de la mise en accusation;
- le ministère public exerce son pouvoir discrétionnaire de retarder la divulgation pour protéger des témoins et des sources.

L'examen complet des preuves avant divulgation peut allonger les délais et, de toute façon, les enquêtes en cours peuvent rendre à peu près impossible la communication de toute la preuve dans un seul temps. Par conséquent, il faut trouver un moyen terme entre divulgation rapide et divulgation complète.

La divulgation tardive ou incomplète fait souvent problème à propos des requêtes préliminaires formulées durant les mégaprocès. Dans le procès *Air India*, par exemple, le juge Josephson a statué à quatre occasions que les droits de l'accusé à la divulgation avaient été violés à la suite de la perte ou de la destruction de preuves²⁵⁶ ou en raison d'une divulgation tardive²⁵⁷. La portée de l'obligation de la Couronne de communiquer la preuve et le moment de cette communication ont demandé beaucoup d'attention au cours du procès, exigeant quatorze jours d'audience et de longs mémoires. À certains moments, le désaccord qui est né au sujet de la divulgation a envenimé les relations entre les procureurs de la Couronne et les avocats de la défense²⁵⁸.

Comme le juge Josephson a acquitté Malik et Bagri en fin de compte, il n'a pas eu à décider des remèdes appropriés à apporter aux divers manquements à la *Charte* relevés pour cause de divulgation tardive²⁵⁹. Dans d'autres affaires, des entorses à la *Charte* résultant d'une divulgation tardive ont donné lieu à diverses mesures correctives. Dans la plupart des cas, il s'est agi de frais et d'ajournements, mais les recours accordés ont été parfois des plus draconiens : exclusion de preuves, annulation de procès et même suspension de l'instance²⁶⁰. Dans l'affaire *Chan*,

²⁵⁶ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 864; *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 554, 119 C.R.R. (2^e) 39.

²⁵⁷ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 484; *R. v. Malik and Bagri*, 2004 BCSC 1309, 124 C.R.R. (2^e) 270.

²⁵⁸ *R. v. Malik, Bagri and Reyat*, 2002 BCSC 484 au para. 24.

²⁵⁹ *R. v. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 au para. 1250.

²⁶⁰ La jurisprudence concernant les mesures correctives est examinée dans Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (Aurora, Canada Law Book, 1996), para. 9.134-9.225.

la divulgation tardive et incomplète a amené l'accusé à demander la suspension de l'instance pour cause de délai déraisonnable et de violation de son droit, garanti par l'alinéa 11b) de la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable²⁶¹. Le juge a ordonné le sursis d'instance.

La leçon est claire : la communication rapide et complète de la preuve (dans la mesure du possible) est un élément indispensable de la procédure judiciaire. Cela dit, il peut y avoir des raisons légitimes de la retarder, particulièrement dans les poursuites antiterroristes complexes qui peuvent soulever des questions difficiles concernant la protection des sources et des témoins. Le juge du procès devrait être disponible le plus tôt possible pour trancher les différends relatifs à la divulgation, tandis que le ministère public et la défense devraient les lui soumettre sans tarder.

9.5 Questions soulevées au procès

9.5.1 Incapacité d'assumer les fonctions

Le procès Air India a débuté le 28 avril 2003, et s'est poursuivi jusqu'au 3 décembre 2004 – ce qui représente un total de 217 jours d'instruction. Le juge Josephson a rendu sa décision le 16 mars 2005.

Dans le cadre d'un procès devant jury, l'article 669.2 du *Code criminel* prévoit qu'un nouveau juge peut prendre la relève au procès si le premier juge décède ou devient incapable d'assumer ses fonctions. Le nouveau juge peut décider de poursuivre l'instance ou de recommencer depuis le début, comme si aucune preuve n'avait été présentée.

Dans les rapports présentés en 2004 par le Comité du Barreau et le Comité directeur, on retrouve des recommandations visant à composer avec le décès d'un juge ou son incapacité à poursuivre un procès devant jury. Reconnaissant que ce pouvoir discrétionnaire qui permet d'engager un nouveau procès pourrait s'avérer problématique, le Comité du Barreau a recommandé qu'au moment de nommer le juge d'instance, le juge en chef désigne également un juge suppléant. Ce dernier serait régulièrement informé des développements concernant le procès, notamment grâce à des résumés hebdomadaires fournis par le juge du procès, et pourrait remplacer celui-ci s'il devenait incapable de poursuivre²⁶². Le Comité du Barreau a indiqué que le fait de nommer un juge suppléant n'empêcherait pas ce dernier de prendre d'autres causes dans l'intervalle puisque ses responsabilités, en tant que suppléant, n'accapareraient pas tout son temps. Cet arrangement permettrait de ne pas contraindre davantage les ressources judiciaires²⁶³. Dans son rapport de 2004, le Comité directeur y va de recommandations similaires, se disant favorable à la désignation d'un « juge de gestion de l'instance » pouvant remplacer le juge du procès, si nécessaire²⁶⁴, formule préconisée également par le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial²⁶⁵.

261 *R. v. Chan*, 2003 ABQB 759.

262 Rapport du Barreau sur les mégaprocès, 2.6.2.

263 Rapport du Barreau sur les mégaprocès, 2.6.2.

264 Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 4.2.6.

265 Propositions du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mégaprocès, p. 6-7.

Cependant, aucun des comités ne s'est penché sur la situation où un seul juge est responsable d'un procès. L'article 669.2 du *Code criminel* prévoit, dans les cas où un juge préside seul et devient incapable d'assumer ses fonctions, que le procès doit recommencer depuis le début. Dans le cas du procès Air India, cela ne s'est pas produit, mais théoriquement, il y avait possibilité que le juge ne soit plus en mesure d'exercer ses fonctions, ce qui aurait pu mener à l'annulation du procès. Un autre juge aurait été chargé de reprendre l'instruction du tout début.

En 2008, le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial proposait qu'un juge de gestion de l'instance soit chargé d'entendre diverses requêtes afin d'aider le juge d'instance. Si un procès était annulé parce qu'un juge d'instance n'était plus en mesure d'exercer ses fonctions ou en raison d'un nombre insuffisant de membres du jury, les décisions et les ordonnances du juge de gestion de l'instance, ainsi que les admissions faites, lieraient tout de même les parties. Cependant, les parties ne seraient pas liées si un préjudice contre l'accusé était prouvé ou si de nouvelles preuves étaient produites²⁶⁶.

Lorsqu'un procès sur des activités terroristes est présidé par un juge seul, il est possible que ce dernier ne soit plus en mesure d'assumer ses fonctions. Cependant, la désignation d'un juge suppléant ou d'un juge de gestion de l'instance pouvant alors prendre la relève constitue peut-être une solution inutile à un problème qui demeure pour le moment essentiellement hypothétique. Cela dit, les décisions rendues par le juge d'instance devraient, comme le veut la recommandation 1 du présent chapitre, continuer de lier les parties en cas de procès déclaré nul, à moins qu'un changement important de circonstances puisse être démontré. Ainsi, les décisions préliminaires seront maintenues si le juge qui préside seul le procès antiterroriste n'est plus en mesure d'assumer ses fonctions. Dans bien des poursuites antiterroristes, les décisions préliminaires occuperont la grande partie du temps du juge; donc, la recommandation 1, voulant que ces décisions continuent de lier les parties, permettra dans une bonne mesure de parer aux problèmes qui pourraient survenir si le juge était frappé d'incapacité.

9.5.2 Jury

L'alinéa 11f) de la *Charte* garantit le droit de bénéficier d'un procès devant jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction est un emprisonnement d'au moins cinq ans. À quelques exceptions près, les infractions de terrorisme²⁶⁷ peuvent être jugées devant jury. Certains sont d'avis que cette formule ne convient pas aux procès antiterroristes et que ce type d'infractions devrait faire l'objet d'un procès devant un juge seul. La deuxième option, qui doit être explorée par la Commission selon son mandat, serait le recours à une formation

²⁶⁶ Propositions du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mégaprocès, p. 18.

Le Groupe de travail a souligné la recommandation similaire (n° 12) formulée par les chefs fédéraux-provinciaux-territoriaux des poursuites pénales sur la gestion des mégadossiers, adoptée par les sous-ministres responsables de la justice (fédéral, provinces et territoires), à Ottawa, en janvier 2004.

²⁶⁷ Exposées à la partie II.1 du *Code criminel*.

de trois juges, sans jury. Toutefois, ces deux formules priveraient l'accusé du droit de bénéficier d'un procès devant jury. Cette façon de faire soulèverait des questions de constitutionnalité.

Évidemment, il est possible d'éviter les écueils constitutionnels en appliquant l'une des quatre mesures suivantes :

- Modifier la *Charte*. Il serait toutefois très difficile d'obtenir le consensus politique nécessaire pour le faire, donc cette mesure peut être mise de côté.
- Invoquer la disposition de « dérogation » de la *Charte*²⁶⁸. Il est peu probable qu'un gouvernement ait recours à ce procédé. Quoi qu'il en soit, cette option devrait être renouvelée tous les cinq ans.
- Justifier l'abolition des procès devant jury dans le cas d'infractions de terrorisme par le fait qu'il s'agit d'une limite raisonnable au droit à un procès devant jury conféré par l'alinéa 11f) de la *Charte* « [...] dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique²⁶⁹ ». Il sera extrêmement difficile de se fonder sur l'article 1 de la *Charte* pour justifier l'abolition des procès devant jury en raison des nombreuses solutions possibles, mieux adaptées, pour améliorer le processus d'instruction et le système de jurys lors des longs procès pour terrorisme. En outre, l'intimidation et la partialité des jurés ne semblent pas constituer un problème répandu au Canada, facteurs qui ont été avancés ailleurs, notamment en Irlande et en Irlande du Nord, pour justifier l'abolition des procès devant jury pour les activités terroristes.
- Ramener la peine maximale pour activités terroristes à moins de cinq ans afin que le droit de bénéficier d'un procès devant jury conféré par l'alinéa 11f) ne puisse pas s'appliquer. Étant donné la gravité de la plupart des infractions de ce genre, la réduction de la peine maximale n'est tout simplement pas justifiée.

Le droit de bénéficier d'un procès devant jury demeurera donc très certainement un enjeu des poursuites antiterroristes. Il n'est pas possible d'outrepasser ce droit conféré par la *Charte* ni même de justifier la limitation de ce droit, du moins pas dans le contexte actuel au Canada.

Même s'il était possible sur le plan constitutionnel d'exiger que les poursuites antiterroristes soient entendues par un juge siégeant seul ou une formation de trois juges, on ignore s'il serait souhaitable d'éviter un procès devant jury. Dans *R. c. Turpin*, le juge Wilson J. parle de l'importance du droit de bénéficier d'un procès devant jury :

²⁶⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), c. 11, art. 33 [*Charte*].

²⁶⁹ *Charte*, art. 1. Voir également le critère établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Le droit d'un accusé de subir un procès devant un juge et un jury composé de ses pairs est un droit important dont les personnes jouissent depuis fort longtemps dans les pays de common law. Le jury a souvent été louangé comme étant le rempart des libertés individuelles. Par exemple, sir William Blackstone a qualifié le jury de [TRADUCTION] « gloire du droit anglais » et de [TRADUCTION] « privilège le plus transcendant dont tout sujet peut jouir » : Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8^e éd. 1778), vol. 3, p. 379.

Le jury joue un rôle collectif ou social en plus d'assurer la protection des individus. Le jury remplit ce rôle social premièrement en servant de moyen d'éducation du public et en incorporant les normes de la société aux verdicts des procès. Sir James Stephen souligne le rôle collectif que remplit le procès par jury dans les termes suivants :

[TRADUCTION] [...] le procès avec jury intéresse un grand nombre de personnes à l'administration de la justice et leur en fait porter la responsabilité. On ne saurait accorder trop d'importance à cet aspect. Il confère un degré de puissance et de popularité à l'administration de la justice qui pourrait difficilement provenir d'une autre source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, p. 573.)

Aussi bien dans son document de travail intitulé *Le jury en droit pénal* (1980), aux pages 5 à 17, que dans son rapport au Parlement intitulé *Le jury* (1982), à la page 5, la Commission de réforme du droit du Canada a reconnu que le jury joue un rôle tant à l'égard de la protection de l'accusé qu'à titre d'institution publique dont la société profite à cause de ses fonctions d'éducation et de légitimation²⁷⁰.

Dans le rapport du Comité du Barreau du Québec on peut lire que « cette garantie constitutionnelle [le droit à un procès devant jury] protège le citoyen contre les risques d'une procédure abusive ou arbitraire. Elle sert aussi à rassurer les citoyens sur la qualité et l'impartialité de notre système de justice²⁷¹ ». Le Comité conclut que le droit à un procès devant jury doit être maintenu dans le cas de toute personne accusée d'un crime visé par l'alinéa 11f) de la *Charte* :

²⁷⁰ *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296 aux p. 1309-1310.

²⁷¹ Rapport du Barreau sur les mégaprocsés, 2.2, à partir des conclusions énoncées dans *R. v. Born With A Tooth* (1993), 10 Alta. L.R. (3^e) Q.B.

Une composante importante du droit à un procès équitable est le droit d'être jugé par ses pairs, surtout pour les crimes les plus graves. La création de tribunaux d'exception va à l'encontre des principes qui sous-tendent notre tradition juridique et nos valeurs démocratiques. [...] Il n'y a aucune raison justifiant la mise à l'écart d'un droit essentiel au fonctionnement du système judiciaire dans une société démocratique²⁷².

Lors d'une conférence tenue à Ottawa en 2007, le juge Josephson a parlé de son expérience dans le cadre du procès Air India et a laissé entendre que dans les poursuites antiterroristes hautement médiatisées, les décisions seront probablement mieux acceptées par le public si elles sont rendues par un jury et non par des juges [traduction] : « J'aurais aimé qu'un jury formule les conclusions factuelles dans cette affaire. [...] Je crois qu'un verdict émanant d'un jury est mieux accueilli par la population, qu'il y ait condamnation ou acquittement²⁷³ ».

Il ne s'agit donc pas vraiment d'abolir les poursuites antiterroristes devant jury. Il s'agit plutôt de simplifier les choses aux jurys. Bon nombre des recommandations abordées précédemment visent à rendre les poursuites antiterroristes plus efficaces et plus faciles à gérer. Par exemple, si l'on encourageait les avocats à recourir à des requêtes préliminaires plutôt qu'à présenter leurs requêtes durant le procès, plusieurs questions seraient réglées avant même que le jury ne siège, ce qui éviterait l'allongement des délais et les pertes de temps. Si des requêtes devaient être entendues lorsque le jury ne siège pas, on pourrait établir un échancier pour incommoder le moins possible les jurés, qui, après tout, rendent un service précieux à la population. Les recommandations de la Commission, qui visent à faciliter la dissociation des poursuites antiterroristes concernant des groupes importants de présumés terroristes, devraient permettre la séparation des instances pour qu'elles deviennent gérables, tout en permettant que les requêtes préliminaires communes soient tranchées de façon cohérente, efficace et juste.

Il ne fait pratiquement aucun doute qu'un long procès sur des actes terroristes aura des répercussions financières majeures sur les membres du jury. Un examen des divers barèmes provinciaux indique que bon nombre d'entre eux peuvent toucher moins de 100 \$ par jour d'audience, et parfois beaucoup moins, selon la province de résidence²⁷⁴. De plus, l'Agence du revenu du Canada considère cette indemnité comme un revenu en échange d'un service; elle est donc imposable²⁷⁵.

272 Rapport du Barreau sur les mégaprocès, 2.2, à partir des conclusions énoncées dans *Genest c. R.*, [1990] R.J.Q. 2387 (C.A.).

273 Jim Brown, « Jury trials preferable in terror cases, says Air India judge », *Winnipeg Free Press* (le 11 juin 2007), en ligne : <http://www.winnipegfreepress.com/historic/32266404.html> (consulté le 8 juillet 2009).

274 Voir le document sur la rémunération des jurés, intitulé « Juror Fees in Canada », qui constitue l'annexe 1 du dossier contextuel lié au para. b)(vi) du mandat.

275 Agence du revenu du Canada, « Questions et réponses concernant Autres genres de revenus », en ligne : <http://www.cra-arc.gc.ca/tx/ndvdlst/tpcs/ncm-tx/rtrn/cmpltnq/rprtng-ncm/lns101-170/130/fq-fra.html> (consulté le 8 juillet 2009).

Des indemnités plus généreuses devraient être offertes aux membres des jurys afin de leur éviter des difficultés financières advenant un très long procès. Ceci permettrait également de garantir que le jury représente toutes les couches de la population, et non seulement les personnes dont les employeurs sont prêts à maintenir la rémunération ou en mesure de le faire, si le procès se prolonge. Bien que l'établissement du barème de rémunération des jurés relève des provinces selon le paragraphe 2(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral pourrait avoir un rôle à jouer dans des ententes de partage des coûts lors des poursuites antiterroristes particulièrement longues.

Enfin, pour faciliter la tâche des jurés et réduire au minimum les difficultés personnelles pouvant découler de leur participation à un long procès, il faut rendre le processus plus efficace. Pour un bon nombre, les mesures proposées dans ce volume visent justement cet objectif. Par exemple, en permettant aux juges d'instance de statuer sur certaines questions en application de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et en abolissant les appels avant l'instruction, on pourrait prévenir les situations telles que celle vécue dans l'affaire *R. c. Ribic*, où le jury a été mis en attente puis remercié en raison des longues procédures de contestation et d'appel à la Cour fédérale. Les mesures recommandées dans le présent chapitre devraient permettre de raccourcir considérablement les poursuites antiterroristes et d'en faciliter la gestion. Parmi ces mesures, notons la tenue d'audiences générales sur les requêtes préliminaires communes et la séparation des poursuites antiterroristes qui viseraient de multiples chefs d'accusation, de nombreux accusés et plusieurs présumés complots terroristes. Les procès, comme celui mené récemment dans l'affaire *Khawaja*, sont souvent largement axés sur les requêtes préliminaires, et les jours d'audience pour l'instruction sont limités. Dans l'affaire *Khawaja*, deux ans ont été consacrés aux diverses requêtes préliminaires. Le procès à proprement parler – le temps où la présence d'un jury serait requise, le cas échéant – n'a quant à lui duré que 27 jours²⁷⁶. Une prompt nomination du juge du procès et un financement adéquat pour les services d'avocats chevronnés faciliteraient certainement l'admission des faits de manière raisonnable. Toutes ces mesures devraient réduire les risques qu'un procès devant jury ne s'éternise.

En bref, les mesures suivantes permettraient d'alléger le fardeau des jurés :

- encourager les juges à faire preuve de plus d'autorité lors du déroulement du procès, par exemple en dissuadant les avocats à déposer des requêtes inutiles ou de dernière minute, à soumettre des éléments de preuve non nécessaires ou en quantité excessive ou à abuser du contre-interrogatoire;
- fournir le financement nécessaire afin que les accusés puissent retenir les services d'avocats chevronnés, et encourager ces derniers à ne pas oublier leurs obligations en qualité d'officiers de justice; ces deux mesures renforceront l'efficacité des procès;

²⁷⁶ *R. v. Khawaja*, [2008] O.J. No. 4244 (Sup. Ct.).

- favoriser la communication d'une preuve plus complète avant le procès afin que les avocats n'aient pas à étudier des nouveaux faits pendant le procès;
- encourager la séparation des instances lorsqu'il y a plusieurs accusés et plusieurs chefs d'accusation afin de réduire la durée et la complexité des procès;
- modifier la loi pour garantir que les décisions sur les requêtes prises par le juge affecté au procès avant la séparation des causes (p. ex. l'admissibilité des preuves obtenues par écoute électronique) ne soient pas remises en question dans le cadre d'un nouveau procès, et permettre que les requêtes sur des questions communes soient tranchées par un seul juge, même s'il y a séparation des poursuites dès le départ;
- faciliter le règlement des requêtes préliminaires;
- encourager le recours aux conférences préparatoires pour obtenir un consensus quant à l'exposé des faits, à l'admission des faits et aux ententes sur d'autres questions touchant la gestion des procès;
- faire participer une équipe de gestion de projets efficace au processus préliminaire ainsi qu'au procès à proprement parler.

9.5.2.1 Éviter l'annulation d'un procès due au fait que des jurés sont libérés

Durant un procès devant jury, un avocat ou même le juge du procès peut être remplacé sans qu'il y ait reprise de la procédure depuis le tout début. Toutefois, les jurés ne peuvent être remplacés, et le paragraphe 644(2) du *Code criminel* exige que le nombre de jurés ne soit pas inférieur à dix pour que le verdict soit valide. Si moins de dix jurés sont présents pour délibérer après que la preuve a été entendue, le juge d'instance doit déclarer le procès nul et reprendre le procès avec un nouveau jury²⁷⁷. Puisqu'au départ les procès devant jury doivent compter douze jurés, cela signifie que le juge peut libérer au plus deux jurés de leur fonction. Au-delà de ce nombre, il y a annulation du procès²⁷⁸. Les jurés sont sélectionnés dans l'ensemble de la population, et généralement, l'on ne s'enquiert pas de leur santé au début du procès. Certains d'entre eux trouvent l'expérience très stressante, pour diverses raisons, et cela peut causer

²⁷⁷ La question de l'annulation des procès en raison du nombre insuffisant de jurés est abordée en détail dans le dossier contextuel lié au para. b)(iv) du mandat, p. 20-22.

²⁷⁸ Depuis 2002, en application de l'article 631(2.1) du *Code criminel*, le juge d'un procès peut nommer jusqu'à quatorze jurés au moment de la sélection. Toutefois, les jurés suppléants sont dispensés à l'ouverture du procès si leurs services ne sont pas requis – art. 642.1(2). Le risque d'annulation du procès demeure s'il y a un nombre insuffisant de jurés au moment de la délibération.

des problèmes de santé. Par contre, un juge en chef qui nomme un juge à un procès de grande envergure peut prendre des mesures pour garantir que ce dernier possède l'expérience nécessaire, et est en bonne santé. Il est donc plus probable que les jurés, plutôt que le juge, deviennent inaptes dans le cadre des poursuites antiterroristes.

Le risque d'annulation lors des longues procédures est évident. En 2003, le juge Southin de la Cour suprême de Colombie-Britannique a parlé de la nécessité de changer le système de jurys actuel :

[Traduction]

Je m'écarte un peu du sujet pour noter qu'à au moins cinq occasions, c'est-à-dire le 21 mai, les 3 et 16 juin, ainsi que les 11 et 25 juillet, nous avons dû ajourner parce qu'un juré était malade. En fait, le 25 juillet, deux étaient malades. Le *Code criminel* prévoit qu'il faut au minimum dix jurés pour que le verdict soit valide. Si les deux jurés avaient été trop malades pour continuer et avaient été libérés, et qu'un troisième juré était soudainement décédé le 29 juillet, le procès aurait été annulé. Avec l'apparition ces dernières années des mégaprocès, le Parlement se doit de mettre en place un système qui permet la nomination de plus de douze jurés. Toutefois, lorsque la preuve a été entendue, seuls douze jurés, choisis selon certains paramètres, délibéreraient pour rendre un verdict²⁷⁹.

Étant donné les pressions que pourront subir les jurés dans le cadre de futures poursuites antiterroristes aussi longues et complexes que celles de l'affaire Air India, il est fort probable que plus de deux jurés soient remerciés en cours de procès, ce qui en provoquerait l'annulation, et une perte de temps considérable. Il y a également le risque que des avocats peu scrupuleux tentent de « paralyser le jeu », dans l'espoir que le procès soit annulé²⁸⁰. Mis à part le stress et le mécontentement additionnels pour les parties – y compris les victimes – qu'entraîneraient la formation d'un nouveau jury et l'ouverture d'un second procès, les coûts pour le système juridique seraient faramineux. Cela pourrait nuire au droit des accusés d'être jugés à l'intérieur d'un délai raisonnable, et mener à une suspension d'instance, ce qui pourrait donner (peut-être à juste titre) une image très négative du système juridique.

²⁷⁹ *R. v. Ho*, 2003 BCCA 663, 17 C.R. (6^e) 223 au para. 6.

²⁸⁰ [Traduction] « Un accusé dont la défense est faible quant au fond, dans un procès long et complexe, peut ne pas consentir à l'admission des faits ou à la conduite d'un procès présidé par un juge seul, parce que le risque d'annulation du procès en application du paragraphe 644(2) devient partie intégrante de la stratégie de la défense. Cette façon de faire n'est probablement pas conforme à la déontologie, mais elle introduit un risque totalement arbitraire qui est inacceptable et qui doit être éliminé de notre système juridique. » : article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 454.

En désignant davantage de jurés, l'on éviterait aussi les ajournements en l'absence temporaire d'un juré pour raison de maladie. Dans un tel cas, le juge du procès pourrait libérer le juré malade et poursuivre avec le reste des membres. Michael Code a signalé qu'à l'heure actuelle, lorsqu'un juré participant à un long procès est malade [traduction] « le régime législatif actuel exerce beaucoup de pression sur le juge d'instance pour qu'il ajourne le procès jusqu'à ce que le juré revienne, plutôt que de simplement le remplacer par un juré "suppléant". De ce fait, les longs procès sont allongés d'autant²⁸¹ ».

Le Comité du Barreau a recommandé que le nombre de jurés soit porté à quatorze dans le cas des mégaprocès²⁸². Plusieurs témoins ayant comparu devant la Commission se sont également dits en faveur d'une telle mesure²⁸³, proposant généralement un jury composé de quatorze ou seize membres²⁸⁴. La Criminal Lawyers' Association, regroupement d'avocats criminalistes, a proposé un système très similaire à celui présenté par le Comité du Barreau : quatorze jurés pour entendre la preuve, et l'application d'une formule pour libérer au hasard les jurés supplémentaires si plus de douze demeurent au début des délibérations²⁸⁵.

En revanche, dans son rapport de 2004, le Comité directeur a rejeté l'idée d'augmenter le nombre maximal de jurés, recommandant plutôt « un examen spécifique et approfondi » de la possibilité de ramener le nombre minimal de jurés à huit ou neuf, « en regard notamment de potentielles implications constitutionnelles »²⁸⁶. Poursuivant, le Groupe de travail fédéral-provincial-territorial proposait en 2008 de désigner jusqu'à quatorze jurés, et de faire passer à neuf le nombre minimal requis pour les délibérations²⁸⁷.

²⁸¹ Article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 454.

²⁸² Rapport du Barreau sur les mégaprocès, 2.2. Voir aussi le témoignage de l'honorable Bernard Grenier, juge à la retraite de la Cour du Québec, Division criminelle, qui a participé aux travaux du Comité. Il a dit de l'approche à quatorze jurés, plutôt que celle à quinze ou seize, qu'elle constituait un heureux compromis : témoignage de l'honorable Bernard Grenier, vol. 92, 10 décembre, p. 12157-12158; version originale en français. Voir aussi l'article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 453, où l'auteur dit être en faveur du recours à des jurés « suppléants ». Les articles 642.1 et 643 du *Code criminel*, ainsi que le paragraphe 644(1.1) devraient être modifiés pour qu'un juge puisse nommer un jury composé de quatorze membres.

²⁸³ Témoignage de Ralph Steinberg, vol. 93, 11 décembre 2007, p. 12316-12317; témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 79, 20 novembre 2007, p. 10041-10046. L'Association des familles des victimes d'Air India a déclaré que [traduction] « il faut considérer le recours à des jurés suppléants ou la réduction du nombre de jurés requis pour que le procès et le verdict soient valides », mais on ne commente pas plus : *Where is Justice? AIVFA Final Written Submission*, 29 février 2008, p. 168.

²⁸⁴ Bruce MacFarlane a déclaré que, dans la loi fédérale américaine, il est bien établi que jusqu'à six jurés suppléants peuvent être désignés lorsqu'on prévoit qu'un procès va se prolonger. Il a ajouté que l'adoption de cette pratique au Canada [traduction] « constituerait un changement énorme par rapport à ce qui se fait présentement » et que la désignation de quatre jurés suppléants, comme le propose le modèle de Victoria (Australie), serait un bon compromis : témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9905; témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 79, 20 novembre 2007, p. 10045-10046.

²⁸⁵ Submissions of the Criminal Lawyers' Association, février 2008, p. 50-51 [observations de la Criminal Lawyers' Association].

²⁸⁶ Rapport du Comité directeur sur les mégaprocès, 5.3.

²⁸⁷ Propositions du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur les mégaprocès, p. 15.

Avec l'un ou l'autre de ces modèles, le juge pourrait libérer davantage de jurés de leur fonction que ne le permet la formule actuelle, et tout de même empêcher l'annulation du procès. Toutefois, le fait de porter le nombre de jurés requis pour délibérer à moins de dix soulève des questions d'ordre constitutionnel²⁸⁸. Permettre à un plus petit jury de rendre un verdict pourrait également susciter des questions sur le plan de la représentativité de la collectivité²⁸⁹. (Cependant, tant qu'il y a dix jurés au début des délibérations, il faut considérer le maintien du verdict même si l'un des jurés s'avère ne pas être en mesure de se rendre au bout du processus de délibération.)

La meilleure solution est de simplement accroître le nombre maximal de jurés. Ainsi, on évite des problèmes d'ordre constitutionnel et on augmente les chances que le jury soit représentatif de la collectivité.

Si les juges sont autorisés à désigner davantage de jurés, deux modèles pourraient être appliqués pour décider qui sera appelé à délibérer si plus de douze jurés demeurent au moment de procéder aux délibérations. Selon le premier modèle, tous les jurés croient au départ être membres à part entière du jury, mais certains pourraient être libérés à l'issue d'un vote au scrutin au début des délibérations²⁹⁰. Le vote ne serait pas absolument nécessaire puisque, durant le procès, le jury pourrait perdre des membres pour des raisons de maladie.

Selon le deuxième modèle, les jurés réguliers et suppléants seraient désignés dès le départ²⁹¹. Les jurés suppléants sauraient qu'ils pourraient être appelés à prendre part aux délibérations si le nombre de jurés réguliers s'avérait insuffisant au moment d'entreprendre les délibérations.

La Commission préfère la première option, celle du vote, qui donnerait à tous les jurés le sentiment d'être « partie prenante » au procès. Quant à la deuxième option, les jurés suppléants pourraient ne pas se sentir totalement concernés et ne pas prêter attention aux détails puisqu'il y aurait de bonnes chances qu'ils ne participent pas aux délibérations²⁹².

La Commission recommande que le juge président le procès soit autorisé à désigner jusqu'à quatre jurés supplémentaires, ce qui porterait à seize le nombre possible de jurés au début du procès. Le juge pourrait donc libérer six jurés avant de devoir déclarer le procès nul (si le nombre minimal de jurés demeure dix). Si plus de douze jurés sont toujours présents au moment d'entreprendre les délibérations, l'on procéderait à un vote pour désigner les douze jurés qui prendront part aux délibérations.

288 Témoignage de Pierre Lapointe, vol. 94, 12 décembre 2007, p. 12478-12479; rapport du Barreau sur les mégaprocès, 2.2. Voir aussi le témoignage de Ralph Steinberg, vol. 93, 11 décembre 2007, p. 12316, et l'article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 452.

289 Article de M. Code sur le phénomène des mégaprocès, p. 452-453.

290 Témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9906.

291 Témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 78, 19 novembre 2007, p. 9906.

292 Témoignage de Bruce MacFarlane, vol. 79, 20 novembre 2007, p. 10047. Voir aussi les observations de la Criminal Lawyers' Association, p. 51.

Le fait de désigner davantage de jurés entraînera de toute évidence des coûts et des problèmes logistiques supplémentaires. Lors des audiences de la Commission, le groupe du Québec a dit estimer que de porter le nombre de jurés à seize compliquerait grandement la gestion des jurys. Peut-être s'agit-il là d'un mal pour un bien. Les inconvénients seraient aisément éclipsés par les nombreux avantages que confère la réduction du risque d'annulation des procès ou d'un ajournement parce qu'un juré est malade. Si davantage de jurés sont désignés dès le départ, le juge peut libérer un juré malade et poursuivre efficacement le procès. De plus, il pourra décider du nombre de jurés supplémentaires; seize jurés ne seront pas nécessairement désignés.

9.5.3 Formation de trois juges

Le mandat de la Commission exigeait qu'elle détermine s'il y aurait « [...] avantage à faire entendre les causes sur des actes terroristes par une formation de trois juges ». La question de la formation de trois juges a été soulevée dans le rapport Rae :

Les familles ont également exprimé des préoccupations au sujet de la tenue de procès criminels dans les affaires de cette nature. Certaines personnes ont laissé entendre qu'un groupe de trois juges serait plus approprié. Bien que je n'aie pas proposé que cette question soit abordée dans le cadre de l'enquête, il vaut certainement la peine de l'étudier et d'en discuter²⁹³.

Il semble que l'analyse relative à une formation de trois juges devait être faite dans le contexte du système de règlement judiciaire actuel de la common law. La recommandation d'étudier la possibilité de recourir à une formation de trois juges en première instance ne doit pas être interprétée comme la recommandation de passer à un système inquisitoire. Un tel changement transformerait profondément les principes du système juridique canadien. Cela aurait certainement été clairement précisé dans le mandat s'il s'agissait d'analyser l'opportunité de passer d'un système de règlement judiciaire de common law à un modèle inquisitoire.

Le passage du rapport Rae cité précédemment laisse entrevoir trois cas où une formation de trois juges pourrait être utilisée :

- pour remplacer un juge siégeant seul;
- pour remplacer un juge dans un procès avec jury, en laissant ce dernier remplir sa fonction traditionnelle;
- pour remplacer à la fois le juge et le jury.

²⁹³ *Leçons à retenir*, p. 5.

Il semblerait que les propositions touchant le recours à des tribunaux formés de trois juges dans des poursuites antiterroristes se limitent à des procès sans jury. Il ne serait ni commode ni souhaitable qu'une formation de trois juges siège avec un jury. Par conséquent, les instances instruites par trois juges ne sont envisagées ici que pour remplacer les procès devant juge et jury ou devant un juge siégeant seul.

Remplacement du juge et du jury. Dans certaines juridictions étrangères, les procès antiterroristes peuvent se dérouler sans jury même si le droit à un procès avec jury est établi de longue date et garanti par la constitution. En République d'Irlande, la Cour pénale spéciale entend de nombreuses affaires, y compris des affaires en matière de terrorisme²⁹⁴. Cette cour siège en formation de trois juges sans jury, et le verdict est fondé sur la majorité²⁹⁵. On a eu recours aux procès devant un juge seul, dits tribunaux Diplock²⁹⁶, dans des affaires de terrorisme en Irlande du Nord après la suspension, en 1973, du droit au procès devant jury, en grande partie pour contrer le risque de partialité et d'intimidation des jurés²⁹⁷. Le pouvoir de tenir de tels procès sans jury a été maintenu en vertu de la loi sur la justice et la sécurité, la *Justice and Security (Northern Ireland) Act, 2007*²⁹⁸, notamment dans les affaires intéressant des organisations interdites ou des infractions commises [traduction] « [...] en rapport avec l'hostilité religieuse ou politique d'une personne ou d'un groupe de personnes envers une autre personne ou un groupe de personnes²⁹⁹ ». D'après la preuve présentée à la Commission, il est clair que l'une des raisons d'être du tribunal formé de trois juges en Irlande est la protection des juges eux-mêmes.

Le tribunal spécial constitué pour entendre l'affaire Lockerbie constitue un autre exemple de formation de trois juges sans jury. Il a été convenu que les accusés libyens subiraient leur procès dans les Pays-Bas devant une formation de trois juges écossais siégeant sans jury. Le Parlement de l'Écosse a dû édicter une disposition spéciale pour former le tribunal de trois juges et l'autoriser à instruire l'affaire en l'absence d'un jury, à prononcer des verdicts fondés sur la majorité et à siéger à l'extérieur de l'Écosse³⁰⁰. Selon Bruce MacFarlane, il est dangereux

294 *Offences against the State Act, 1939*, loi de l'Irlande n° 13/1939, en ligne : Irish Statute Book <<http://www.irishstatutebook.ie/ZZA13Y1939.html>> (consultée le 20 novembre 2008).

295 The Courts: Special Criminal Court, en ligne : Ireland Courts Service. <<http://www.courts.ie/courts.ie/Library3.nsf/6556fea313d95d3180256a990052c571/41c06a30e5feda7b80256d870050508c?OpenDocument>> (consulté le 20 novembre 2008).

296 Bruce MacFarlane décrit ainsi les origines des « tribunaux Diplock » : « À la suite au [sic] Bloody Sunday, le gouvernement du Royaume-Uni a imposé son administration centrale en Irlande du Nord en 1972; il a alors tenté de mettre de l'avant une politique, connue sous le nom de "criminalisation", visant à faire face à la violence politique par le biais des tribunaux criminels. Il a mis sur pied une commission présidée par Lord Diplock, un juriste membre de la Chambre des Lords britannique, afin de revoir la procédure criminelle. Il a formulé de nombreuses recommandations à propos des mesures de sécurité, dont la tenue de procès avec juge seul, connus sous le nom de procès "Diplock", au lieu de procès avec jury dans les cas de violence politique. » Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 197.

297 Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 197-198.

298 (N.I.), 2007, c. 6, art. 1.

299 (N.I.), 2007, c. 6, art. 1(6).

300 *The High Court of Justiciary (Proceedings in the Netherlands) (United Nations) Order 1998* (S.I. 1998, n° 2251), art. 3, 5.

d'apporter des changements ponctuels au système judiciaire en réponse à des actes de terrorisme horribles, tels l'attentat de Lockerbie et l'explosion du vol d'Air India³⁰¹.

La France a recours aux procès devant jury pour les infractions les plus graves, mais a également adopté une procédure sans jury dans les affaires de terrorisme³⁰². Le Tribunal de grande instance de Paris – ou Tribunal de Paris – s'est vu confier la compétence nationale pour l'instruction des actes de terrorisme³⁰³. Cette décision a conduit à la spécialisation de huit magistrats du service des poursuites et de huit juges du service des enquêtes³⁰⁴. Pour chaque procès, un président et six assesseurs sont choisis parmi ces magistrats et juges³⁰⁵. Le verdict est fondé sur la majorité³⁰⁶.

Le fait de remplacer le procès devant juge et jury par un tribunal formé de trois juges susciterait des difficultés constitutionnelles considérables. Par ailleurs, la confiance dans le jury constitue une tradition de longue date en common law. Pour ces seuls motifs, l'option de tenir un procès devant jury ne devrait pas être exclue dans les affaires de terrorisme, à moins que des raisons convaincantes ne puissent être invoquées pour justifier l'absence de jury.

Cela ne signifie pas pour autant que les formations de trois juges ne comportent pas d'avantages intéressants. Ainsi, l'honorable Ruth Krindle, juge à la retraite de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, a donné à entendre dans son témoignage qu'un procès devant trois juges progresserait probablement plus vite que devant un jury. Il n'est cependant pas assuré de manière absolue que trois juges seraient sensiblement plus efficaces qu'un juge et un jury. À vrai dire, il se peut que la nécessité de retenir l'attention d'un jury aide le ministère public et l'accusé à concentrer leurs efforts. Mais l'hypothèse, même éclairée, selon laquelle un tribunal formé de trois juges pourrait être plus efficace qu'un jury ne justifie pas le bouleversement procédural que causerait l'introduction de cette pratique.

Dans le rapport qu'il a préparé pour la Commission, Bruce MacFarlane rejette pour plusieurs raisons la notion d'un tribunal formé de trois juges :

D'après moi, le remplacement d'un juge et d'un jury par un tribunal composé de trois juges dans une affaire de terrorisme serait, du point de vue politique, inopportun pour plusieurs raisons.

301 Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 205-218.

302 *Code de procédure pénale* de la France, art. 698-6(1).

303 *Code de procédure pénale* de la France, art. 706-17.

304 Olivier Dutheillet de Lamothe, *French Legislation Against Terrorism: Constitutional Issues* (novembre 2006), p. 6-7.

305 *Code de procédure pénale* de la France, art. 698-6.

306 *Code de procédure pénale* de la France, art. 698-6(3). Le verdict est rendu par scrutin secret; après avoir été lus en cour, les bulletins sont brûlés (art. 358).

D'abord, il me semble que les décisions rendues par un groupe de juges devraient être unanimes sur toutes les questions de faits et de droit essentielles. Autrement, presque par définition, un doute raisonnable existe et il faut acquitter l'accusé. Dans un procès devant jury, la question du doute raisonnable est tranchée grâce à un processus unique de délibération en groupe. Cependant, les juges n'ont pas de mandat semblable et auraient le droit, essentiellement, de « voter » la question. Puisque la délibération en groupe et la dynamique, qui sont si importantes dans la détermination des faits par un jury, ne feront pas nécessairement partie d'un procès présidé par plusieurs juges professionnels, il me semble qu'un procès sans délibéré serait moins efficace qu'un procès jugé par jury composé de 12 jurés choisis au hasard dans la population.

Ensuite, la vraie difficulté des procès de terroristes à venir réside dans la prolixité et la complexité [...]. La création d'un procès sans délibéré présidé par trois juges n'est pas conforme à cette question. En fait, un procès sans délibéré entraîne simplement de nouveaux problèmes. [...] [D]ans un long procès, un tribunal judiciaire pourrait perdre l'un des juges aussi facilement qu'un jury pourrait perdre l'un des jurés. Qu'advient-il à ce moment? Le procès se poursuit-il avec seulement deux juges? Que faire s'il ne reste qu'un juge? À quel moment décider d'annuler un procès? Faut-il décider dès le départ de composer le tribunal de trois juges et d'un suppléant? À mon avis, très peu de juridictions canadiennes pourraient se permettre de toujours nommer quatre juges pour entendre les affaires de terrorisme.

Finalement, les procès sans délibéré sont inopportuns au Canada parce qu'ils soulèvent des questions importantes au sujet de la légitimité. Un tribunal de juges entendant une affaire criminelle serait unique et sans précédent dans l'histoire juridique canadienne. À l'échelle internationale, les affaires de terrorisme seraient perçues comme ayant dévié de la procédure qui régit les procès au Canada, et elles seraient jugées par un tribunal qui n'a aucun équivalent dans les systèmes de justice criminelle anglo-saxons. Des processus semblables risqueraient d'entraîner des allégations de « procès-spectacle », comme ce fut le cas dans l'affaire Lockerbie, et pourraient nuire à la réputation du Canada en ce qui concerne l'impartialité de la justice canadienne à l'échelle internationale³⁰⁷.

Comme nous l'avons vu, il serait extrêmement difficile de faire valoir que le fait de priver l'accusé du droit à un procès devant jury que lui garantit l'alinéa 11f) de la

³⁰⁷ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 336-337.

Charte constitue une limite qui soit raisonnable et dont la justification puisse se démontrer. Devant cet argument, un tribunal aurait raison d'être préoccupé par le fait que l'État n'avait pas eu recours à d'autres moyens d'accélérer les procès antiterroristes qui seraient moins susceptibles de porter atteinte aux droits des accusés. Ainsi, on n'a pas tenté le simple expédient qui consiste à augmenter le nombre de jurés suppléants. À titre de preuve convaincante qu'il existe des moyens de remédier au problème des longues poursuites pénales sans priver l'accusé du droit à un procès devant jury, on citerait les nombreux rapports et recommandations antérieurs concernant les réformes qui s'imposent pour réduire la durée des poursuites pénales. Les tribunaux sauraient également que le Canada n'a heureusement pas connu de cas d'intimidation et de partialité des jurés comme ceux qui se sont produits en Irlande du Nord et ailleurs. Quant aux autres possibilités constitutionnelles, que ce soit modifier la *Charte*, ramener les peines maximales pour les infractions de terrorisme à moins de cinq ans afin que le droit à un procès devant jury ne s'applique pas ou recourir à la clause dérogatoire, elles ne sont tout simplement pas pratiques.

D'un point de vue réaliste, une formation de trois juges ne pourrait donc être envisagée que pour remplacer un juge siégeant seul. En d'autres mots, l'accusé dans une affaire de terrorisme pourrait opter pour un procès devant jury ou devant une formation de trois juges. En pareil cas, les tribunaux formés de trois juges peuvent présenter des avantages :

- « Trois têtes valent peut-être mieux qu'une » dans un procès antiterroriste long et complexe. L'attention conjuguée de trois juges pourrait garantir une assimilation plus approfondie et exacte de la preuve. M. MacFarlane fait remarquer, par exemple, que « [...] [s]ur le plan international, un procès devant un groupe de juges est préférable si l'on considère qu'un groupe (habituellement composé de trois personnes) réduirait la pression d'un seul juge et donnerait une plus grande crédibilité à la décision rendue que celle d'un juge seul³⁰⁸ ».
- La loi reconnaît que le terrorisme représente un phénomène singulier en justice pénale du point de vue du mobile, de l'intention visée, des peines encourues et (jusqu'à l'abolition récente du pouvoir de tenir des audiences d'investigation et de procéder à des arrestations préventives) des procédures d'enquête. On peut soutenir qu'il faudrait également adapter la structure institutionnelle de règlement judiciaire face au phénomène politique ou moral particulièrement grave que constitue le terrorisme. L'affectation de ressources judiciaires supplémentaires aux poursuites antiterroristes symboliserait à tout le moins la reconnaissance par l'État du fait que le terrorisme est exceptionnellement hostile aux valeurs canadiennes.

³⁰⁸ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 280. Voir aussi le témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11404.

- En l'absence d'un jury de ses concitoyens, le public ferait peut-être davantage confiance à une formation de juges délibérant collectivement sur un verdict, qu'à un juge prenant seul, sans aucune rétroaction, des décisions critiques (notamment, sur une question subjective comme l'évaluation de la crédibilité d'un témoin). Advenant un acquittement ou une condamnation controversés, le système judiciaire dans son ensemble serait peut-être mieux protégé contre l'effet corrosif des critiques du public si une formation de juges, par opposition à un juge seul – et peut-être surchargé –, avait pris la décision.

Il n'est cependant pas certain qu'avec trois juges on risquerait moins qu'un procès soit déclaré nul, puisque l'un d'eux pourrait tomber malade. Il reste d'autres questions à régler. Comment les membres de la formation seraient-ils nommés? Quelles règles de procédure s'appliqueraient? Comment la formation rendrait-elle ses décisions sur les points de procédure et de droit, les questions de fait, la crédibilité des témoins et, au bout du compte, la culpabilité? Bien que ces subtilités de procédure ne soient pas insurmontables, elles accroîtraient d'autant la complexité et l'incertitude des poursuites antiterroristes. Ces poursuites sont déjà assez difficiles sans qu'il faille composer avec des institutions novatrices sans précédent telle une formation de trois juges. Quoique l'on puisse soutenir qu'un jugement rendu par trois juges plutôt que par un seul juge soit plus susceptible d'inspirer la confiance du public, cela n'est pas certain non plus, surtout si l'un des juges exprime un avis dissident sur un point litigieux. Il ne serait pas aisé d'imposer l'unanimité à des juges qui bénéficient chacun de la protection de l'indépendance judiciaire.

Dans son témoignage, Michael Code a expressément soulevé la difficulté que posent les conclusions contradictoires sur les questions de fait auxquelles pourraient parvenir les différents juges :

[Traduction]

En première instance, où le rôle fondamental du tribunal est d'établir les faits et [...] [les juges] s'entendent sur leur verdict, il n'y a pas de problème. On se retrouve essentiellement avec une série de motifs.

Par contre, s'ils parviennent à leur verdict par un cheminement différent, ou si l'un d'eux exprime un avis dissident, alors je crois que l'on a de très, très sérieuses difficultés, parce que l'on a [...] une majorité qui exécute son devoir [*R. c. Sheppard*³⁰⁹] d'expliquer comment elle en est arrivée à ses conclusions de fait et une minorité qui présente le raisonnement par lequel elle est parvenue à une conclusion factuelle différente³¹⁰.

309 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869.

310 Témoignage de Michael Code, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11401-11402.

Le verdict d'un juge siégeant seul a l'avantage d'être clair et sans équivoque. Des verdicts divergents prononcés par un tribunal formé de trois juges pourraient engendrer de sérieux problèmes. À titre d'exemple, une décision fondée sur la majorité pourrait donner lieu à de nombreux appels et à des retards supplémentaires.

Selon Ralph Steinberg, criminaliste chevronné, des tribunaux formés de trois juges [traduction] « [...] ajouteraient une autre dimension de complexité qui ne ferait probablement que prolonger les procès. C'est-à-dire que, si cette proposition tient à la possibilité que l'incapacité d'un des juges n'entraîne la nullité du procès [...] cela pourrait être une solution, mais je ne crois pas que ce problème se produit assez souvent pour justifier une telle réforme³¹¹. » La juge Krindle a témoigné que [traduction] « sur le plan purement pratique, cela décimerait n'importe quelle cour que de faire entendre une affaire par trois juges d'instance expérimentés³¹² ». Un tribunal formé de trois juges grèverait effectivement des ressources judiciaires déjà insuffisantes, surtout dans les petites provinces³¹³. Il pourrait aussi susciter des pressions en faveur d'appels sur des questions à l'égard desquelles un tribunal formé de trois juges a rendu une décision partagée³¹⁴.

D'autres raisons justifient le rejet de tribunaux formés de trois juges pour les poursuites antiterroristes. En particulier, le fait d'instaurer une formation de trois juges serait incompatible avec l'esprit des autres recommandations de la Commission qui tendent à renforcer le rôle des juges des cours supérieures dans les procès sans jury. Il convient qu'un juge d'instance, et non une formation de juges indépendants, soit responsable de la gestion de la procédure. Par ailleurs, il n'existe aucun fondement solide pour penser que le verdict d'un juge siégeant seul est moins valide que celui rendu par un tribunal formé de trois juges. Le recours à trois juges ne garantit pas un procès plus court et n'augmente pas la probabilité de parvenir à un verdict. Il ne semble donc pas offrir une solution assurée aux préoccupations concernant la longueur indue des procès.

Enfin, on pourrait contester la légitimité de l'institution novatrice d'un tribunal formé de trois juges, surtout si elle était réservée aux poursuites antiterroristes. Comme l'affirme Bruce MacFarlane dans l'étude qu'il a réalisée pour la Commission, cela pourrait nuire à la réputation du Canada en ce qui concerne l'impartialité de la justice canadienne à l'échelle internationale si les affaires de terrorisme étaient perçues comme ayant dévié de la procédure judiciaire ordinaire³¹⁵. Les tentatives pour concevoir de nouveaux tribunaux aux fins d'affaires de sécurité nationale n'ont généralement pas eu de succès³¹⁶.

311 Témoignage de Ralph Steinberg, vol. 93, 11 décembre 2007, p. 12364-12365.

312 Témoignage de l'honorable Ruth Krindle, vol. 94, 12 décembre 2007, p. 12425.

313 Témoignage de Kent Roach, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12558.

314 Témoignage de Kent Roach, vol. 95, 13 décembre 2007, p. 12570.

315 Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 337.

316 *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125.

9.5.4 Jury obligatoire

À l'heure actuelle, les affaires de terrorisme peuvent être entendues soit par un juge siégeant seul, soit devant juge et jury. Existe-t-il des motifs impérieux de rendre le jury obligatoire pour les infractions de terrorisme?

Le *Code criminel* prévoit un certain nombre d'infractions qui, à première vue, semblent exiger un procès devant juge et jury. Ces infractions sont énumérées à l'article 469 et comprennent le meurtre, la trahison et les crimes contre l'humanité. Cependant, même dans le cas de ces infractions, la personne accusée et le procureur général peuvent consentir, en vertu du paragraphe 473(1), à ce que l'affaire soit jugée par un juge d'une cour supérieure. Un procès par jury n'est donc obligatoire pour aucune infraction visée par le *Code criminel*. La recommandation de l'Association des familles des victimes d'Air India voulant qu'aucune poursuite antiterroriste ne soit présidée par un juge siégeant seul nécessiterait la création d'une catégorie d'infractions entièrement nouvelle qui ne pourraient pas faire l'objet d'un procès devant un juge siégeant seul, même avec le consentement de la Couronne et de la défense.

Si le procès par jury devait être obligatoire pour toutes les affaires de terrorisme, cela rendrait le système actuel encore plus rigide. Le procès pourrait devoir se tenir devant juge et jury alors qu'autant la Couronne que la personne accusée conviennent qu'un procès par jury n'est pas opportun ou même n'est pas possible. Le résultat pourrait en être un long procès qui mettrait à l'épreuve l'endurance des jurés. Même avec un jury constitué de seize membres, des procès importants pourraient avorter.

Une solution moins extrême consisterait à inclure les infractions de terrorisme parmi la liste restreinte d'infractions visées par l'article 469 du *Code criminel*. Ainsi, un procès par jury serait prescrit à moins que la Couronne ne consente, en vertu du paragraphe 473(1), à un procès devant un juge siégeant seul. La personne accusée n'aurait plus la possibilité de choisir d'être jugée par un juge siégeant seul, comme l'avait fait Mohammad Momin Khawaja, la première personne inculpée d'une infraction de terrorisme aux termes de la *Loi antiterroriste*.

Les personnes accusées d'infractions de terrorisme peuvent avoir de bonnes raisons d'opter pour un procès sans jury. Les faits ou les allégations dans une affaire de terrorisme peuvent être à la fois révoltants et très médiatisés. La preuve présentée, notamment au sujet des mobiles de l'accusé, pourrait produire un effet très préjudiciable sur les jurés. Il faudrait que l'argument soit très convaincant pour justifier de restreindre le choix de l'accusé quant à la forme de son procès.

Certains pourraient avancer qu'un jury obligatoire parviendrait à un verdict plus juste qu'un juge siégeant seul. Or, rien ne permet de le démontrer, et la décision d'imposer un procès par jury ne devrait pas s'appuyer sur de simples conjectures quant à la qualité du résultat. Par ailleurs, le juge siégeant seul peut être plus efficace. Ainsi, il peut statuer sur des points de droit soulevés dans le cadre du procès sans devoir excuser les jurés.

Recommandation 35:

Il est recommandé :

- a) que le *Code criminel* soit modifié de manière à permettre au juge qui préside un procès devant jury de nommer jusqu'à seize jurés s'il estime que cela servira l'intérêt de la justice;
- b) que, s'il reste plus de douze jurés au début des délibérations du jury, l'ensemble des jurés ayant entendu l'affaire choisissent par scrutin les douze jurés qui délibéreront;
- c) que le nombre minimum de jurés prescrit pour délibérer demeure dix;
- d) que l'idée de faire entendre les procès antiterroristes par un tribunal formé de trois juges soit rejetée au motif qu'elle ne présente aucun avantage manifeste;
- e) qu'un jury ne soit pas obligatoire dans les affaires de terrorisme compte tenu des difficultés que soulèvent les longs procès devant jury et de la possibilité qu'a actuellement la personne accusée d'opter pour un procès devant un juge siégeant seul.

9.5.5 Services pour répondre aux besoins des victimes

Contrairement à la plupart des poursuites au criminel, où le nombre des victimes est peu élevé, la tragédie d'Air India a profondément bouleversé la vie de la famille immédiate et des autres proches des victimes. Il a été difficile de répondre aux besoins importants de tant de personnes pendant le procès. En fait, M. Gaul a qualifié d'« herculéens » les efforts déployés par le Service d'aide aux victimes et témoins de l'affaire Air India, en Colombie-Britannique, pour appuyer les familles des victimes de la tragédie :

[Traduction]

C'était une entreprise conjointe avec le gouvernement fédéral pour ce qui est du financement du projet. Le fédéral a fourni les fonds. Nous avons fourni les ressources humaines. Pour l'équipe de la poursuite, il était indispensable de compter parmi ses membres des professionnels pour s'occuper des questions intéressant les victimes [...] de leur séjour à Vancouver, et de la manière de les accueillir, pas seulement sur le plan logistique, mais aussi sur le plan humain.

[...]

Il me paraît important de disposer des ressources et des bonnes personnes, des personnes sachant traiter avec les gens. [...] On peut composer avec des personnalités difficiles ou

exigeantes pendant un mois environ, mais s'il s'agit d'années, il faut que ce soit quelqu'un qui connaît son domaine, mais qui possède en plus de grandes aptitudes en relations interpersonnelles afin de pouvoir gérer adéquatement les aspects émotifs de l'affaire et diriger l'équipe qui travaille auprès de la personne en question³¹⁷.

Malheureusement, les futures poursuites antiterroristes pourraient de nouveau concerner de nombreuses victimes ou familles de victimes. En pareil cas, la seule façon de répondre avec humanité à leurs besoins et d'assurer le bon déroulement du procès consiste à offrir des services aux victimes soigneusement conçus, adaptés sur le plan culturel, complets et adéquatement financés. Les services aux témoins dans l'affaire Air India, qui sont décrits au début de ce chapitre, pourraient constituer un modèle très utile à cet égard.

9.6 Conclusion

Dans l'étude qu'il a réalisée pour la Commission, Bruce MacFarlane souligne que « [...] [l]es procès de terroristes du XXI^e siècle sont exceptionnellement complexes, et il faut absolument s'assurer qu'ils ne s'effondrent pas sous leur propre poids³¹⁸ ». Le procès Air India a débouché sur un verdict en dépit d'obstacles considérables, entre autres : la durée extraordinaire du procès; les coûts énormes; l'imposante masse de documents à communiquer, y compris des documents mettant en jeu des considérations liées à la sécurité nationale; le grand nombre de requêtes, de témoins et de pièces; les dizaines d'avocats de la défense et de la Couronne; les centaines de parents des victimes; la forte médiatisation de l'affaire. Beaucoup de facteurs jouaient contre l'atteinte d'un verdict.

L'expérience du procès Air India comporte plusieurs leçons dont on pourrait s'inspirer pour veiller à ce que les futures poursuites antiterroristes parviennent aussi à un verdict. Le présent chapitre a traité de diverses autres mesures dans le même sens. Ces leçons et mesures peuvent se résumer comme suit :

- mettre en place une équipe de gestion de projet;
- désigner sans tarder un juge d'instance qui pourra prendre fermement en main la procédure avant et durant le procès;
- organiser et maîtriser plus efficacement la procédure préalable au procès afin de réduire au minimum les retards, et rendre des décisions sur un bon nombre de requêtes préliminaires qui continueront de lier les parties même si la poursuite est scindée en poursuites plus petites ou si le procès est déclaré nul;

³¹⁷ Témoignage de Geoffrey Gaul, vol. 88, 4 décembre 2007, p. 11414-11415.

³¹⁸ Rapport de B. MacFarlane sur les mégaprocès antiterroristes, p. 333.

- permettre l'audition générale des requêtes connexes concernant toutes les poursuites ayant un lien entre elles;
- mettre en place une procédure de communication hâtive de la preuve, en plusieurs volets, par voie électronique en grande partie, qui autorise également les avocats de la défense à examiner certains documents dont la pertinence est marginale;
- veiller à ce que le financement nécessaire soit disponible pour retenir les services d'avocats d'expérience, tant pour la défense que pour la Couronne, qui puissent bien servir les intérêts de leurs clients et contribuer à faire avancer le procès de manière efficace;
- élaborer une procédure plus efficace permettant au juge d'instance de se prononcer sur les requêtes présentées en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*;
- offrir des services étendus aux familles des victimes.

Bon nombre de ces mesures réduiront également le fardeau que portent les jurys. On peut améliorer encore davantage la probabilité qu'un jury parvienne à un verdict en nommant des jurés supplémentaires. À l'heure actuelle, on ne nomme aucun juré suppléant et au plus deux jurés peuvent être libérés de leur fonction une fois le procès commencé, sinon celui-ci est déclaré nul. Cette situation est inacceptable. C'est risquer qu'une importante poursuite antiterroriste comme le procès Air India ne débouche pas sur un verdict.

Comme nous l'avons vu dès le départ, le Canada possède très peu d'expérience en ce qui concerne les poursuites antiterroristes. Le fait d'avoir été relativement épargné ne doit pas, toutefois, constituer un prétexte pour omettre de corriger les lacunes du système judiciaire qui risquent de faire échouer de futures poursuites. La gravité des actes terroristes et l'intérêt public supérieur qui commande de parvenir à un verdict final à l'égard de ces actes exigent de préparer le système juridique du Canada à relever les défis exceptionnels que posent les poursuites antiterroristes. C'est le moins que l'on puisse attendre de la part des pouvoirs publics au Canada. Le gouvernement fédéral doit être prêt à faire adopter les modifications limitées mais essentielles du *Code criminel* que propose ce chapitre. Il doit également accepter de conclure des ententes de partage des frais avec les provinces afin de garantir la tenue de poursuites antiterroristes équitables et efficaces, dans l'intérêt national.

VOLUME TROIS

RELATION ENTRE LE RENSEIGNEMENT ET LA PREUVE ET PARTICULARITÉS DES POURSUITES ANTITERRORISTES

CHAPITRE X: RECOMMANDATIONS

Chapitre II : Coordination de la relation entre le renseignement et la preuve

Recommandation 1:

Il faudrait élargir le rôle du conseiller à la sécurité nationale (CSN) au sein du Bureau du Conseil privé. Les nouvelles responsabilités du conseiller devraient être les suivantes :

- participer à l'établissement des politiques et des priorités stratégiques en matière de sécurité nationale;
- superviser et, s'il y a lieu, coordonner les activités en matière de sécurité nationale, notamment tous les aspects de la transmission de renseignements de sécurité à la GRC et aux autres organismes gouvernementaux;
- présenter régulièrement des exposés d'information au premier ministre et, au besoin, à d'autres ministres;
- résoudre, de manière définitive, les différends entre les organismes responsables de la sécurité nationale;
- assurer la surveillance de l'efficacité des activités touchant la sécurité nationale;
- appliquer la politique de sécurité nationale du gouvernement en tenant compte de l'intérêt public.

Dans l'exercice de ces nouvelles fonctions, le conseiller à la sécurité nationale devrait être secondé par un adjoint et par un personnel constitué d'employés en détachement issus d'organismes ayant des responsabilités en matière de sécurité nationale, tels le SCRS, la GRC, l'ASFC et le MAECI. Le conseiller à la sécurité nationale devrait continuer d'appuyer certains comités du Cabinet et

d'agir en tant que sous-ministre à l'égard du CST, mais ces fonctions pourraient, au besoin, être déléguées au conseiller adjoint à la sécurité nationale ou à un autre fonctionnaire du bureau du CSN.

Il ne faudrait pas attendre l'adoption de la loi créant le nouveau privilège relatif à la sécurité nationale pour prendre des mesures en vue d'élargir le rôle du CSN.

Chapitre III : Coordination des poursuites pour terrorisme

Recommandation 2:

Le rôle du conseiller à la sécurité nationale devrait être exercé de façon à tenir compte des principes d'indépendance et de pouvoir discrétionnaire de la police et de la poursuite, tout en reconnaissant les limites de ces principes dans les poursuites pour terrorisme. En dépit de l'indépendance de la police, l'obligation d'obtenir le consentement d'un procureur général avant de déposer des accusations pour infraction de terrorisme devrait être maintenue.

Le procureur général du Canada devrait continuer d'être habilité à recevoir des informations pertinentes de ses collègues du Cabinet, y compris le premier ministre et le conseiller à la sécurité nationale, en ce qui concerne les répercussions que pourrait avoir l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite sur la sécurité nationale et la politique étrangère.

Recommandation 3:

À l'échelon du fédéral, un directeur des poursuites antiterroristes nommé par le procureur général du Canada devrait superviser et mener les poursuites antiterroristes.

Recommandation 4:

Le bureau du directeur devrait être rattaché au bureau du procureur général du Canada et non au Service des poursuites pénales du Canada. La conduite intégrée des poursuites antiterroristes commande que le poste proposé de directeur des poursuites antiterroristes soit rattaché au ministère du procureur général, étant donné le rôle crucial joué par ce dernier en vertu des dispositions de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* relatives aux revendications de confidentialité pour raisons de sécurité nationale.

Recommandation 5:

Le directeur des poursuites antiterroristes devrait également donner des conseils juridiques pertinents aux équipes intégrées de la sécurité nationale ainsi qu'à la GRC et au SCRS relativement à leurs activités de lutte contre le terrorisme afin d'assurer la continuité et la cohérence des avis juridiques, ainsi que d'assurer des services de représentation dans le cadre des enquêtes et des poursuites antiterroristes.

Recommandation 6:

De préférence, le directeur des poursuites antiterroristes ne devrait pas représenter le gouvernement du Canada dans les affaires civiles susceptibles de découler d'une enquête ou d'une poursuite antiterroriste en cours, et ce, afin d'éviter toute possibilité de conflit d'intérêts.

Recommandation 7:

Il conviendrait de maintenir le leadership fédéral en matière de poursuites antiterroristes, en raison de l'importance nationale que celles-ci revêtent et du rôle de premier plan que le procureur général du Canada est appelé à jouer dans la plupart des cas au titre de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le procureur général du Canada devrait être prêt à exercer le droit que lui reconnaît la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*, soit celui de faire valoir la préséance ou de prendre en charge des poursuites antiterroristes provinciales si les difficultés de coordination du processus décisionnel en matière de poursuite semblent le justifier ou s'il est dans l'intérêt public de le faire.

Recommandation 8:

Les procureurs généraux provinciaux devraient aviser le procureur général du Canada, par l'intermédiaire du directeur des poursuites antiterroristes (poste proposé), de toute poursuite éventuelle pouvant impliquer un groupe terroriste ou une activité terroriste, que l'auteur de l'infraction soit poursuivi ou non pour la perpétration d'une infraction de terrorisme. Le conseiller à la sécurité nationale devrait également être avisé.

**Chapitre IV : Collecte et conservation des renseignements –
Modernisation de la *Loi sur le SCRS*****Recommandation 9:**

En conformité avec l'arrêt *Charkaoui* de la Cour suprême du Canada rendu en 2008, le SCRS devrait conserver les renseignements qui ont été dûment recueillis au cours d'une enquête sur des menaces pour la sécurité nationale en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le SCRS*. Le SCRS devrait détruire ces renseignements après 25 ans ou après toute autre période fixée par le législateur fédéral, mais seulement si le directeur du SCRS certifie qu'ils ne sont plus pertinents.

Recommandation 10:

La *Loi sur le SCRS* devrait être modifiée : elle devrait tenir compte du rôle élargi qu'il est proposé de confier au conseiller à la sécurité nationale et prévoir l'échange accru d'informations avec d'autres organismes.

L'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur le SCRS* devrait être modifié et exiger que le SCRS fasse part des informations pouvant être utilisées dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite à l'égard d'une infraction soit aux organismes compétents chargés d'appliquer la loi ou d'engager des poursuites, soit au conseiller à la sécurité nationale.

S'il reçoit du SCRS des informations concernant une menace pour la sécurité nationale, le conseiller à la sécurité nationale devrait avoir, en tout temps, le pouvoir de transmettre ces informations aux organismes compétents chargés d'appliquer la loi ou d'engager des poursuites ou encore aux autres autorités compétentes, et ce, en vue de diminuer le plus possible la menace terroriste. Le conseiller à la sécurité nationale devrait décider de l'opportunité de communiquer des renseignements seulement après avoir pris en compte les impératifs concurrents de la divulgation et du secret. Dans tous les cas, la décision devrait s'appuyer sur l'intérêt public, lequel peut différer des intérêts immédiats des organismes concernés.

Les renseignements destinés à assister le conseiller à la sécurité nationale dans ses délibérations, et les délibérations elles-mêmes, devraient être protégés par un nouveau privilège relatif à la sécurité nationale. Il s'agirait d'un privilège générique semblable à celui qui protège l'information destinée à éclairer les délibérations du Cabinet.

Recommandation 11:

Dans la mesure du possible, le SCRS devrait se conformer aux exigences en matière de preuve et de communication lors de ses enquêtes antiterroristes, afin de faciliter l'utilisation du renseignement dans le processus judiciaire criminel.

Recommandation 12:

Dans les poursuites pour terrorisme, des avocats spéciaux, qui bénéficieraient de pouvoirs semblables à ceux que prévoit la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, devraient être habilités à représenter les accusés lors de la contestation de mandats délivrés en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le SCRS* ou en vertu de la partie VI du *Code criminel*. Les avocats spéciaux devraient avoir accès à tous les renseignements pertinents, y compris les affidavits non expurgés utilisés pour justifier les mandats, mais il devrait leur être interdit de communiquer ces renseignements à quiconque sans une ordonnance judiciaire. Tant les juges qui se penchent sur la validité des mandats que les avocats spéciaux devraient pouvoir compter sur des installations leur permettant de protéger les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale.

Chapitre V : Communication et production de renseignements

Recommandation 13:

Les lignes directrices fédérales en matière de poursuite devraient être modifiées afin que ceux qui intentent des poursuites pour terrorisme comprennent bien

que seuls les éléments de preuve qui sont pertinents dans le cadre d'une affaire et susceptibles d'être utiles à l'accusé devraient être communiqués. Les éléments de preuve peu pertinents – c'est-à-dire pas manifestement non pertinents – devraient, s'il y a lieu, être mis à la disposition de la défense pour examen dans un local protégé.

Recommandation 14:

Il n'y a pas lieu d'adopter de nouvelles dispositions législatives pour régir la production, dans le cadre d'une poursuite criminelle, de renseignements détenus par le SCRS. La procédure prévue par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* constitue un cadre approprié qui permet au tribunal de première instance de déterminer si la production de ces renseignements est justifiée.

Chapitre VI : Rôle des privilèges dans la prévention de la divulgation de renseignements

Recommandation 15:

La GRC et le SCRS devraient tous deux établir des modalités pour régir les promesses d'anonymat faites aux informateurs. Ces modalités, qui devraient servir l'intérêt public, ne devraient pas être axées uniquement sur le mandat de l'organisme concerné.

Recommandation 16:

L'article 19 de la *Loi sur le SCRS* devrait être modifié et préciser que la communication par le SCRS d'informations sur une personne à un service de police ou au CSN n'empêche pas d'invoquer le privilège relatif aux indicateurs.

Recommandation 17:

Le SCRS ne devrait pas être autorisé à accorder le privilège relatif aux indicateurs de police. Les informateurs du SCRS devraient être protégés par le « privilège de Wigmore » reconnu par la common law, lequel exige que le tribunal soupèse l'intérêt public de la divulgation par rapport à l'intérêt public de la confidentialité. Si une source du SCRS était transférée à la GRC, cette source devrait pouvoir bénéficier du privilège relatif aux indicateurs de police.

Recommandation 18:

La *Loi sur la preuve au Canada* devrait être modifiée et prévoir un nouveau privilège relatif à la sécurité nationale, inspiré de la disposition relative aux renseignements confidentiels du Cabinet prévue à l'article 39 de la *Loi*. Ce nouveau privilège générique devrait s'appliquer aux documents préparés pour le conseiller à la sécurité nationale et aux délibérations de son bureau.

Chapitre VII : Procédures judiciaires visant l'obtention d'ordonnances de non-divulgation dans les causes

Recommandation 19:

Le régime dualiste actuel adopté pour trancher les revendications de confidentialité pour raisons de sécurité nationale fondées sur l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* devrait être abandonné en ce qui concerne les affaires criminelles. Il conviendrait de modifier l'article 38 pour permettre au tribunal de première instance qui instruit une poursuite antiterroriste de rendre des décisions à propos de la confidentialité liée à la sécurité nationale. Il conviendrait également de modifier l'article 38 et d'inclure le tribunal de juridiction criminelle dans la définition de « juge » lorsqu'il s'agit de statuer sur une demande fondée sur l'article 38 dans le cadre d'une poursuite criminelle.

Recommandation 20:

Dans les poursuites antiterroristes, les appels ou les examens interlocutoires portant sur des questions de divulgation relevant des articles 37 ou 38 devraient être interdits. Les appels des décisions rendues au titre des articles 37 ou 38 ne devraient pas être autorisés avant qu'un verdict n'ait été prononcé. Les appels devraient être instruits par les cours d'appel provinciales conformément aux dispositions en matière d'appel prévues dans le *Code criminel*. Si ce n'est déjà fait, il faudrait prendre des mesures pour assurer la protection adéquate des renseignements secrets que les cours d'appel provinciales pourraient recevoir. Les articles 37.1, 38.08 et 38.09 de la *Loi sur la preuve au Canada* devraient être modifiés ou abrogés en conséquence.

Recommandation 21:

Des avocats spéciaux ayant l'habilitation de sécurité nécessaire devraient être autorisés à protéger les intérêts de l'accusé lorsque des demandes fondées sur l'article 38 sont présentées, comme le permet la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L'accusé ou le juge qui préside l'instance devrait être autorisé à demander la désignation d'un avocat spécial.

Recommandation 22:

Le procureur général du Canada, par l'intermédiaire du directeur des poursuites antiterroristes (poste proposé), devrait invoquer de façon limitée l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, à la lumière de son propre jugement, et devrait éviter d'invoquer le secret de manière excessive.

Recommandation 23:

Le Guide du Service fédéral des poursuites et d'autres documents d'orientation qui renferment des lignes directrices sur les revendications relatives au secret devraient être mis à jour et encourager la présentation de demandes aux

organismes étrangers afin qu'ils lèvent les restrictions imposées à la divulgation de renseignements. Ces documents devraient également être mis à jour en fonction de l'évolution de la jurisprudence en matière de confidentialité liée à la sécurité nationale. Plus particulièrement, le Guide devrait préciser que les poursuivants doivent être prêts à définir le préjudice que la divulgation pourrait causer, dont le préjudice aux enquêtes en cours, la violation des restrictions, le danger pour les sources et la divulgation des méthodes d'enquête secrètes. Le Guide devrait dissuader les intervenants de se fonder uniquement sur l'« effet mosaïque » pour invoquer la confidentialité liée à la sécurité nationale.

Chapitre VIII : Gérer les conséquences de la divulgation – Protection des sources et des témoins

Recommandation 24:

Un nouveau poste devrait être créé, soit celui de coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale. Le rôle du coordonnateur serait de statuer sur les questions touchant la protection des témoins dans le cadre d'enquêtes et de poursuites antiterroristes et de gérer la protection des témoins dans les affaires où la sécurité nationale est en cause. La création d'un tel poste exigerait la modification de la *Loi sur le programme de protection des témoins*.

Le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale devrait être indépendant de la police et de la poursuite. Il devrait avoir la confiance du public et détenir une expérience en matière de justice pénale, de sécurité nationale et de protection des témoins.

Lorsque l'affaire s'y prête, le coordonnateur devrait consulter l'une ou l'autre des autorités suivantes au sujet des questions liées à la protection des témoins et des sources : la GRC, le SCRS, le conseiller à la sécurité nationale, le directeur des poursuites antiterroristes (poste dont la création est proposée), Sécurité publique Canada, Citoyenneté et Immigration Canada, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et le Service correctionnel du Canada. En règle générale, le coordonnateur travaillerait étroitement avec le SCRS et la GRC pour assurer le transfert sans heurt des sources entre les deux organismes.

Voici le mandat du coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale, tel qu'il est proposé :

- Évaluer les risques à l'égard des bénéficiaires éventuels résultant de la divulgation et des poursuites, et prendre des décisions concernant l'admission d'une personne au programme de protection des témoins et le niveau de protection requis;
- Travailler de concert avec les partenaires concernés au gouvernement fédéral, aux gouvernements provinciaux, dans le secteur privé et à l'échelle internationale afin de fournir aux bénéficiaires une protection répondant à leur situation et à leurs besoins particuliers;

- Assurer une certaine continuité dans la gestion des sources et régler les différends entre organismes qui pourraient surgir lors des négociations ou de la mise en œuvre des accords de protection (cette fonction serait exercée en collaboration avec le conseiller à la sécurité nationale);
- Fournir aux bénéficiaires une assistance confidentielle, y compris un soutien psychologique et des conseils juridiques, pour éclairer leur décision de conclure ou non un accord de protection;
- Négocier les accords de protection, y compris le versement de sommes d'argent;
- Donner des conseils en matière d'orientation stratégique et de politique sur des questions liées à la protection, notamment en ce qui concerne la pertinence des programmes de collaboration internationale ou touchant les mineurs;
- Fournir un service d'arbitrage indépendant et confidentiel pour régler les différends pouvant survenir entre le bénéficiaire et les responsables du programme;
- Décider de l'interruption de la participation d'une personne au programme;
- Agir à titre de ressource pour le SCRS, la GRC, le conseiller à la sécurité nationale et d'autres organismes au sujet du traitement approprié des sources dans les enquêtes antiterroristes et de la gestion de leurs attentes;
- Agir à titre de défenseur pour les témoins et les sources au sujet des questions de principe pouvant les toucher et faire valoir la nécessité de conclure des accords de protection des témoins dans des cas particuliers.

Le coordonnateur de la protection des témoins pour la sécurité nationale n'aurait pas la responsabilité de la protection physique des témoins. Cette fonction demeurerait la responsabilité de la GRC ou d'autres organismes publics ou privés, qui offriraient des services de protection et qui accepteraient de soumettre tout différend à l'arbitrage confidentiel du coordonnateur.

Chapitre IX : Gérer les conséquences de la divulgation – Le procès Air India et la gestion d'autres poursuites antiterroristes complexes

Recommandation 25:

Pour que les poursuites antiterroristes soient viables, le gouvernement fédéral devrait assumer une partie du coût des grands procès afin d'assurer la bonne

gestion des projets, la prestation des services aux victimes et la disponibilité de fonds suffisants pour attirer des avocats plaidants chevronnés, capables d'admettre les faits lorsqu'il y a lieu et d'exercer leurs autres fonctions en tant qu'officiers de justice.

Recommandation 26:

Le juge du procès devrait être nommé le plus tôt possible afin qu'il puisse gérer le procès, entendre la plupart des requêtes préliminaires et rendre des décisions; ces décisions ne devraient pas être susceptibles d'appel avant le procès.

Recommandation 27:

Le *Code criminel* devrait être modifié pour que les décisions préliminaires du juge du procès continuent de s'appliquer dans l'éventualité où les poursuites soient annulées ou séparées en instances distinctes. Le seul cas où les décisions ne devraient pas lier l'accusé et la Couronne serait celui où un changement important de circonstances serait démontré.

Recommandation 28:

Le *Code criminel* devrait être modifié pour permettre les audiences générales sur les requêtes préliminaires communes dans les affaires connexes, mais séparées. Cette façon de faire faciliterait la séparation des poursuites antiterroristes qui présentent des points de droit communs, mais qu'il est plus juste ou plus commode de juger dans le cadre de procès distincts. Tous les accusés des poursuites connexes seraient représentés à l'audience générale. Les décisions rendues à cette audience lieraient la Couronne et les accusés aux procès subséquents, sauf preuve de changement important de circonstances. Ces décisions ne seraient susceptibles d'appel qu'après le verdict.

Recommandation 29:

Il faudrait recourir à la communication électronique et à la divulgation en plusieurs volets dans les poursuites antiterroristes, afin que ces dernières soient plus gérables. La communication devrait se dérouler de la manière suivante :

Recommandation 30:

Le ministère public devrait pouvoir communiquer sous forme électronique tout document sur lequel il a l'intention de se fonder et pouvoir décider d'en communiquer des copies papier. Si le ministère public opte pour la communication électronique, il devrait s'assurer que la défense dispose des ressources techniques nécessaires pour consulter la base de données électroniques correspondante, y compris les logiciels d'annotation et de recherche appropriés.

Recommandation 31:

Les documents sur lesquels le ministère public n'a pas l'intention de se fonder mais qui sont pertinents devraient être produits sous forme électronique, et les ressources techniques voulues pour la consultation de la base de données électroniques correspondante devraient être fournies.

Recommandation 32:

Le ministère public devrait pouvoir communiquer tous les autres documents à divulguer conformément aux arrêts *Stinchcombe* et *Charkaoui* en les mettant à la disposition des avocats des accusés pour examen. Dans les cas où la divulgation concerne des documents sensibles, le ministère public devrait pouvoir exiger que les avocats des accusés les examinent dans un local protégé, sous réserve des dispositions à prendre pour respecter le secret professionnel. Les avocats de la défense devraient avoir le droit de faire une copie des documents, mais à condition de les protéger et de veiller à ce qu'ils ne servent pas à des fins inappropriées, étrangères au procès.

Recommandation 33:

Le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la communication intégrale ou partielle sur papier lorsque l'intérêt de la justice le commande.

Recommandation 34:

La validité de la communication électronique de la preuve et la procédure en la matière devraient être stipulées dans le *Code criminel* afin de prévenir les différends à ce sujet.

Recommandation 35:

Il est recommandé :

a) que le *Code criminel* soit modifié de manière à permettre au juge qui préside un procès devant jury de nommer jusqu'à seize jurés s'il estime que cela servira l'intérêt de la justice;

b) que, s'il reste plus de douze jurés au début des délibérations du jury, l'ensemble des jurés ayant entendu l'affaire choisissent par scrutin les douze jurés qui délibéreront;

c) que le nombre minimum de jurés prescrit pour délibérer demeure dix;

d) que l'idée de faire entendre les procès antiterroristes par un tribunal formé de trois juges soit rejetée au motif qu'elle ne présente aucun avantage manifeste;

e) qu'un jury ne soit pas obligatoire dans les affaires de terrorisme compte tenu des difficultés que soulèvent les longs procès devant jury et de la possibilité qu'a actuellement la personne accusée d'opter pour un procès devant un juge siégeant seul.

