



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.

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



Commission
of Inquiry into
the Investigation
of the Bombing of
Air India Flight 182

Les opinions exprimées dans les présentes études théoriques n'engagent que leurs auteurs et ne traduisent pas nécessairement celles du commissaire.

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

N^o cat. : CP32-89/5-2010F

ISBN : 978-0-660-97385-2

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

**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
Études de recherche – volume 3**

Les poursuites liées au terrorisme

Table des matières

Kent Roach	Introduction	7
Yvon Dandurand	Protection de témoins et collaborateurs de la justice lors des poursuites pour terrorisme	17
Robert M. Chesney	Terrorisme et poursuites criminelles aux États-Unis	87
Bruce MacFarlane	Éléments structuraux des mégaprocès : une analyse comparative	173
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 (résumé)	349

Introduction

Kent Roach

Le programme de recherche de la Commission

Peu après la création 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, le commissaire, les avocats de la Commission et les directeurs de la recherche ont décidé de commander un certain nombre de rapports de recherche sur les questions touchant le large mandat de la Commission.

Les études de recherche constituent depuis longtemps un élément important des travaux des commissions d'enquête au Canada. Ainsi, la Commission d'enquête MacDonald, qui a examiné les activités de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et formulé des recommandations qui ont mené à la création du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) en 1984, a publié un certain nombre de rapports de recherche et de monographies dans le cadre de ses travaux¹. D'autres commissions d'enquête tant fédérales que provinciales ont emboîté le pas en mettant en oeuvre des programmes de recherche parfois ambitieux².

La recherche permet aux commissions d'enquête d'obtenir des commentaires d'experts éclairants. Les rapports de recherche peuvent être préparés de manière indépendante par des experts, y compris des universitaires. Les parties en cause et le public peuvent commenter librement ces documents et le commissaire peut, à son tour, rejeter ou accepter les conseils et avis qui y figurent. L'avertissement traditionnel selon lequel le document ne traduit pas nécessairement les opinions de la commission ou du commissaire correspond à la réalité.

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

¹ Ainsi, voir les études de recherche publiées par la Commission d'enquête MacDonald concernant certaines activités de la GRC. J.L.I.J. Edwards La responsabilité ministérielle en matière de sécurité nationale dans la mesure où elle concerne les charges du Premier ministre, du procureur général et du solliciteur général du Canada (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1980); C.E.S. Franks Le Parlement et la sécurité (Ottawa : Approvisionnement et services Canada, 1980); M.L. Friedland National Security : Les aspects juridiques de la sécurité nationale (Ottawa : Approvisionnement et Services, 1980).

² La Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar a publié une série de documents d'information. 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, 2006).

s'est vu confier un mandat particulièrement vaste qui englobait le caractère adéquat de l'évaluation de la menace de terrorisme en 1985 et aujourd'hui, la coopération entre les organismes gouvernementaux, y compris la GRC et le SCRS, le caractère suffisant des restrictions touchant le financement du terrorisme, y compris le financement provenant des organisations caritatives, la protection des témoins, la sécurité aérienne et les poursuites liées au terrorisme. Pour relever ce défi, la Commission a dû faire appel à un vaste éventail d'experts issus de différentes disciplines.

Le programme de recherche d'une commission d'enquête peut favoriser la création ou la consolidation d'une infrastructure de recherche permettant la poursuite des réflexions et l'élaboration de politiques dans le domaine sous étude. De façon générale, les recherches canadiennes sur les questions liées au terrorisme sont relativement clairsemées³. Il n'y a aucun financement gouvernemental affecté aux recherches sur l'étude du terrorisme et des mesures de contre-terrorisme optimales, contrairement à la situation qui existe dans d'autres domaines, comme les études militaires. Je souhaite à cet égard que le programme de recherche de la Commission stimule d'autres investissements dans des recherches indépendantes concernant le terrorisme et le contre-terrorisme.

Fort heureusement, la Commission d'enquête a obtenu la collaboration de la majorité des grands experts du Canada dans bon nombre de ces domaines. Elle a également retenu les services de plusieurs experts internationaux chevronnés aux fins des recherches davantage comparatives qui visaient à savoir si le Canada pouvait s'inspirer des pratiques exemplaires suivies dans d'autres démocraties dans les domaines liés au mandat de la commission.

Les chercheurs qui mènent des études pour une commission d'enquête ne bénéficient pas des avantages normalement associés aux recherches universitaires. Ils sont soumis à des délais serrés et doivent s'efforcer de présenter des analyses et des recommandations utiles pour la commission d'enquête.

Il a été décidé de demander à nos chercheurs de fonder leurs textes uniquement sur des sources publiques et de terminer la rédaction de leurs rapports bien avant la fin des audiences de la Commission, de sorte

³ Pour connaître quelques-uns des défis, voir le texte de Martin Rudner intitulé « Towards a Proactive All-of-Government Approach to Intelligence-Led Counter-Terrorism » et celui de Wesley Wark intitulé « The Intelligence-Law Enforcement Nexus », au vol. 1 des études de recherche.

qu'ils n'ont peut-être pas eu accès à l'ensemble des renseignements et de la preuve dont la Commission a été saisie. Cela étant dit, les rapports de recherche ainsi que les dossiers préparés par les avocats de la Commission ont permis au commissaire, aux parties et au public d'avoir accès à un instantané utile de la base de connaissances existante.

En raison de l'importance de la participation du public et des parties à la présente Commission d'enquête, il a été décidé au début des travaux que les chercheurs dont la Commission a retenu les services présenteraient et défendraient si possible les résultats de leurs recherches au cours des audiences de la Commission. L'approche dichotomique consistant à scinder les audiences en deux parties, la première portant sur le passé et la seconde, sur l'avenir, a été délibérément rejetée, car une bonne partie du mandat de la Commission nécessitait un examen à la fois du passé et de l'avenir. D'aucuns souhaitaient également que le commissaire puisse assister à la présentation et à la contestation des travaux de recherche préparés pour lui dans le cadre d'une démarche publiquement accessible.

Je souhaite que le programme de recherche puisse éclairer les délibérations de la Commission et fournir une infrastructure universitaire solide qui favorisera la poursuite, au Canada, de l'examen du terrorisme et des nombreux instruments politiques qui sont nécessaires pour prévenir les actes de terrorisme.

Contenu du présent volume

Les études de recherche contenues dans le présent volume portent sur les poursuites liées au terrorisme et sur les questions connexes concernant la protection des témoins. Il s'agit de sujets se rapportant à différents aspects du mandat de la Commission, notamment la mesure dans laquelle les pratiques et la législation en vigueur assurent une protection adéquate des témoins contre l'intimidation au cours d'enquêtes ou de poursuites portant sur des actes terroristes⁴, la question de savoir si les pratiques et la législation actuelles suffisent 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 et, sinon, quels sont les changements qu'il conviendrait d'y apporter, en particulier, s'il y aurait avantage à faire entendre les causes sur des actes terroristes

⁴ 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, point b (v).

par une formation de trois juges⁵ et, enfin, la façon dont le gouvernement canadien peut relever le défi, révélé par l'enquête et les poursuites qui ont suivi l'affaire Air India, de concilier efficacement le renseignement de sécurité et la preuve qui peut être utilisée en matière criminelle⁶. Tous les essais du présent volume comportent une dimension comparative dans leurs parties consacrées à la mise en lumière des meilleures pratiques.

Yvon Dandurand : Protection de témoins et collaborateurs de la justice lors des poursuites pour terrorisme

Yvon Dandurand, qui est doyen du University College of the Fraser Valley et avocat principal du Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale, présente un tableau complet des recherches et normes internationales actuelles concernant la protection des témoins et des collaborateurs de la justice. Il soutient que, bien qu'il soit nécessaire d'avoir recours à des dénonciateurs et à des témoins pour condamner les terroristes, une des grandes caractéristiques des groupes terroristes réside dans leur capacité d'intimider les témoins. L'intimidation peut prendre plusieurs formes et, bien qu'elle puisse se manifester par la violence, y compris le meurtre, les menaces suffisent dans bien des cas pour déjouer la justice. L'intimidation peut avoir pour cibles des personnes qui sont près des témoins possibles et son auteur n'est pas nécessairement l'accusé. Dans certains cas, l'intimidation peut avoir pour but de créer un sentiment de crainte et d'inciter une collectivité complète à refuser de collaborer. La plupart des témoins qui sont victimes d'intimidation ne participent à aucun programme officiel de protection des témoins.

Le doyen Dandurand apporte une attention particulière aux défis que pose la protection des témoins dans les collectivités ethniques, où les menaces peuvent cibler des personnes situées à l'extérieur du Canada. Il souligne que l'investigation peut comporter des dangers pour des témoins réticents, en partie parce qu'elle est assujettie à une présomption réfutable quant à la publicité des débats. Il met l'accent sur le pouvoir que l'État possède déjà à l'égard des témoins possibles et le risque que ces procédures accroissent la réticence des membres de certaines collectivités en situation minoritaire à fournir des renseignements au sujet des terroristes.

⁵ Ibid, point b (vi).

⁶ Ibid, point b(iii).

Prônant une plus grande créativité en matière de protection des témoins, le doyen Dandurand explore le recours au secteur privé pour obtenir certaines formes de protection et le rôle des unités spéciales de protection des témoins dans les établissements correctionnels et propose des solutions comme le report de la communication lorsque c'est nécessaire pour protéger les témoins et la possibilité de permettre à ceux-ci de témoigner à huis clos, par liaison vidéo ou sous un pseudonyme ou encore de camoufler leur visage pendant leur témoignage. Selon un consensus de plus en plus répandu à l'échelle internationale, les programmes de protection des témoins devraient être dirigés par un organisme bien financé qui est indépendant de la police et des avocats de la poursuite, de manière à assurer la protection des droits des témoins vulnérables. De plus, l'organisme doit avoir recours, au besoin, à des dénonciateurs recrutés par les services de renseignement de sécurité et par la police. Eu égard à la nature du terrorisme international et d'autres crimes transnationaux, l'organisme de protection des témoins devrait favoriser la coopération internationale.

Robert M. Chesney : Terrorisme et poursuites criminelles aux États-Unis

Le professeur Robert Chesney, de la Wake Forest University, présente un survol des poursuites liées au terrorisme aux États-Unis en mettant l'accent sur certaines règles de fond et règles de procédure applicables en droit pénal, notamment les règles qui visent à concilier le droit de l'accusé à la communication avec les intérêts du gouvernement relatifs à la protection des renseignements secrets. Le professeur Chesney décrit le paradigme de la prévention inhérent aux poursuites liées au terrorisme, qui englobe tant les accusations de tentative et de complot que les crimes précurseurs, surtout la fourniture de ressources ou de soutien matériel aux groupes terroristes, infraction fédérale qui existe depuis 1996. Il fait la distinction entre les poursuites relatives au soutien matériel, qui nécessitent uniquement la preuve d'une intention d'aider un groupe terroriste international désigné, et les infractions relatives à l'intention ou à la connaissance concernant différents crimes terroristes, qui sont plus difficiles à prouver.

Le professeur Chesney s'attarde également au rôle des accusations fondées sous de faux prétextes, dans le cadre desquelles une personne soupçonnée de terrorisme est accusée d'une infraction liée au financement du terrorisme, d'un crime autre que le terrorisme ou d'une violation d'une

loi sur l'immigration ou est détenue comme témoin important. Il conclut qu'il est difficile d'évaluer l'efficacité de ces stratégies, tout en soulignant que, dans bien des cas, elles se traduisent par des peines plus courtes que les poursuites relatives au terrorisme. Les accusations fondées sous de faux prétextes reposent principalement sur le désir du gouvernement de préserver le secret des renseignements liant le suspect au terrorisme. Le professeur Chesney examine dans ce contexte la loi intitulée *Classified Information Procedures Act*, qui fournit un cadre souple et efficace permettant au juge du procès de concilier les intérêts de l'État relatifs à la préservation du secret avec la nécessité de traiter l'accusé de manière équitable et de trancher le dilemme à la lumière des faits dont il est saisi. Il se penche également sur d'autres solutions, comme la possibilité pour les agents de sécurité de témoigner sous des pseudonymes dans le cadre d'une audience à huis clos et l'utilisation en preuve de résumés écrits de renseignements supprimés qui constituent par ailleurs des renseignements classifiés.

Bruce MacFarlane : Éléments structureaux des mégaprocès : une analyse comparative

Bruce MacFarlane, c.r., ex-sous-procureur général du Manitoba et professeur affilié à l'Université du Manitoba, brosse un tableau détaillé de différents défis structurels que comportent les poursuites pénales liées au terrorisme, eu égard à la complexité du litige. Il définit quelques principes importants qui devraient constituer le fondement de toute recommandation en matière de réforme, y compris la nécessité de déterminer la vérité, d'éviter les erreurs judiciaires et de promouvoir la confiance du public et la légitimité, l'ouverture, l'équité et l'efficacité. Il présente ensuite un survol des poursuites liées au terrorisme et d'autres poursuites complexes qui se sont déroulées au Royaume-Uni, aux États-Unis et au Canada, y compris le procès dans l'attentat de Lockerbie et le recours à des tribunaux spéciaux en Irlande du Nord. Il conclut que l'application de lois spéciales et le recours à de nouveaux tribunaux peuvent miner la confiance du public et diminuer l'exactitude du résultat. Ces mesures risquent également d'accroître les obstacles au maintien de l'équité des procès de terroristes.

Affirmant que les poursuites liées au terrorisme sont de plus en plus complexes et risquent de s'effondrer sous leur propre poids, M. MacFarlane propose quelques réformes visant à atténuer les problèmes qu'elles comportent. Eu égard à la durée croissante des poursuites pénales

complexes, il propose que le juge du procès soit autorisé à nommer jusqu'à 16 jurés pour la durée du procès et que ce jury puisse rendre un verdict unanime même s'il ne reste que neuf ou huit jurés à la fin du procès. Il y aurait également lieu de permettre aux jurés de prendre des notes et d'obtenir des directives du juge au besoin tout au long du procès.

M. MacFarlane prévient que l'audition des affaires liées au terrorisme par une formation de trois juges irait à l'encontre du droit à un procès devant jury que reconnaît l'alinéa 11f) de la Charte et nécessite une justification au titre de l'article premier ou l'adoption d'une dérogation fondée sur l'article 33. Il estime également que cette solution serait difficile d'application, car les trois juges devraient en arriver à une décision unanime sur les questions de fait et de droit essentielles afin de respecter le principe de la preuve de la culpabilité hors de tout doute raisonnable. En conséquence, il serait peut-être nécessaire de recourir à un quatrième juge auxiliaire. M. MacFarlane reconnaît toutefois qu'il pourrait y avoir des tensions entre le droit de l'accusé à un procès devant jury et le droit de l'accusé et de la société à un procès équitable dans les affaires longues et complexes. Un procès devant un juge seul pourrait s'avérer nécessaire dans les cas où la présence d'un jury rendrait impossible la tenue d'un procès équitable.

M. MacFarlane ajoute qu'il y aurait lieu de modifier le Code criminel afin de permettre clairement le déplacement d'un procès d'une province à une autre lorsqu'il est impossible que l'accusé bénéficie d'un procès équitable dans la province où l'infraction a été perpétrée ou que cette province ne possède pas suffisamment de ressources pour assurer la tenue du procès. De plus, les avocats de la poursuite ne devraient pas surcharger inutilement l'acte d'accusation en y inscrivant tous les accusés et accusations possibles et devraient réunir au cours de l'enquête les documents à communiquer qui peuvent être transmis par voie électronique à l'accusé.

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 (résumé)

Le dernier document du présent volume est un résumé d'une étude détaillée qu'a menée le professeur Kent Roach, de l'Université de Toronto, au sujet de la relation entre le renseignement et la preuve. L'étude elle-même est publiée au volume 4 des études de recherche. Dans le résumé, l'accent est mis sur l'évolution de la distinction entre le renseignement et la preuve. Bien que des différences frappantes aient

fréquemment été relevées entre le renseignement secret et la preuve publique, la Loi sur le SCRS de 1984 n'envisageait pas la création d'un mur entre le renseignement et la preuve. L'attentat à la bombe commis contre le vol d'Air India et les attentats du 11 septembre ont fait ressortir la nécessité de veiller à ce que les renseignements soient transmis à la police et à ce qu'ils puissent être utilisés en preuve, au besoin. Au même moment, les organismes du renseignement craignent avec raison que cette communication n'entraîne, dans certains cas, la divulgation de renseignements secrets au public. Il est impératif de concilier d'une façon à la fois juste et efficace la nécessité de préserver les renseignements secrets avec le droit de l'accusé à un procès équitable et la présomption relative à la publicité des débats.

Le résumé traite également de l'utilisation possible des données, y compris les bandes d'écoute recueillies par le SCRS et les communications interceptées par le CST, comme preuve dans les procès criminels ainsi que de l'équilibre à atteindre entre l'utilisation des mandats prévus par le Code criminel et des mandats d'écoute du SCRS. L'auteur s'attarde aux risques liés à l'admission de renseignements recueillis conformément à des normes moins strictes que celles qui s'appliquent à la preuve ainsi qu'aux conséquences pouvant découler de l'admission de ces renseignements en preuve en ce qui a trait à la divulgation.

Les obligations pouvant être imposées aux organismes canadiens du renseignement de sécurité en matière de divulgation et de production sont également commentées, de même que les méthodes dont la loi permet l'utilisation pour empêcher la communication de ces renseignements. Ces méthodes comprennent le recours aux privilèges relatifs à la preuve, comme le privilège de l'informateur de police, et les demandes d'ordonnances de non-divulgation fondées sur les articles 37 et 38 de la Loi sur la preuve au Canada. L'approche canadienne, qui consiste à demander à la Cour fédérale de trancher la question de la confidentialité et de la sécurité nationale tout en permettant au juge du procès de décider si un procès équitable demeure possible malgré l'ordonnance de non-divulgation rendue, est comparée avec les approches utilisées en Australie, en Grande-Bretagne et aux États-Unis, qui permettent toutes au juge du procès de rendre une ordonnance de non-divulgation afin de protéger des renseignements secrets et de modifier cette ordonnance.

En dernier lieu, quelques réformes visant à améliorer la relation entre le renseignement et la preuve sont proposées. Ainsi, certaines stratégies

initiales qui pourraient faciliter l'utilisation des renseignements dans les poursuites liées au terrorisme sont suggérées, y compris les suivantes : 1) modifier la culture au sein des organismes du renseignement de sécurité afin qu'ils tiennent davantage compte des normes de preuve lorsqu'ils recueillent des renseignements dans le cadre des enquêtes sur le contre-terrorisme; 2) demander à l'organisme ayant fourni les renseignements l'autorisation de les divulguer, conformément à la règle applicable aux tiers; 3) utiliser davantage les mandats d'écoute électronique fondés sur le Code criminel par opposition à ceux du SCRS dans les enquêtes relatives au terrorisme et davantage les communications interceptées par le SCRS suivant l'autorisation d'un juge par opposition aux communications interceptées par le CST lorsque des personnes soupçonnées de terrorisme font l'objet d'une surveillance électronique à l'extérieur du Canada et 4) se tourner davantage vers des programmes efficaces de protection des sources et des témoins. Certaines stratégies finales sont également proposées en ce qui a trait à la détermination du moment où les renseignements doivent être divulgués afin d'assurer la tenue d'un procès équitable d'une manière juste et efficace : 1) clarifier les normes relatives à la communication et à la production à l'égard des renseignements; 2) préciser la portée des privilèges relatifs à la preuve; 3) offrir des moyens efficaces permettant aux avocats de la défense de prendre connaissance des renseignements secrets, par exemple, une autorisation de sécurité ou un engagement à ne pas divulguer ou la nomination d'avocats spéciaux; 4) mettre l'accent sur les préjudices concrets pouvant découler de la communication de renseignements secrets plutôt que sur les concepts imprécis de la sécurité nationale, de la défense nationale et des relations internationales; 5) établir une procédure judiciaire qui permet au juge du procès de trancher les allégations concernant la confidentialité pour des raisons liées à la sécurité nationale; 6) éliminer la possibilité d'interjeter appel des décisions concernant la confidentialité pour des raisons liées à la sécurité nationale avant le début du procès dans une affaire de terrorisme.

Conclusion

Les études de recherche contenues dans le présent volume donnent un aperçu des nombreux défis à relever dans le cadre des poursuites liées au terrorisme. Un de ces défis réside dans la nécessité de protéger les informateurs et les témoins des risques d'intimidation. Un autre est celui de la durée et de la complexité d'un grand nombre de poursuites liées au terrorisme et des difficultés entourant les renseignements,

qu'il s'agisse de leur admission en preuve ou de leur communication ou non-communication à l'accusé et au public. Une comparaison visant à déterminer les meilleures pratiques en matière de poursuites liées au terrorisme est présentée entre les méthodes utilisées dans des démocraties comparables comme l'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis. Les auteurs des essais situent également les défis qui se rattachent à ces poursuites dans le contexte de la nécessité de préserver des principes aussi fondamentaux que celui de protéger les renseignements secrets, de traiter l'accusé de manière équitable, d'éviter les erreurs judiciaires et de respecter la présomption de la publicité des débats judiciaires.

Protection de témoins et collaborateurs de la justice lors des poursuites pour terrorisme

Yvon Dandurand¹

Rapport à l'intention 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

1 Criminologue, doyen de la recherche, University College of the Fraser Valley et premier agrégé, Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale. L'auteur exprime sa reconnaissance à M. Mark Lalonde, associé directeur de Canpro Training Resources Inc, pour sa collaboration lors de la préparation du présent document. Les opinions exprimées ici sont celles de l'auteur et ne représentent pas forcément celles de la Commission.

Table des matières

1.	Introduction	21
1.1	Définitions	22
1.2	Recherche sur les témoins du terrorisme ou du crime organisé	25
1.3	Droits des témoins	28
2.	Intimidation des témoins et entrave à la justice	29
2.1	Formes d'intimidation	31
2.2	Mise en évidence de l'intimidation des témoins	35
2.3	Prévention de l'intimidation	36
3.	Utilisation des délateurs et collaborateurs de la justice	38
4.	Vulnérabilité de certains groupes ou individus	43
5.	Mesures de protection	48
5.1	Évaluation de la menace et des besoins de protection	48
5.2	Mesures élémentaires de protection des témoins	50
5.3	Mesures procédurales	56
6.	Programmes de protection des témoins	60
6.1	Caractéristiques des programmes de protection	62
6.2	Collaboration entre organismes de protection des témoins	69
6.3	Gestion des programmes de protection des témoins	70
6.4	Coûts des programmes de protection	72
6.5	Responsabilité	74
6.6	Efficacité des programmes de protection	75
7.	Coopération internationale en matière de protection des témoins	77
8.	Conclusion	83

Introduction

Le présent rapport décrit les principales difficultés rencontrées par l'appareil de justice pénale pour tenter d'obtenir la collaboration de témoins lors des enquêtes et poursuites concernant les actes terroristes. Il s'intéresse également à la nature et l'efficacité des diverses dispositions à adopter en matière de sécurité et de procédure pour assurer la protection des témoins exposés à l'intimidation ou aux représailles. Une partie du mandat du Commissaire consiste à examiner les pratiques existantes ou la législation en vigueur pour voir si elles permettent d'assurer la protection des témoins contre l'intimidation au cours d'une enquête ou d'une poursuite pour terrorisme. Ce rapport traite des différentes questions relatives à cette protection et formule des suggestions sur les bonnes pratiques et les tendances internationales afin de pouvoir établir des comparaisons avec la situation au Canada. Il ne prétend pas évaluer directement la pertinence de la législation, des programmes ou des pratiques canadiens.

Dans sa lutte contre le terrorisme, il est essentiel que l'État soit en mesure d'assurer efficacement la sécurité des témoins. L'intimidation des témoins spéciaux et des témoins potentiels constitue l'une des caractéristiques particulières des organisations criminelles et des groupes terroristes. Ces derniers interviennent et se perpétuent en suscitant la crainte générale et déploient beaucoup d'efforts pour éviter la détection et les poursuites. Afin que l'appareil de justice pénale puisse apporter une réponse efficace et équitable aux actions terroristes et aux actes criminels graves, les autorités doivent prendre les moyens de régler le problème des témoins vulnérables en les protégeant contre l'intimidation.

La protection des témoins revêt une importance particulière, dans la lutte contre le crime organisé et le terrorisme, car la clandestinité de ces groupes complique considérablement l'utilisation des méthodes

d'enquête habituelles². Par opposition aux autres formes de grande criminalité, les victimes du terrorisme disposent souvent de très peu d'indices, à supposer qu'elles en aient. En outre, les autres formes de preuves substantielles ou matérielles demeurent souvent extrêmement réduites. Dans un tel contexte, les dépositions de certains témoins, en raison de leur proximité physique lors de la planification d'un crime ou de sa perpétration, peuvent notoirement aider les autorités lors de l'enquête ou de la poursuite³. La protection de telles personnes revêt alors une grande importance, même si elle pose un certain nombre de problèmes juridiques, éthiques ou pratiques. On ne s'étonnera donc pas que nombre de programmes de protection des témoins en Europe et en Amérique du Nord aient été initialement instaurés pour répondre aux menaces particulières des groupes terroristes ou des associations de malfaiteurs.

1.1 Définitions

Avant même d'aborder l'analyse de ces questions, il faut de prime abord définir quelques notions, car même si la terminologie varie souvent d'un pays à l'autre, l'essence des concepts reste identique.

En commençant par les concepts de témoins, témoins vulnérables et témoins protégés, nous remarquons que le terme « témoin » en soi recouvre différentes catégories d'acteurs. Il peut s'agir d'une « victime » en mesure de témoigner et de fournir des preuves, d'un « indicateur » qui apporte certaines preuves aux autorités, un « tiers assistant à un crime » qui n'est en rien impliqué dans cette infraction, d'un « agent d'infiltration » qu'il soit, ou non, policier, d'un « délateur » ayant accès à

² S. Adamoli, A. Di Nicola, E. Savona et P. Zoffi, *Organized Crime Around the World*, Institut européen pour la prévention du crime et la lutte contre la délinquance, Finlande, 1998, p. 174. Conseil de l'Europe, *Rapport sur la protection des témoins (Étude de bonne pratique)*, Comité européen pour les problèmes criminels, Comité d'experts sur les aspects de droit pénal et les aspects criminologiques de la criminalité organisée, Strasbourg, 24 mars 1999. Conseil de l'Europe, Comité européen sur les problèmes criminels (CDPC), *Recommandation Rec (2005) sur la protection des témoins et des collaborateurs de justice — Exposé des motifs*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005. Conseil de l'Europe, *Protecting Witnesses of Serious Crime – Training Manual for Law Enforcement and Judiciary*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006. P. Finn et K. M. Healey, *Preventing Gang- and Drug-Related Witness Intimidation*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, National Institute of Justice, Washington, 1996, p. 4. N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2001, p. 18. P. K. Manning, L.J. Redinger et J. Williams, « Recruter, cibler et gérer les informateurs. Lutte antidrogue et crime organisé sur le continent américain », in J.P. Brodeur et F. Jobard (éditeurs), *Citoyens et délateurs – La délation peut-elle être civique?* Paris, Éditions Autrement, 2005, p. XX.

³ Conseil de l'Europe, *Organised Crime – Best Practices Survey of the Council of Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2004, p. 20.

une organisation terroriste ou criminelle, ou du « complice » d'un crime ou un « témoin repent » désireux de fournir des preuves moyennant certaines contreparties.

Le Conseil de l'Europe, qui s'est longuement penché sur les questions de protection des témoins dans les dernières années, définit le terme de « témoin » comme [TRADUCTION] « toute personne qui, indépendamment de sa situation au regard des textes régissant la procédure pénale nationale, dispose d'information à propos d'une affaire pénale ». « Cette définition s'applique également aux experts et aux interprètes »^{4,5}. Le « témoin vulnérable » ou « témoin exposé » est un témoin risquant de s'exposer à un danger s'il collabore avec les autorités, ou un témoin qui a des raisons de craindre pour sa sécurité ou sa vie ou qui a déjà fait l'objet de menaces et d'intimidation⁶. Par « témoin protégé », on entend tout témoin se voyant offrir une quelconque forme de protection contre l'intimidation ou les représailles. Néanmoins, dans la pratique, ce terme est généralement réservé aux témoins bénéficiant d'une protection dans le cadre d'un programme formel de protection des témoins. Au Canada, la Loi sur la protection des témoins désigne ces derniers comme étant des « bénéficiaires »⁷, un terme que les autres juridictions n'adoptent généralement pas. Aux fins de ce programme, le terme « témoin » désignera également toute autre personne qui, en raison de ses liens avec le témoin, requiert aussi une protection. La plupart des programmes et des lois sur la protection des témoins reconnaissent le fait qu'un témoin peut faire l'objet d'intimidation indirecte par le biais de sa famille et de ses parents ou amis. L'expression « proches des témoins et collaborateurs de la justice » se retrouve fréquemment dans la législation. Elle concerne habituellement les personnes ayant une relation étroite avec les témoins et qui, par le fait même, deviennent vulnérables et requièrent une protection en raison de cette association.

4 *Conseil de l'Europe, Combating Organised Crime*, p. 16.

5 Un « témoin » selon le texte de Loi sur le programme de protection des témoins (L.C. 1996, c. 15, s.2) se définit comme « quelqu'un qui fournit ou accepte de fournir des éléments de preuve, ou qui participe ou accepte de participer, dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite relative à une infraction.

6 ISISC-OPCO-EUROPOL, *Harmonisation de la législation en matière de protection des témoins – Proposition finale du groupe de travail ISISC-OPCO-Europol sur les exigences minimales en matière de législation potentielle à l'échelle de l'Union européenne*, Exposé des motifs, Syracuse, Italie, Institut supérieur international de sciences criminelles. Conseil de l'Europe, *Lutte contre la criminalité organisée*, p. XX.

7 L.C. 1996, c. 15, s.2, *Loi sur la protection des témoins*.

Tel que susmentionné, dans les affaires impliquant des groupes terroristes ou la criminalité organisée, les principaux témoins sont souvent ceux qui ont l'occasion d'approcher de près de telles organisations, soit qu'ils en fassent partie soit qu'ils soient parvenus à les infiltrer. Ils comprennent les individus désignés sous les diverses appellations : pentitis, témoins repentis⁸, témoins de la Couronne, ou délateurs⁹. L'expression collaborateur de la justice s'emploie de plus en plus fréquemment pour désigner toutes ces catégories. Elle se rapporte à toute personne, quel que soit son statut juridique, qui est ou a été associée à une organisation criminelle et accepte de collaborer avec les autorités compétentes en fournissant des renseignements et des éléments de preuves lors des poursuites pénales concernant cette organisation ou ses activités¹⁰. Les délateurs peuvent devenir des témoins ou des témoins protégés, mais, dans la pratique, leur rôle se limite souvent à fournir des renseignements plutôt que des éléments de preuve, ce qui leur permet parfois de continuer à agir en tant que source secrète d'information.

Dans bien des cas, les collaborateurs de la justice ont été complices de l'acte criminel faisant l'objet de l'enquête ou d'autres activités connexes. Certains d'entre eux sont des agents d'infiltration, appartenant ou non au corps policier. Comme nous le verrons plus loin, il semblerait que l'utilisation de tels délateurs soit aussi nécessaire que problématique lors de la tenue d'enquêtes sur les activités terroristes ou celles du crime organisé.

L'intimidation prend, bien évidemment, diverses formes même si l'objectif fondamental reste le même : interférer indûment avec la volonté d'une personne de témoigner en toute liberté, ou réagir ou user de représailles envers quelqu'un qui a témoigné. Le Conseil de l'Europe a défini l'intimidation comme « toute menace directe ou indirecte exercée

⁸ Un rapport du ministère de la Justice du Québec définit le terme « repentis » de la même manière que le Conseil de l'Europe a utilisé le terme « pentiti » : « une personne qui a commis, a participé à la commission d'une infraction, ou a fait partie d'une organisation s'adonnant à des activités illégales et qui, moyennant certains avantages, accepte de témoigner pour la poursuite, relativement à l'infraction commise ou contre l'organisation criminelle à laquelle elle appartient ou à laquelle elle a appartenu », Québec, ministère de la Justice du Québec et ministère de la Sécurité publique (2000), *Rapport sur l'utilisation des témoins repentis*, 1998, Québec, juin 2000, p. 1.

⁹ En français, le mot « délateur » est souvent utilisé pour traduire le terme « informant ». Néanmoins, sa signification est peut-être plus restrictive, car elle se réfère plus spécifiquement aux collaborateurs de la justice qui agissent selon leurs intérêts personnels : « une pratique dictée par l'intérêt », Brodeur et Jobard, 2005, p. 8.

¹⁰ ISISC-OPCO-EUROPOL. *Harmonisation of Witness Protection Legislation*.

ou susceptible d'être exercée sur un témoin ou sur un collaborateur de justice, qui peut conduire à une ingérence dans sa volonté de témoigner en étant libre de toute pression indue, ou qui constitue une conséquence de son témoignage ». Cela inclut l'intimidation résultant de l'existence même d'une organisation criminelle jouissant d'une réputation notoire dans l'exercice de la violence et des représailles, ou du fait que l'appartenance du témoin à un groupe social fermé le situe dans une position de faiblesse »¹¹.

L'intimidation prend une multitude de formes : violence physique, menaces explicites de violence contre les témoins ou leurs proches, menaces directes ou indirectes et implicites, dommages matériels et intimidation lors d'une audience. L'intimidation s'exerce sous forme d'une série de menaces ou d'actes allant en s'aggravant. Elle inclut également des représailles après un fait, en guise de signal adressé à autrui ou manœuvre pour décourager toute collaboration avec les autorités.

1.2 Recherche sur les témoins du terrorisme ou du crime organisé

La prévention et la surveillance des activités des organisations terroristes s'appuient en grande partie sur la protection des témoins et collaborateurs de la justice, susceptibles d'apporter des éléments de preuve et renseignements dans les poursuites liées au terrorisme. Néanmoins, les interventions systématiques pour protéger les délateurs et les témoins s'avèrent relativement récentes. Antérieurement, nombre de pays recourraient à des moyens beaucoup moins officiels, bien souvent à l'exercice discrétionnaire des pouvoirs de police et des poursuivants. Les inquiétudes croissantes concernant les carences et les limites des mesures de protection employées dans plusieurs pays, le coût des programmes existants, de même que les questions d'ordre moral et juridique associées à leurs aspects les plus polémiques ont porté ces questions sur le devant de la scène.

Au cours de la dernière décennie, les Nations Unies, le Conseil de l'Europe et d'autres organismes multilatéraux ont consacré une attention croissante à la nature transnationale des activités terroristes et criminelles. Les États ont pris conscience de la nécessité d'entreprendre conjointement un certain nombre d'exercices en vue d'harmoniser leurs législations et

¹¹ Conseil de l'Europe, *Lutte contre la criminalité organisée*, p. XX.

leurs pratiques dans le domaine de la justice pénale et de renforcer leur collaboration dans la lutte contre le terrorisme et le crime organisé. La ratification de plusieurs traités bilatéraux et conventions a concrétisé ce nouvel engagement. Les initiatives de collaboration internationale en ce qui a trait à l'identification et au recours aux délateurs et aux témoins, l'échange de renseignements et d'éléments de preuve ainsi que la protection des témoins illustrent quelques-unes des nombreuses facettes d'une telle évolution.

La recherche empirique portant sur l'intimidation des témoins et leur protection reste encore embryonnaire et la majorité des travaux existants se limite aux témoins de crimes graves. Dans les dernières années, on a entrepris plusieurs analyses comparatives des programmes et mesures existants pour étayer la formulation de politiques¹². La plupart de ces études se bornent à comparer les programmes et législations en vigueur et à en faire ressortir les différences. Elles déplorent généralement le manque de preuves empiriques pour évaluer l'efficacité de telles mesures.

L'analyse des possibles spécificités des actes terroristes en ce qui a trait à la protection des témoins fait apparaître certaines caractéristiques particulières qui justifient apparemment un traitement différencié des témoins des crimes terroristes et de ceux des autres crimes graves, particulièrement ceux perpétrés par des bandes et des organisations criminelles¹³. En outre, la poursuite efficace des activités terroristes englobe fréquemment celle d'individus ayant commis de graves infractions (enlèvements, possession d'explosifs, voies de fait, meurtre, blanchiment d'argent, etc.) sans référence explicite à leur objectif ultime, l'action terroriste.

¹² Voir à titre d'exemple : Conseil de l'Europe, *Terrorisme : Protection de témoins et collaborateurs de la justice*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe 2006. Law Commission of India, *Consultation Paper on Witness Protection*, New Delhi, août 2004. N.Fyfe et J. Sheptycki., *Facilitating Witness Cooperation in Organised Crime Cases: An International Review*, Rapport en ligne 27/05, Londres, Home Office, 2005. N. Fyfe et J. Sheptycki, « International Trends in the Facilitation of Witness Cooperation in Organized Crime Cases », *European Journal of Criminology*, 2006, vol. 3 (3), p. 319-355.

¹³ Le Comité européen pour les problèmes criminels parvient à la même conclusion. Conseil de l'Europe, 2005, Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), *Recommandation Rec(2005) - Protection de témoins et collaborateurs de justice*, p. XX.

Compte tenu des conséquences extrêmement graves des activités terroristes, en toute logique, la société devrait accorder une grande importance à la protection des témoins et autres personnes susceptibles de prévenir tout acte de cette nature. On remarquera, néanmoins, que nombre de stratégies destinées à combattre le crime organisé s'appliquent également à la lutte contre le terrorisme. Une telle logique tombe sous le sens, car : 1) les groupes terroristes affichent des intentions et poursuivent des finalités criminelles; 2) les actes terroristes constituent des crimes; 3) les groupes terroristes se livrent fréquemment à des activités criminelles ne relevant pas du terrorisme, mais cependant nécessaires au succès de leurs opérations; 4) les méthodes qu'ils adoptent pour intimider les témoins et autres personnes ne se distinguent pratiquement pas de celles des autres bandes criminelles.

Les groupes terroristes et les organisations criminelles ne se limitent pas seulement à un seul acte criminel. Ils sont habituellement impliqués en permanence dans de nombreuses activités criminelles. En matière de prévention des activités terroristes, se limiter à la nature réactive de l'appareil de justice pénale, c'est non seulement agir à courte vue, mais s'exposer au danger. En fin de compte, le système judiciaire devrait concentrer ses efforts non seulement sur la réaction aux crimes commis, par l'intermédiaire des enquêtes et des poursuites, mais également sur la prévention d'attaques futures¹⁴. C'est selon une telle approche — proactive et fondée sur le renseignement pour contrer le terrorisme — qu'il faut envisager la protection des témoins.

Depuis 2001, date des attaques terroristes survenues États-Unis et des résolutions subséquentes du Conseil de sécurité des Nations Unies, on a adopté à la hâte plusieurs lois antiterroristes partout dans le monde. Dans l'atmosphère de panique prévalant alors et sous la pression internationale, plusieurs applications de ces lois se sont effectuées au détriment des droits de la personne, de la primauté du droit et de la démocratie. De telles pratiques ont fait ressortir la nécessité de s'assurer, lors de l'adoption de mesures visant la prévention et la surveillance des actes de terrorisme, que les pouvoirs publics respectent la règle de

14

Pour une analyse des limites de l'approche dissuasive et de la nécessité de se concentrer sur les mesures préventives, consulter : J.-P. Laborde et M. DeFeo, « Problems and Prospects of Implementing UN Action against Terrorism », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 1087-1103. Voir également : ONUDC, *La prévention des actes terroristes : Une stratégie de justice pénale intégrant les normes de l'État de droit à la mise en oeuvre des instruments des Nations Unies contre le terrorisme*. Service de la prévention du terrorisme, Nations Unies, Office contre la drogue et le crime, New York, 2006.

droit, les principes fondamentaux et les normes et obligations du droit international et pénal qui fixent les limites aux interventions légitimes et permises à l'encontre des groupes terroristes.

Le terrorisme et l'extrémisme de toute nature menacent à la fois l'État de droit et les libertés fondamentales des citoyens et des sociétés dans leur ensemble. Mais, dans le même temps, la façon selon laquelle les activités contre-terroristes sont menées risque d'avoir de graves conséquences sur la primauté du droit¹⁵. L'autorité morale dont jouissent à l'heure actuelle les intervenants publics peut se voir sapée par l'emploi de méthodes arbitraires, sans fondement, discriminatoires ou illégales (ou perçues comme telles par la majorité). En 2005, le Conseil de l'Europe a adopté un ensemble de Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme. Elles réaffirmaient que : « Les mesures prises par les États pour lutter contre le terrorisme doivent respecter les droits de l'homme et le principe de la prééminence du droit, en excluant tout arbitraire ainsi que tout traitement discriminatoire ou raciste, et faire l'objet d'un contrôle approprié. »¹⁶. Il convient de garder cette formulation à l'esprit, puisqu'elle s'applique directement à nos politiques et pratiques concernant le recours aux informateurs et la protection des témoins et collaborateurs de la justice dans le cadre de la lutte antiterroriste.

1.3 Droits des témoins

Les responsabilités plutôt que les droits définissent la situation des témoins dans la plupart des appareils de justice pénale du monde entier¹⁷. Et en ce qui concerne les collaborateurs de la justice et les informateurs, leurs droits se limitent le plus souvent à ce qu'ils sont en mesure de négocier avec les autorités, de toute évidence dans une position de faiblesse. Un manuel de formation publié récemment par le Conseil de l'Europe vient rappeler aux lecteurs que le droit pénal doit prendre en compte les besoins des personnes qui, de par leur devoir civique, doivent apporter un témoignage.

15 Voir également : Yves Dandurand, « The Role of the Prosecutors in Promoting and Strengthening the Rule of Law - Working Paper III », dans *Report of the Second Summit of Attorneys General, Prosecutors General and Chief Prosecutors*, Doha, Qatar, 14 au 16 novembre 2005.

16 Conseil de l'Europe, *Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme*, Strasbourg, mars, 2005.

17 S. Moody, « Vulnerable Witnesses Rights and Responsibilities », Rapport présenté à la 18e Conférence internationale de l'International Society for the Reform of Criminal Law, Édinbourg, juin 2005.

[TRADUCTION] « En imposant l'obligation aux témoins de faire une déposition, les autorités doivent assumer la responsabilité de l'exécution d'une telle obligation, sans que ces derniers fassent l'objet de menaces à l'encontre de leur personne, leur famille ou leurs biens. Par conséquent, la responsabilité de l'État doit être interprétée comme le droit du témoin à remplir son obligation de témoigner, sans influence indue sur sa déclaration et sans atteinte ou risque pour sa personne »¹⁸.

On peut faire valoir l'existence d'un déséquilibre fondamental entre les « droits » des témoins dont la déposition est exigée et les « droits » de l'État qui leur envoie des assignations et des citations leur enjoignant de témoigner sous serment et de dire la vérité. Un tel déséquilibre est particulièrement préoccupant lorsqu'on s'aperçoit que la plupart des décisions concernant les témoins, les renseignements ou les éléments de preuve qu'ils apportent ou leur obligation de témoigner demeurent à la discrétion de la police et de la poursuite, sans être mis à la disposition du public. En conséquence, les lignes de conduite concernant ces pratiques revêtent une grande importance et un suivi minutieux d'un élément, parfois occulté, de la justice pénale s'avère nécessaire. En substance, nonobstant les considérations sur la légitimité légale, la sécurité publique, la sécurité, la confidentialité et le respect de la vie privée qu'il convient également de prendre en compte, il importe d'obtenir plus de transparence en ce qui concerne les décisions prises à l'égard de la protection des témoins, le refus d'une telle protection dans certains cas, de même que le recours général aux informateurs et collaborateurs de la justice. Il convient également de s'assurer que les témoins aient accès à une consultation et une représentation juridiques concernant les décisions et les processus qui y ont conduit.

2. Intimidation des témoins et entrave à la justice

L'entrave à la justice comprend de nombreux types d'infractions, entre autres, l'intimidation et la coercition des témoins¹⁹, la coercition du jury

¹⁸ Conseil de l'Europe, *Protecting Witnesses of Serious Crime*, p. 16.

¹⁹ S. Roadcap, « Obstruction of Justice », *American Criminal Law Review*, 2004, vol. 41 (2), p. 911-945.

et l'intimidation des représentants de la justice²⁰. Il n'existe que très peu de recherches systématiques sur la coercition des témoins ou des jurés, en partie parce qu'il s'avère fort difficile de savoir quand, et comment, elle s'exerce. Une connaissance des détails et de la fréquence de tels incidents permettrait certainement d'envisager le type de mesures à adopter pour protéger les témoins et les jurés (afin de mettre sur pied des programmes de protection des témoins efficaces et économiques).

On manque de données empiriques sur la nature, l'ampleur et les conséquences de l'intimidation des témoins. Pour évaluer l'ampleur de l'intimidation visant à éviter la dénonciation d'un acte délictueux aux autorités ou la collaboration d'un témoin avec la police, on se heurte à de nombreuses difficultés²¹. Comme la finalité ultime consiste à empêcher certaines personnes de se présenter devant les autorités, il ne faut pas se surprendre du peu de preuves empiriques existant sur la nature et l'ampleur de l'intimidation des témoins, au Canada et partout ailleurs.

Les données officielles concernent les individus inculpés ou condamnés pour diverses infractions reliées à l'intimidation des témoins ou les attaques à leurs personnes, mais l'utilité de telles données reste très limitée. Les témoins qui se laissent intimider n'en informent pas la police et, au cas où ils auraient collaboré avec les autorités, ils mettent fin à cette collaboration en dissimulant généralement les pressions dont ils ont fait l'objet. Même si l'on suspecte une intimidation des témoins, il est très souvent difficile d'en apporter la preuve²². De plus, la pratique habituelle fait que les statistiques criminelles compilées par la police se limitent uniquement aux infractions graves, dans lesquelles il est possible de rapporter un « incident ». Par conséquent, les épisodes concernant l'intimidation des témoins ne sont pas comptabilisés en tant que tels lorsqu'ils accompagnent ou constituent des délits graves (voies de fait graves, utilisation d'explosifs, ou meurtres).

Néanmoins, d'après les déclarations de la police et des procureurs, les menaces contre témoins semblent monnaie courante dans la criminalité organisée avec souvent de lourdes conséquences sur la poursuite des délits²³. De fait, comme Dedel l'a signalé récemment, un certain nombre

²⁰ J. Laborde, *État de droit et crime organisé*, Paris, Dalloz, 2005, p. 33.

²¹ N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 30. W. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*, Crime Detection and Prevention Series, Paper no 55, Home Office, Police Research Group, Londres, 1994, p. 4.

²² Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. XX

d'études et d'enquêtes à petite échelle laissent penser que l'intimidation des témoins est à la fois très répandue et en augmentation²⁴. De toute évidence, nombre d'experts sont persuadés de l'augmentation de la violence et de l'intimidation de la part des groupes criminels organisés²⁵. Le British Crime Survey de 1998 en Grande-Bretagne indique que quinze pour cent des répondants, victimes de persécutions où ils connaissaient plus ou moins le délinquant, ont signalé qu'ils avaient ensuite fait l'objet d'intimidation. Dans la majorité de ces cas (85 %), les menaces provenaient du même délinquant²⁶. Une étude sur les conséquences de l'intimidation sur la dénonciation des crimes en Grande-Bretagne indique que l'intimidation ou la crainte de représailles dissuade plus les témoins que les victimes de porter plainte, attendu qu'une intimidation est rapportée plus souvent par les victimes que par les témoins des crimes²⁷.

2.1 Formes d'intimidation

L'intimidation peut être manifeste ou implicite (dans ce dernier cas, la menace est réelle, mais non formulée)²⁸ et, même s'ils ne courent pas vraiment de danger, les témoins ressentent également de la crainte et ont l'impression d'être intimidés. Tout comme il est avéré qu'il n'existe pas de corrélation parfaite entre la peur d'une attaque et les risques d'une atteinte à la personne, il n'y a pas non plus de corrélation parfaite entre la crainte ressentie par les témoins et le risque réel de devenir une victime en raison d'une collaboration avec les autorités.

Les délinquants ayant commis des infractions parviennent à amplifier le risque qu'entraîne une collaboration avec la machine judiciaire ainsi que leur facilité à intimider ou supprimer les témoins et les informateurs, de même que la relative inaptitude de l'appareil judiciaire à offrir une protection complète à ces témoins²⁹.

24 K. Dedel, *Witness Protection*, Problem-Oriented Guides for Police Series, no 42, Washington (D.C.), United States Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services, juillet 2006, p. 5.

25 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. XX.

26 R. Tarling, L. Dowds et T. Budd. *Victim and Witness Intimidation: Findings from the British Crime Survey*, Londres, Home Office, Research, Development and Statistics Directorate, 2000.

27 E. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*, p. 12

28 P. Finn, et K. M. Healey, *Preventing Gang- and Drug- Related Witness Intimidation*, p. 1.

29 Anne-Marie Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice: éléments de mise à jour de la politique québécoise* – Rapport final présenté au ministre de la Sécurité publique, Québec, juin 2005, p. 8.

Nombre de chercheurs établissent maintenant la distinction entre l'intimidation « propre à un cas » et l'intimidation « à l'échelle de la collectivité »³⁰, bien qu'il soit évident qu'une forme d'intimidation propre à un cas puisse également renforcer l'intimidation collective. L'intimidation à l'échelle de la collectivité comprend des [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 particulière »³¹. Dans certaines collectivités, ce phénomène risque de devenir particulièrement important lorsque les partisans des terroristes essaient de compromettre les témoins potentiels en les exposant à d'éventuelles poursuites pour association avec des militants terroristes. Autre facteur pouvant également intervenir : la crainte d'une discrimination à l'encontre du groupe ethnique auquel on appartient, en raison de ses prétendues sympathies pour une cause. Néanmoins, la crainte ne constitue pas le seul facteur contribuant aux réticences des témoins à poser un geste; un tissu social très serré et une méfiance profondément enracinée à l'égard des autorités policières constitueraient également des éléments dissuasifs importants d'une éventuelle collaboration³². L'intimidation à l'échelle d'une collectivité est spécialement 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 témoigner³³.

Pour compliquer davantage la situation, l'intimidation des témoins s'effectue indirectement selon au moins deux modalités : elle peut provenir d'un tiers – quelqu'un qui n'est pas directement impliqué dans le crime faisant l'objet d'une enquête ou d'une poursuite – ou elle peut se centrer sur un proche du témoin au lieu du témoin lui-même (p. ex. : son conjoint ou sa conjointe ou un autre membre de sa famille). Dans les faits, il suffit souvent que l'intimidateur démontre sa connaissance de la famille du témoin et de ses allées et venues ou habitudes de vie pour augmenter la pression sur ce dernier³⁴. Dans le cas d'infractions graves, les témoins ressentent d'ordinaire une énorme crainte provenant de leur

30 P. ex., K.M. Healey, *Victim and Witness Intimidation: New developments and Emerging Responses*, Washington (D.C.), U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, octobre 1995. N. Fyfe et H. McKay, « Desperately Seeking Safety: Witnesses' Experiences of Intimidation, Protection and Relocation », *British Journal of Criminology*, 2000, vol. 40, p. 675-691. N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*.

31 K. Dedel, *Witness Protection*, p. 4.

32 K. M. Healey, *Victim and Witness Intimidation*, p. 1.

33 P. Finn et K.M.Healey, *Preventing Gang- and Drug- Related Witness Intimidation*, p. 2.

34 N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 84.

connaissance de l'accusé et de ses associés³⁵. Qui plus est, il s'avère facile d'intensifier un tel sentiment par des menaces subtiles ou voilées.

Les experts établissent une distinction entre l'intimidation de « faible intensité » et l'expérience très grave vécue, souvent au péril de leur existence, par d'autres témoins et leur famille, fréquemment par rapport aux groupes terroristes ou à la criminalité organisée. Le nombre de témoins qui se classent dans cette dernière catégorie reste relativement restreint par rapport au nombre de témoins confrontés à une intimidation de faible intensité, mais ce premier groupe tend à recevoir beaucoup plus d'attention de la part des représentants de l'ordre et de la justice. Ces deux formes d'intimidation se retrouvent dans la manière dont les organisations terroristes ou criminelles font régner une hantise des représailles et de la rétorsion dans des groupes ou des collectivités dans leur entièreté.

L'intimidation de faible intensité à l'échelle de la collectivité s'exerce fréquemment sur des groupes victimes de ségrégation, privés de leurs droits et vulnérables, ou tombés sous le joug des organisations criminelles ou des groupes radicaux. L'intimidation très répandue des informateurs et témoins potentiels à l'intérieur d'une collectivité tout entière survient lorsque celle-ci est infiltrée et finalement contrôlée par des éléments radicaux ou des bandes criminelles. Il faut savoir que ce type d'intimidation est particulièrement difficile à détecter et encore plus à combattre. À titre d'exemple, Bolan a décrit comment l'intimidation de la communauté indo-canadienne a contribué à saper les travaux des enquêteurs et des poursuivants dans l'affaire Air India : [TRADUCTION] « Durant quinze années, l'intimidation a constitué une tactique fructueuse pour réduire les témoins potentiels au silence »³⁶. Le Rapport de l'honorable Bob Rae sur les questions en suspens relatives à l'explosion survenue à bord du vol 182 d'Air India mentionne [TRADUCTION] « les indices d'une culture de la peur dans certaines communautés pour dissuader les gens de rapporter la vérité sur ce qui s'était passé »³⁷. Dans ce cas précis, diverses formes d'intimidation de faible intensité et d'ostracisme se sont vu renforcées par de violentes représailles allant jusqu'au meurtre.

³⁵ N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 45.

³⁶ K. Bolan, *Loss of Faith – How the Air-India Bombers Got Away with Murder*, Toronto, McClelland & Stewart Ltd., 2005, p.239.

³⁷ Bob Rae, *Leçons à retenir*, Rapport de l'honorable Bob Rae, conseiller indépendant du ministre de la Sécurité publique et Protection civile, 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. X.

De manière générale, les menaces sont beaucoup plus répandues que la violence physique³⁸. La plupart du temps, l'intimidation n'implique ni violence ni péril vital, mais le simple fait de redouter des représailles est pénible et perturbateur pour les témoins et les témoins potentiels³⁹. Il arrive fréquemment que des témoins oculaires, innocents et ayant des renseignements ou des preuves incriminants, se retrouvent confrontés à l'intimidation ou aux représailles. L'intimidation de faible intensité suffit bien souvent à les dissuader de collaborer avec la répression de la criminalité. De fait, certaines recherches sur l'intimidation vécue par les témoins laissent pressentir une fréquence de l'intimidation de faible intensité, supérieure à qu'on croit généralement⁴⁰. Malheureusement, il n'existe aucun recueil de données fiables au Canada sur ces deux formes d'intimidation.

Durant leur évaluation du programme de protection des témoins instauré par la police de Strathclyde, Fyfe et McKay se sont entretenus avec quatorze témoins protégés. Ces derniers ont décrit comment, avant de recevoir la protection de la police, leur maison avait été incendiée par des cocktails Molotov, on leur avait braqué un pistolet sur la tempe, une voiture les avait renversés ou ils avaient reçu des menaces d'enlèvement ou d'attaque physique concernant leurs enfants⁴¹. Même si de tels incidents constituaient des tentatives isolées d'intimidation, ils s'intégraient fréquemment dans une escalade de violence et de dangerosité au fil du temps. Dans la majorité des incidents, fort heureusement, les menaces ne furent pas mises à exécution⁴².

Pour ce qui est des lieux où se manifeste l'intimidation, il appert qu'elle ne se limite pas aux bâtiments ou aux salles des tribunaux. En ce concerne le moment où celle-ci survient, il est clair que les victimes sont vulnérables à toutes les étapes du processus judiciaire, à partir du moment où elles assistent à un crime ou le rapportent à la police jusqu'au moment où elles témoignent devant un tribunal⁴³. Certaines études indiquent que

38 K. Dedel, *Witness Protection*, p. 3.

39 K. Dedel, *Witness Protection*, p. 6.

40 D. Bruce, « Danger, Threats or Just Fear: Witness intimidation in three Gauteng courts », *South African Crime Quarterly*, 13, 2005, 23-28.

41 N. Fyfe et H. McKay, « Police Protection of Intimidated Witnesses: A Study of the Strathclyde Police Witness Protection Programme », *Policing and Society*, 2000, no 10, p. 277-299.

42 N. Fyfe et H. McKay, « Police Protection of Intimidated Witnesses », p. 292. Fyfe, N., *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 35.

43 N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 45.

l'intimidation se produit immédiatement après le premier contact entre la police et la victime ou le témoin⁴⁴. Dans les faits, même après leur déposition, les témoins restent exposés aux représailles durant une longue période, car ces représailles constituent souvent un message aux autres témoins ou aux membres d'une collectivité se proposant de collaborer avec les autorités. Certaines théories relatives à l'application de la loi qui circulent localement indiquent que la phase où les témoins seraient les plus vulnérables correspondrait au moment de la divulgation ou lorsqu'ils s'apprêtent à témoigner. À dire vrai, nous manquons beaucoup trop de connaissances sur les formes d'intimidation, particulièrement celles qui concernent les groupes criminels ou terroristes, pour pouvoir en traiter avec certitude.

L'intimidation risque d'avoir de graves conséquences sur les témoins eux-mêmes. Pour ceux qui sont également victimes des crimes faisant l'objet d'une enquête ou d'une poursuite, l'intimidation est vécue comme une seconde phase d'attaque, de détresse et de peur. À partir d'entrevues en profondeur avec des témoins, Fyfe et McKay ont également observé à quel point l'expérience de l'intimidation de même que le relogement, lorsqu'il devient nécessaire de protéger un témoin, peuvent s'avérer difficiles et retentir grandement sur la santé mentale et physique des témoins⁴⁵

2.2 Mise en évidence de l'intimidation des témoins

L'identification des témoins vulnérables risque de poser problème. Même si la police joue un rôle fondamental dans la détection précoce de ces témoins, leur nombre est sans doute sous-estimé en raison du manque d'attention accordé aux incidents permettant de les repérer⁴⁶. De toute évidence, il ne faut pas partir de l'hypothèse que les témoins qui font l'objet d'intimidation se présentent à la police ou aux procureurs pour demander leur protection. Ils sont dissuadés, entre autres, de révéler aux autorités les menaces ou les violences dont ils font l'objet, d'où l'importance particulière de constater l'intimidation de ces témoins, et ce, dès que possible, à la fois pour protéger la victime et pour assurer l'intégrité et la

⁴⁴ N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 35. W. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*.

⁴⁵ N. Fyfe et H. McKay, « Police Protection of Intimidated Witnesses ».

⁴⁶ M. Burton, R. Evans et A. Sanders, « Implementing Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: The Problem of Identification », *The Criminal Law Review*, mars 2006, p. 229-240, p. 232.

viabilité de l'enquête ou de la poursuite. Tous les organismes se trouvant à traiter avec les témoins ou les témoins potentiels (ou leurs familles et amis) doivent savoir ce qu'il convient de faire dans de telles circonstances pour être prêts à intervenir, car ils assument une responsabilité partagée à cet égard⁴⁷. Nous reviendrons plus avant sur l'importance d'établir un processus d'évaluation des risques fiable comme élément essentiel d'un système de protection efficace des témoins.

2.3 Prévention de l'intimidation

L'intimidation reste difficile à prévenir, particulièrement lorsque le suspect, connaissant l'identité de la victime ou d'un témoin, n'a pas été encore appréhendé⁴⁸. Certaines recherches indiquent que l'intimidation commence dès l'existence d'un contact entre la police et la victime ou le témoin⁴⁹. Si la police joue un rôle évident dans la prévention de l'intimidation et des attaques contre les témoins, d'autres interviennent également dans la réduction des incidents découlant de l'intimidation : les tribunaux, les services judiciaires, les services d'assistance aux victimes et témoins, les autorités pénitentiaires. Il faut renforcer la collaboration entre ces organismes et la police afin d'établir les bonnes pratiques, les faire connaître et les adopter. À partir de l'exemple du service de soutien aux témoins de Salford qui se fonde sur une solide collaboration entre services, Fyfe fait valoir l'intérêt pour les autorités policières et leurs partenaires de diffuser un message clair, à la fois à l'intention des témoins et des intimidateurs potentiels, indiquant l'adoption de mesures qui permettent aux témoins de parler, en sachant qu'ils recevront aide et soutien s'ils redoutent l'intimidation ou y sont exposés⁵⁰.

Les mesures de protection actuelles tendent à se centrer exclusivement sur les témoins de première importance risquant de faire l'objet d'attaques. Cependant, certains témoins ou témoins potentiels peuvent disposer de petits éléments de preuve, importants pour l'enquête ou la poursuite. Si l'on néglige l'intimidation s'exerçant à l'encontre de ces autres témoins

47 E. Whitehead, *Witness Satisfaction: Findings from the Witness Satisfaction Survey 2000*, Home Office Research Study 230, Londres, Home Office Research, octobre 2001, p. ix.

48 W. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*.

49 W. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*.

50 N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 48.

susceptibles d'aider la police ou les procureurs d'une manière limitée, mais significative, on risque de compromettre le succès de l'enquête ou de la poursuite. Comme une poursuite bien menée dépend souvent d'une enquête solidement étayée, pièce par pièce, sur divers éléments de preuve. Comme il n'est pas toujours possible de discerner dès le début entre les preuves majeures et celles qui se révéleront négligeables, il importe non seulement de comprendre les intimidations de faible intensité subies par les témoins et les empêchant d'aider la police, mais également de recourir aux procédures et pratiques policières pour réduire la fréquence de l'intimidation⁵¹.

La complexité même de l'intimidation à l'encontre des témoins oblige à une série de mesures pour tenter de venir à bout du problème⁵². Le risque d'intimidation peut être réduit en minimisant la possibilité d'identifier les témoins lorsqu'ils dénoncent un crime ou font une déposition et en protégeant leur anonymat et leur vie privée. Il existe souvent des programmes et mesures de protection à l'intention des témoins exposés à de graves menaces et à des dangers réels, mais l'on accorde beaucoup moins d'attention aux mesures destinées à pallier les formes d'intimidation de faible intensité ou à l'échelle de la collectivité⁵³. On devrait disposer également d'un second niveau de mesures de protection. Celui-ci peut inclure des modalités pratiques suivantes : offrir aux témoins l'utilisation d'alarmes, de dispositifs d'appel et autres appareils de prévention de la criminalité, leur assurer un accès rapide à l'aide policière et aux autres services, réaliser une évaluation de sécurité au domicile d'un particulier, donner aux témoins la possibilité de visiter un poste de police au lieu d'être interrogés à domicile ou au travail. Tout autre moyen pour réduire la possibilité de contact entre les témoins et les contrevenants se révèle efficace : accompagner les témoins à l'école ou au travail ou au tribunal, séparer les témoins des contrevenants s'ils se trouvent conjointement dans un poste de police ou au tribunal, leur proposer un transfert à court terme ou d'urgence tel que requis, ou chercher une ordonnance du tribunal en leur faveur interdisant tout contact⁵⁴. Dans la plupart des cas, il faut souvent combiner plusieurs de ces mesures afin d'adopter, si besoin est une série de mesures différentes. La situation du témoin

51 W. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*, p. 3.

52 N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 47.

53 Brouwer, G. E., *Review of the Victoria Police Witness Protection Program*, Report of the Director of the Office of Police Integrity, Victorian Government Printer, Victoria, Australie, P.OP. no 145, juillet 2005, p. 8.

54 Dedel, K., *Witness Protection*.

évoluant, le risque peut changer, il faut donc le réévaluer pour adopter éventuellement une série de mesures différentes.

Nous devrions également ajouter un certain nombre d'approches à la protection des témoins n'exigeant pas une protection policière directe. Celles-ci comprennent : des enquêtes poussées sur les signalements d'intimidation de la part des témoins, le recours à des policiers appartenant aux groupes ethniques qui desservent les communautés culturelles identifiables et le développement et le renforcement des liens à long terme avec les diverses communautés et à l'intérieur de ces communautés et de ces organisations culturelles. Lorsque les individus et les collectivités connaissent, respectent leur police locale et lui font confiance, ils ont tendance à la contacter plus souvent. S'ils savent et sont convaincus que la police adoptera les moyens efficaces pour protéger victimes et témoins, cela les encouragera à faire des dépositions. On ne s'étonnera guère que ce type de collaboration disparaisse lorsque la police est lointaine et extérieure à la communauté et perçue comme n'offrant pas une véritable protection aux victimes et aux témoins.

Pour conclure, une réponse ferme à toute forme d'intimidation des témoins est également requise pour prévenir toute coercition à l'avenir. La fréquence selon laquelle on porte des accusations contre les contrevenants dans les cas d'intimidation ou d'entrave à la justice varie grandement d'une juridiction à l'autre. Néanmoins, il faut poursuivre avec vigueur les contrevenants qui harcèlent, menacent, injurient ou intimident d'une quelconque manière les témoins et témoins potentiels (Dedel, 2006 : 31, Fyfe, 2001). Des sentences sévères infligées pour intimidation de témoins et la révocation d'une mesure de probation ou d'une libération conditionnelle contribuent à mettre fin à l'intimidation. Néanmoins, il est souvent ardu de détecter l'intimidation et, même en sachant qu'elle existe, les procureurs se heurtent souvent des difficultés à signifier une inculpation pour intimidation ou entrave à la justice, en l'absence d'un auteur identifiable ou de preuves suffisantes⁵⁵.

3. Utilisation des délateurs et collaborateurs de la justice

Les autorités policières dépendent de plus en plus des témoignages des codéfendeurs et complices désireux de collaborer afin de fournir des

⁵⁵ *New Directions from the Field: Victims' Rights and Services for the 21st Century*, États-Unis, United States Department of Justice, Office for Victims of Crime, 1998, p.8.

éléments de preuves contre leurs anciens associés⁵⁶. Même si certains font valoir le manque d'éléments d'appréciation pour vérifier l'efficacité d'une telle approche⁵⁷, on décrit souvent le recours aux délateurs ou complices comme essentiel à la détection et la poursuite des terroristes et de la criminalité organisée⁵⁸. C'est la raison pour laquelle plusieurs conventions et accords internationaux prônent activement la mise en place d'une capacité pour utiliser de telles méthodes⁵⁹. Dans les pays régis par le droit civil, les changements dans la procédure du droit pénal se sont avérés particulièrement complexes et par conséquent, leur mise en œuvre s'est effectuée avec précaution. Laborde décrit les changements requis par la lutte contre la criminalité organisée comme « une révision déchirante des principes procéduraux classiques »⁶⁰.

Plusieurs observateurs de cette propension à encourager le recours aux délateurs et aux collaborateurs de la justice ont fait remarquer qu'une telle pratique ne va pas sans soulever quelques problèmes importants, qu'il s'agisse des fondements moraux ou éthiques, des principes du droit pénal, de l'intégrité du corps policier lui-même ou de la fiabilité douteuse des renseignements et éléments de preuve fournis par ces délateurs⁶¹.

En raison de l'importance des « témoignages de complices » dans les poursuites reliées au crime organisé et au terrorisme, les négociations de plaider et les traitements d'indulgence jouent souvent un rôle crucial

⁵⁶ Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 22. , A.J.Schreiber, « Dealing with the Devil: An Examination of the FBI's Troubled Relationship with its Confidential Informants », *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 2001, vol. 34 (4), p. 301-368.

⁵⁷ N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Cases*. N. Fyfe et J. Sheptycki, « International Trends in the Facilitation of Witness Co-operation in Organized Crime Cases ».

⁵⁸ P. ex., J Laborde, *État de droit et crime organisé*, Paris, Dalloz, 2005.

⁵⁹ P. ex., *United Nations Convention Transnational Organized Crime*, 2000. Voir aussi, Conseil de l'Europe, *Recommendations REC(2001)11F du Comité des ministres des États membres concernant les principes directeurs pour la lutte contre le crime organisé*, septembre 2001.

⁶⁰ J. Laborde, *État de droit et crime organisé*.

⁶¹ M.-A. Beernaert, « De l'irrésistible ascension des "repentis" et "collaborateurs de Justice" dans le système pénal », *Déviance et Société*, 2003, no 27(1), p. 77-91. H. Cohen et R. Dudai, « Human Rights Dilemmas in Using Informers to Combat Terrorism: The Israeli-Palestinian Case », *Terrorism and Political Violence*, 2005, no 17, p. 229-243. N. Fyfe et J. Sheptycki, J., *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Cases*. G.C. Harris, « Testimony for Sale: The Law and Ethics of Snitches and Experts », *Pepperdine Law Review*, 2000, vol. 28 (1), p. 1-74. C. Norris et C. Dunnigham, « Subterranean Blues: Conflict as an Unintended Consequence of the Police Use of Informers », *Policing and Society*, 2001, vol. 9, p. 385-412. F. Montanino, « Unintended Victims of Organized Crime Witness Protection », *Criminal Justice Policy Review*, 1987, vol. 2 (4), p. 392-408.

au moment de réunir des preuves et de construire une poursuite solide⁶². Par conséquent, dans la pratique, les mesures de protection des témoins afin d'obtenir la collaboration de délateurs criminels, se conjuguent à d'autres mesures comme les négociations de plaidoyer, l'immunité de poursuites et une sentence réduite. Dans les années soixante-dix en Italie, lors de la lutte contre les Brigades rouges et par la suite contre la mafia, le terme de « pentiti » a fait son apparition dans la législation⁶³. Il désignait légalement la possibilité d'annuler la sentence d'un criminel ou d'un complice lorsque les renseignements qu'ils apportaient aux autorités permettaient de prévenir une infraction pouvant conduire à une mort d'homme ou à de graves blessures, ou de la commuer (réduction de peine) lorsqu'il permettait d'identifier les auteurs d'un délit. D'autres pays ont emboîté le pas, souvent parce qu'ils se trouvaient eux-mêmes confrontés à de sérieuses menaces terroristes (p. ex., la France en 1986)⁶⁴. En Europe, c'est-à-dire en Italie, en Allemagne et en Irlande, nombre de ces mesures ont été adoptées tout d'abord en réponse au terrorisme et à la violence politique — afin de pallier en partie le manque de preuves et de renseignements concernant ces groupes fortement soudés et d'obtenir la collaboration des complices ou initiés. Le recours à ce type de mesure varie d'un pays à l'autre. Néanmoins, certains d'entre eux (c.-à-d. la France et le Japon)⁶⁵ ne disposent d'aucune clause dans leur système juridique autorisant les négociations de plaidoyer ou l'immunité de poursuites. Dans d'autres pays, ces pratiques ne sont pas autorisées ou elles ne reposent sur aucun fondement légal. Par conséquent, les autorités doivent compter sur un usage discrétionnaire à tous les niveaux de l'appareil judiciaire⁶⁶.

62 Aux États-Unis, les poursuivants peuvent décider de ne pas tenter une action contre un témoin pour un crime qu'il a commis. Dans la pratique, cela n'arrive que rarement, et dans ces rares cas où une immunité est offerte, elle n'est accordée qu'une fois que le collaborateur a témoigné. Dans nombre de pays d'Europe (Allemagne – avec l'autorisation du tribunal – Hongrie, Grèce, Moldovie, Belgique et Latvie), il est possible pour un poursuivant d'annuler une inculpation contre un contrevenant qui a collaboré ou d'arrêter les poursuites à son encontre (voir : Piacete, N., « Analytical Report » pour le Conseil de l'Europe, *Terrorism: Protection of Witnesses and Collaborators of Justice*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 7-65, p. 15. En raison de l'extrême discrétion qu'ils offrent aux poursuivants, le statut concernant l'immunité des témoins soulève souvent un débat concernant sa légitimité réelle et perçue, voir N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Cases: An International Review*, p. iv.

63 A. La Spina, « The Paradox of Effectiveness: Growth, Institutionalisation and Evaluation of Anti-Mafia Policies in Italy », in C. Fijnaut et L. Paoli, éditeurs, 2004. *Organized Crime in Europe -Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*. Dordrecht, Springer, 2004, p. 641-676, p. 645.

64 X. Lameyre et M. Cardoso, « La délation en droit pénal français, une pratique qui ne dit pas son nom », in J.P. Brodeur et F. Jobard, éditeurs, *Citoyens et délateurs – La délation peut-elle être civique?* Paris, Éditions Autrement, 2005, p. 144-154, p. 147.

65 N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Cases*, p. 3.

66 N. Fyfe et J. Sheptycki, *International Trends in the Facilitation of Witness Co-operation in Organized Crime Cases*, p. 335-337.

Les délateurs en viennent à relever d'un organisme policier, par opposition au détective⁶⁷. La police conclut souvent des ententes formelles avec eux permettant de définir les obligations des deux parties. Ce type d'entente pose problème, entre autres, en ce qui concerne les activités criminelles futures de ces délateurs⁶⁸. Ce sujet a suscité l'intérêt du public au cours des derniers mois et fait l'objet de demandes exigeant un examen approfondi du programme de protection de témoins de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), lors de l'affaire Richard Young, un informateur ayant commis un homicide alors qu'il était témoin protégé⁶⁹. Le Comité de la sécurité publique de la Chambre des communes a depuis ouvert une enquête sur ce programme et la législation en vigueur⁷⁰.

La nécessité de fournir un cadre strict pour la gestion des collaborateurs de la justice, sous la forme de lignes de conduite, de règlements d'application ou de renforcement d'une surveillance indépendante, n'en demeure pas moins⁷¹. Clark soutient qu'en raison de la nature hautement risquée des relations entre les délateurs et les agents, de telles relations devraient toujours faire l'objet d'une supervision et d'une surveillance indiscrete visant le recueil de renseignements⁷². Dans les domaines concernant la sécurité nationale, où il est plus difficile d'exercer un examen du public sur les activités policières, le besoin de surveillance indépendante augmente d'autant en ce qui concerne l'usage des délateurs et collaborateurs de la justice.

Brodeur et Jobard, citant l'exemple de la poursuite d'Air India, font remarquer que les organismes policiers et les services de renseignement tendent à adopter une attitude différente à l'égard des délateurs et des

67 J-P. Brodeur et F. et Jobard, éditeurs, *Citoyens et délateurs*, p. 10.

68 N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Cases*. Pour les exceptions concernant la responsabilité criminelle des délateurs, voir Y. Dandurand, D. Plecas, et D. C. Préfontaine, *Statutory Exemptions from Criminal Liability for Law Enforcement Officer*, Vancouver, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2001.

69 G. McArthur et G. Dimmock, « The secret agent who conned the Mounties: Richard Young's cruel charade », *Globe and Mail*, et *Ottawa Citizen*, 22 mars 2007. Voir également l'éditorial, « The Excessive Secrecy of Witness Protection », *Globe and Mail*, 7 avril 2007.

70 Voir aussi : G. Dimmock, « MPs launch probe into R.C.M.P.'s witness protection program », *Ottawa Citizen*, 30 mars 2007.

71 R. Clark, « Informers and Corruption », in R. Billingsley, T. Nemitz, et P. Bean, éditeurs, *Informers: Policing, Policy, Practice*, Portland, Willan Publishing, 2001, p. 38-49, p. 49. G.C. Harris, « Testimony for Sale », T. Williamson et P. Bagshaw, « The Ethics of Informer Handling », in R. Billingsley, T. Nemitz, et P. Bean, éditeurs, *Informers: Policing, Policy, Practice*, Portland, Willan Publishing, 2001, p. 50-66, p. 63. A.J. Schreiber, « Dealing with the Devil », p. 360. P.J.P. Tak, « Deals with Criminals: Supergrass, Crown Witnesses and Pentiti », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1997, vol. 5 (1), p. 2-26, p. 25.

72 R. Clark, « Informers and Corruption », in R. Billingsley, T. Nemitz, et P. Bean, éditeurs, *Informers: Policing, Policy, Practice*, Portland, Willan Publishing, 2001, p. 38-49, p. 49.

témoins protégés⁷³. La police utilise ces deux types de personnes, mais préfère souvent les témoins pouvant les aider à obtenir des éléments de preuves (par opposition à la fourniture simple d'information ou de renseignements). Les services de renseignements qui dépendent grandement du renseignement humain (HUMINT) lorsqu'ils traitent avec des organisations hermétiques appartenant au terrorisme ou à la criminalité organisée, émettent souvent des réserves pour faire de leurs délateurs des témoins protégés, en partie parce que leurs témoignages risquent d'en révéler trop sur les pratiques de leurs services. Lorsqu'il faut prolonger la protection, les agences de renseignement peuvent devoir se fier à d'autres organismes pour assurer une protection efficace de leurs délateurs. Il est évident que de telles pratiques exigent une extrême confidentialité et qu'en conséquence il demeure difficile de s'assurer de leur efficacité et de leur équité.

On ne doit pas oublier que la réputation d'une agence de renseignement ou d'un détective en matière de protection des délateurs influe directement sur les possibilités de recrutement de ces derniers. L'incapacité d'assurer une telle protection se traduit par un manque de confiance dans l'exercice des pouvoirs de police qui, à son tour, conduit à une réduction du nombre de délateurs⁷⁴. Le besoin de protéger les délateurs présuppose souvent la protection de leur identité et l'adoption de mesures pour assurer la non-divulgence de l'information qu'ils fournissent. Le recrutement et le traitement des délateurs s'avèrent souvent problématiques⁷⁵. De même que les méthodes controversées auxquelles la police a parfois recours pour contraindre les criminels à collaborer (diverion of the es formes de chantage, d'incitation à commettre un délit pour les arrêter et de techniques pour les compromettre avec une organisation criminelle ou leurs propres complices et de les exposer à des risques ou de les mettre en situation précaire⁷⁶). Autres cas qui posent des difficultés : ceux des agents infiltrant une organisation et à qui l'on a fait des promesses vides ou mensongères, explicitement ou implicitement, au cours de l'enquête. Pour ces raisons et bien d'autres, plusieurs experts insistent sur la nécessité de séparer complètement les « pratiques d'enquête » et les pratiques de « poursuites » des pratiques « de protection des témoins »⁷⁷.

⁷³ J.-P. Brodeur et F. Jobard, éditeurs, *Citoyens et délateurs*, p. 15.

⁷⁴ S.L. Mallory, *Informants: Development and Management*, Nevada, Copperhouse Publishing, 2000, p. 3.

⁷⁵ Anne-Marie Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice*, p. 22.

⁷⁶ En français, on se réfère à la « précarisation des contrevenants ».

⁷⁷ Anne-Marie Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice*, p. 23.

4. Vulnérabilité de certains groupes ou individus

Dans les dernières années en Angleterre, un certain nombre de recherches sur les besoins des « témoins vulnérables et victimes d'intimidation » ont été réalisées. Ces travaux portaient essentiellement sur la facilitation des témoignages des enfants et des adultes présentant une incapacité mentale ou physique, mais ils ont également considéré les problèmes des témoins exposés à l'intimidation provenant du système judiciaire lui-même ou de certains individus⁷⁸. Les groupes qualifiés de « vulnérables » vivent des épreuves similaires et un certain nombre de facteurs les empêchent de devenir des témoins efficaces : une expérience spécialement traumatique en raison de la nature du crime ou de la personnalité de l'accusé, des problèmes provenant de la nature de la justice pénale et des multiples exigences procédurales et, parfois, un déséquilibre de pouvoir entre le témoin et le défendeur, en particulier si ce dernier appartient à une organisation dangereuse⁷⁹. Les groupes criminels se donnent souvent un mal fou pour maintenir constamment 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.

En tant que phénomène international, le terrorisme a subi de nombreuses mutations. L'une d'entre elles consiste à recourir de plus en plus, au moyen de la tromperie et de la coercition et d'autres tactiques, au soutien de la diaspora, des immigrants récents ou des groupes minoritaires installés dans des pays démocratiques et tolérants comme le Canada. Les Canadiens sont de plus en plus conscients que la vulnérabilité de certains groupes minoritaires augmente la fragilité de la nation tout entière et de ses alliés. Le rapport public du Service canadien du renseignement de sécurité pour 1999 faisait remarquer que les Canadiens sont à l'image de

⁷⁸ S. Kitchen et R. Elliott, *Key Findings from the Vulnerable Witness Survey*, Londres, Home Office, 2001. *Speaking up for Justice: Report of the Interdepartmental Working Group on the Treatment of Vulnerable or Intimidated Witnesses in the Criminal Justice System*, Londres, Home Office, 1998. *Consultation Paper: Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance for Vulnerable or Intimidated Witnesses, Including Childre*, Londres, Home Office, Communication Directorate, 2000. *Key Findings from the Vulnerable Witness Survey, Findings 147*, Research Development and Statistics Directorate, Londres, Home Office, 2001. *Vulnerable Witnesses: A Police Service Guide*, Londres, Home Office, 2002.

⁷⁹ Reid-Howie Associates, *Vulnerable and Intimidated Witnesses: Review of Provisions in Other Jurisdictions*, Central Research Unit Crime and Criminal Justice Research Findings, no 60, Édinbourg, Scottish Executive, 2002, p. 2).

la population mondiale et que, par conséquent, la violence prévalant dans une région déchirée par un conflit se répercute souvent au Canada⁸⁰.

Il ne sert à rien de nier l'importance du soutien fourni à une organisation terroriste par certains segments mobilisés de la diaspora ou d'un réseau d'immigrants. On sait pertinemment que les groupes terroristes dépendent des collectivités installées outre-mer pour soutenir et gérer leur infrastructure d'insurgés. Ce type d'infrastructure diffuse de la propagande, recueille des fonds, procède au recrutement et à la formation et expédie des armes et des technologies sur les lieux d'un conflit. Certains membres de ces communautés contribuent économiquement et participent politiquement aux activités des groupes terroristes de leur plein gré, néanmoins, la collaboration de nombreux autres s'obtient par des menaces et des violences contre leur personne ou leurs proches demeurés dans le pays d'origine.

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 de céder à l'endoctrinement et à l'intimidation 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 criminelles.

Le renforcement des mesures de lutte contre le terrorisme, en particulier la surveillance des frontières pour éviter les déplacements de terroristes et autres criminels, a également eu des conséquences sur la vie des clandestins et des résidents illégaux. On part souvent du principe que les réfugiés et immigrants clandestins représentent des menaces pour la sécurité⁸¹. Pourtant, même si les autorités ne font guère preuve de sympathie à leur égard, ils n'en constituent pas moins un groupe très vulnérable. Tout ce qui contribue à augmenter leur isolement et leur aliénation 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'aliénation et d'exclusion ou à

⁸⁰ Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), Rapport public, 1999.

⁸¹ J. Huysmans « The European Union and Securization of Migration », *Journal of Common Market Studies* 2000, 38 (5).

leur vulnérabilité à l'intérieur de la collectivité dans son ensemble. Bien 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 autorités.

Au cours des dernières années, le Parlement du Canada a adopté une nouvelle loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, des modifications majeures au Code criminel et à d'autres instruments législatifs fédéraux pour combattre le crime organisé⁸², ainsi qu'une Loi antiterroriste de portée générale⁸³. Les divers aspects de ces lois ont amené nombre de groupes vulnérables à exprimer leurs inquiétudes⁸⁴. Ils ont réclamé une meilleure protection, spécialement contre les stéréotypes discriminatoires qui associent certains groupes minoritaires ou certaines religions avec le terrorisme. Ils ont également fait valoir l'augmentation directe de leur vulnérabilité en raison de certaines mesures spécifiques du contre-terrorisme. Tel que l'a reconnu la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar : « Comme les enquêtes liées au terrorisme sont aujourd'hui centrées sur des communautés particulières, il y a une préoccupation compréhensible que des personnes et des groupes puissent estimer être injustement ciblés »⁸⁵.

Bien des mesures adoptées pour combattre le terrorisme influent négativement sur la situation des groupes vulnérables, leur impact précis demeure une question empirique qui n'a pas, jusqu'à maintenant, reçu beaucoup d'attention. Néanmoins, on peut dès maintenant reconnaître que des mesures comme celles qui ont été adoptées pour autoriser les arrestations et les détentions préventives à court terme ont suscité l'appréhension dans les communautés vulnérables. Cela se vérifie également dans le cas où les autorités obligent des personnes à être interrogées au tribunal lors d'une enquête sur un acte ou un complot terroriste, parfois sans leur assurer une protection efficace une fois qu'ils ont témoigné. Dans la poursuite d'Air India, Gary Bass, sous-commissaire

82 Loi C-24, 18 décembre 2001.

83 Loi C-36, 18 décembre 2001.

84 À titre d'exemple : *Canada's Relations with Countries of the Muslim World*, Exposé de position présenté devant le Comité permanent des affaires étrangères et du développement international de la Chambre des communes par le Congrès islamique canadien, 6 mai 2003.

85 Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar*, Canada, Travaux publics et services gouvernementaux, Ottawa, 2006, p. 357.

de la Gendarmerie royale canadienne (GRC) a suggéré que le recours à des audiences d'investigation permettrait d'offrir la protection nécessaire à ceux qui hésitent à se présenter pour dire la vérité. Selon ses propres mots : [TRADUCTION] « L'audience d'investigation offrirait aux personnes — disposées à collaborer, mais craignant les représailles — un véhicule pour expliquer leur collaboration dans la communauté, en ayant la possibilité de dire qu'ils n'ont d'autre choix que de témoigner sans mentir⁸⁶. » Néanmoins, une telle position se défend difficilement, car les témoins obligés à déposer demeurent exposés à de possibles représailles de la part des terroristes qui continueront certainement à exiger qu'ils retiennent de l'information au cours de leur déposition. De plus, toute audience d'investigation resterait assortie au principe de réfutation devant un tribunal⁸⁷.

Plusieurs de ces mesures 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 disposent d'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 terrorisme.

Nikos Passas⁸⁸ a fait observer que le discours concernant la « guerre contre le crime » ou la « guerre contre le terrorisme » ouvre la voie à l'acceptation de « dommages collatéraux ». Les épreuves imposées aux groupes vulnérables par les organisations terroristes ou la criminalité organisée, de même que la réponse de la société à ces activités, sont facilement balayées du revers de la main en tant que dommage collatéral. L'une des nombreuses formes de dégât collatéral pourrait bien être une méfiance à l'égard des représentants de la loi et de la sécurité de la part des membres des communautés qui disposent de renseignements utiles à la prévention ou à la poursuite du terrorisme.

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

⁸⁶ Cité par K. Bolan, « R.C.M.P. official meets Air India families », *Vancouver Sun*, 5 mars 2007.

⁸⁷ Dans *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, deux juges ont inscrit une opinion dissidente et fait valoir que la publicité risquait de mettre en péril la sécurité des témoins et des tiers.

⁸⁸ N. Passas, « Cross-Border Crime and the Interface Between Legal and Illegal Actors », *Security Journal*, 2003, 16 (1), p. 19-37.

à prévaloir. Il en résulte des programmes publics de protection destinés aux victimes d'intimidation et une exploitation de leur capacité en tant de 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-compte. On peut alors se demander s'il est juste de s'attendre à ce que les membres de ces groupes vulnérables se défendent seuls contre les organisations terroristes ou la criminalité organisée sans recevoir aucun soutien de l'État.

Dans la lutte contre le terrorisme, les immigrants récents et les autres groupes minoritaires ayant des liens potentiels avec les groupes d'insurgés dans les pays étrangers se retrouvent généralement seuls sur la ligne de front. Malheureusement, on les considère souvent comme partie du problème au lieu de voir la contribution qu'en tant que délateurs ou témoins potentiels, ils peuvent apporter à sa résolution. Leur intimidation et leur exploitation par les organisations transnationales du terrorisme ou du crime organisé constituent une grave question qui ne reçoit pas l'attention suffisante. D'après certains observateurs, les décideurs ne sont pas parvenus à comprendre que dans un pays comme le Canada, plusieurs communautés ethniques minoritaires se retrouvent en première ligne d'un dangereux combat, en devenant les victimes de terroristes cherchant du soutien et des subsides pour leur cause. Les critiques des politiques actuelles soutiennent que le Canada accueille les réfugiés venant de pays dévastés par la guerre pour les abandonner ensuite à leur sort, à peine arrivés⁸⁹.

Les groupes vulnérables craignent fréquemment, non sans raison, de ne pas recevoir la protection suffisante de la part des autorités policières, s'ils la requièrent ou s'ils décident de dénoncer leurs oppresseurs ou de collaborer avec la police. En tout état de cause, ils tendent à entretenir de sérieux doutes sur l'ampleur de la protection offerte à leur famille demeurée dans leur pays d'origine.

Il nous faut trouver des moyens de renforcer leur capacité de résilience et les aider à résister aux pressions et intimidations dont ils font souvent l'objet de la part des terroristes et des criminels.

⁸⁹ S. Bell, « A Conduit for Terrorists », *National Post*, 13 septembre 2001. Dans le cas de la communauté tamoule qui a fait l'objet d'intimidation au Canada, voir également : S. Bell, *Cold Terror: How Canada Nurtures and Exports Terrorism Around the World*, 2e éd., Toronto, Wiley, 2006.

5. Mesures de protection

L'intimidation des témoins et de leurs familles, qu'elle soit physique, économique ou psychologique, s'exerce dans divers contextes. Afin d'aboutir, une poursuite du crime organisé ou des actes de terrorisme exige l'adoption de mesures efficaces pour la protection des témoins, des victimes et des collaborateurs de la justice. Une telle protection englobe des mesures pratiques et législatives garantissant que les témoins puissent faire une déposition librement et hors de toute intimidation. Ces mesures comprennent la criminalisation des actes d'intimidation, des mesures procédurales, l'utilisation de méthodes alternatives pour fournir des éléments de preuve, une protection physique, des programmes de relogement, l'adoption de limites sur la divulgation de l'information concernant l'identité des témoins ou de leurs allées et venues et, dans certaines circonstances exceptionnelles, la protection de l'anonymat de la personne qui témoigne.

5.1 Évaluation de la menace et des besoins de protection

Quand vient le temps d'éviter l'intimidation des témoins, on constate fréquemment l'impuissance des autorités. En tout premier lieu, assurer la protection adéquate d'un témoin suppose que le risque soit correctement perçu et évalué. Le niveau de risque auquel est exposé le témoin dicte la nature et l'ampleur des mesures de protection à adopter. À titre d'exemple, la plupart des programmes de protection des témoins exigent la confirmation d'un risque sérieux pour ces derniers, avant que des services de protection ne soient mis à leur disposition. L'évaluation du risque se révèle utile pour allouer les ressources limitées en matière de protection, mais cela présuppose l'existence d'une méthode fiable pour évaluer la nature d'un tel risque.

Une évaluation de la menace se compose d'un ensemble d'activités opérationnelles et d'enquête pour détecter, évaluer et faire un suivi des personnes pouvant éventuellement menacer de violences les cibles identifiables. On établit une distinction entre les trois fonctions majeures de l'évaluation de la menace : l'identification de l'auteur potentiel, l'évaluation du risque de violence posé par cet auteur à un moment donné et l'encadrement conjoint d'un sujet et de la menace qu'il représente pour une cible donnée⁹⁰. Il existe des situations où cette

⁹⁰

R. Fein, B. Vossekuil et G. Holden, *Threat Assessment: An Approach to Prevent Targeted Violence*, Washington (D.C.), National Institute of Justice, 1995, p. 3.

évaluation s'avère relativement simple, par exemple, en cas de tentative de meurtre contre le témoin. Malheureusement, l'évaluation du risque n'est pas toujours aussi facile. De fait, l'évaluation d'une menace n'est pas un processus facile ni exact.

S'il est possible d'identifier un groupe formulant ou constituant une menace, tous les agresseurs potentiels ne sont pas pour autant identifiables. L'évaluation du risque doit se fonder sur une information dont la validité ou la fiabilité reste problématique. La surveillance des agresseurs réels ou potentiels restera difficile s'ils ne sont pas connus ou localisés ou s'ils agissent dans un autre pays. La capacité prédictive des modèles d'évaluation des menaces n'a rien d'absolu. Le mystère dont s'entourent les groupes concernés ainsi que les caprices du contexte et la nature ambiguë et non confirmée du renseignement recueilli par les organismes de sécurité compliquent grandement la possibilité d'en arriver à des conclusions solides.

En théorie, l'évaluation du risque se fonde sur un certain nombre de facteurs : la vulnérabilité potentielle du témoin (âge, sexe, état mental ou physique), la proximité du témoin et du contrevenant, la nature du crime ou des crimes commis, les caractéristiques de l'accusé et ses antécédents criminels, sa possibilité de se procurer des armes, son appartenance attestée à une organisation terroriste ou criminelle, la possibilité que ses complices présumés circulent librement, la confirmation d'autres tentatives antérieures d'intimidation de témoins ou de représentants de la justice et l'existence ou la nature des menaces formulées par le suspect ou ses associés reconnus⁹¹. Dans bien des cas, la nature du risque potentiel évolue et s'avère trop complexe pour qu'une méthode aussi simple permette une évaluation correcte⁹².

S'il y a possibilité qu'un témoin fasse l'objet de menaces ou de représailles, il existe un certain niveau de risque. Toute la difficulté consiste à détecter, analyser, valider, évaluer et quantifier un tel risque, car il est contextuel, dynamique et existe dans un continuum de probabilités⁹³. Il faut donc procéder à des évaluations périodiques et informer les témoins de leurs résultats, afin qu'ils aient une perception réaliste des dangers potentiels qu'ils affrontent, sans annuler leurs sentiments de crainte ou d'anxiété⁹⁴.

91 N. Fyfe et H. McKay, « Police Protection of Intimidated Witnesses: A Study of the Strathclyde Police Witness Protection Programme ». N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*.

92 K. Dedel, *Witness Protection*, p. 21.

93 R. Borum, R.A. Fein, B. Vossekuil et J. Berglund, « Threat Assessment: Defining an Approach for Evaluating Risk of Targeted Violence », *Behavioral Sciences and the Law*, 17, 1999, p. 323-337.

94 Conseil de l'Europe, *Protecting Witnesses of Serious Crime*. K. Dedel, *Witness Protection*, p. 20.

Il semble que les méthodes actuelles utilisées pour évaluer les menaces faites aux témoins ne soient pas particulièrement efficaces dans le cas où de telles menaces proviennent d'un groupe terroriste. Ces groupes et la criminalité organisée emploient tous deux la violence ou les menaces de violence comme stratégie pour atteindre leurs objectifs, mais de manière différente. Les deux font appel à la brutalité pour transmettre un message, communiquer une mise au point ou instiller la peur, néanmoins ils procèdent différemment. Dans le cas de menaces proférées par les groupes terroristes, la nature de l'organisme procédant à leur évaluation vient encore compliquer une évaluation. Les organismes policiers ont habituellement tendance à se centrer sur le crime et les criminels et font généralement porter leurs efforts sur le recueil de renseignements concernant les groupes politiques et leur radicalisation progressive. Les organismes de renseignement nationaux disposent d'une capacité et d'un savoir-faire supérieurs pour évaluer les menaces des groupes terroristes contre les témoins et les délateurs potentiels. Au moment d'évaluer la menace que pose un groupe terroriste, la police se retrouve souvent devant un manque de renseignements fondamentaux et aboutit, par conséquent, à des conclusions incomplètes et inexactes.

5.2 Mesures élémentaires de protection des témoins

Chaque année, seulement un petit nombre de témoins se voient offrir la possibilité de participer à un programme officiel de protection des témoins. Certains d'entre eux choisissent de refuser cette option. En réalité, l'immense majorité des témoins qui font l'objet de menaces ne participent pas à un programme de protection des témoins, laissant aux services de police locaux la responsabilité d'assurer leur sécurité. Un bon nombre d'entre eux prennent la décision de déménager, sans s'éloigner trop de leur ancien lieu de résidence, parfois parce qu'ils croient que c'est le seul moyen efficace de se protéger ainsi que leur famille⁹⁵. Ils peuvent aussi changer d'emploi, inscrire leurs enfants dans une nouvelle école, cesser de fréquenter certains endroits (lieux de culte, restaurants, etc.) et modifier leurs modes de déplacement (p. ex., éviter les transports en commun, modifier leurs itinéraires, etc.) Un grand nombre parmi eux comptent sur des amis ou des membres de leur famille pour les héberger temporairement, même s'ils peuvent hésiter à demander ce genre de soutien par crainte de compromettre la sécurité d'autres personnes.

⁹⁵ N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 104.

Les services de police peuvent appliquer un certain nombre de mesures élémentaires pour protéger les témoins contre l'intimidation. Ils peuvent réduire au minimum les renseignements transmis par radio qui pourraient faire connaître l'identité des témoins; rencontrer leurs voisins à leur domicile; interroger les témoins dans des endroits sécuritaires où ceux-ci ne risquent pas d'être reconnus; s'enquérir auprès des témoins à savoir s'ils se sentent menacés ou s'ils ont été l'objet de tactiques d'intimidation; assurer une surveillance des témoins à des moments critiques; accompagner les témoins au travail, au tribunal, etc.; leur procurer un dispositif d'alarme personnel, aider à la réinstallation d'urgence; augmenter le nombre de patrouilles dans le voisinage de la résidence des témoins; et même, offrir une protection policière continue. Il s'agit souvent, pour les services de police, d'une question de disponibilité des ressources, tant humaines que financières; ils doivent également avoir reçu des directives claires sur ce qui est attendu d'eux pour assurer la protection des témoins, y compris celle de témoins à décharge.

Lorsque la police ne dispose pas des ressources suffisantes pour protéger les témoins, le secteur privé a la possibilité d'assurer leur protection, et le fait déjà à un certain degré. D'autres moyens de protection peuvent comprendre l'embauche d'agents du secteur privé ayant reçu une formation à cet effet et qui travaillent de concert avec la police. Sachant que les services de police sont souvent dans l'impossibilité de les protéger, nombre de témoins et de collaborateurs de la justice au Canada font appel à des entreprises privées pour assurer leur sécurité. Certains ont indiqué que les avantages de la protection assurée par le secteur privé comportent notamment une séance d'information à l'intention du client, la possibilité de faire appel en tout temps à une personne de confiance qu'il a déjà rencontrée, l'accès à des services personnalisés « sur demande » et une entente précisant clairement les services devant être fournis.

Dans certains cas, la police a également recours à la détention provisoire, même si cette méthode n'est pas nécessairement propice à encourager les témoins à collaborer avec les autorités. Les lois d'un grand nombre de pays prévoient la détention de témoins de fait (des personnes qui possèdent des renseignements essentiels à propos d'un crime). Il existe aux États-Unis une loi fédérale s'appliquant aux témoins de fait⁹⁶, et la plupart des États ont établi leurs propres lois à cet effet. La loi sur les témoins de fait autorise la détention de toute personne qui pourrait

⁹⁶ 18 U.S.C. article 3144 (2000).

être en possession de renseignements relativement à une enquête criminelle afin qu'elle puisse témoigner devant un jury d'accusation ou à un procès criminel. Les dispositions de la loi fédérale prévoient qu'il est possible d'obtenir un mandat pour l'arrestation d'un témoin de fait : (1) si le témoignage de cette personne est essentiel et (2) s'il est impossible d'assurer la présence au procès de ce témoin au moyen d'une citation à comparaître. Certains témoins peuvent être détenus pour leur propre protection. Il y a toutefois une possibilité évidente d'abus des dispositions sur la détention de témoins de fait, concernant particulièrement ceux dont la détention devient une forme de « détention aux fins d'enquête » alors que l'enquête est en cours⁹⁷. La plupart des experts en matière de protection des témoins affirmeraient probablement que le fait d'obliger des témoins de fait à faire une déposition, par voie d'arrestation ou de mise en détention, constitue une mesure des moins efficace pour obtenir des renseignements utiles d'un témoin vulnérable. Puisqu'il n'existe aucune preuve pour soutenir l'efficacité de l'obligation de témoins à déposer (p. ex., par mise aux arrêts ou par interrogatoires d'enquête), cette mesure devrait être appliquée uniquement en dernier recours⁹⁸.

Les mesures de protection peuvent également s'appliquer au cours des audiences devant les tribunaux. Certaines personnes peuvent être incapables d'être entendues sans contrainte si elles doivent témoigner de la façon habituelle dans un tribunal ouvert à tous. Dans ces circonstances, d'après l'International Defence Attorneys, Association, [traduction] « l'intérêt de la justice peut exiger la mise en place de mesures pour empêcher que la teneur de la déposition d'un témoin et son identité ne soient connus du public, et pour procurer au témoin une certaine protection face à l'accusé dans la salle d'audience⁹⁹ ». Le tribunal peut procéder de diverses façons pour éviter la communication du contenu de la déposition d'un témoin ou de son identité, dont l'attribution d'un pseudonyme au témoin, la suppression des noms et des renseignements permettant l'identification des témoins des documents publics de la cour, ou l'interdiction de l'accès du tribunal au public, y compris aux représentants des médias, durant la déposition d'un témoin. Les écrans, la télévision en circuit fermé et les liens vidéo, dont les principaux moyens utilisés pour protéger un témoin de l'accusé durant sa déposition.

97 S. M. Studnicki et J.P. Apol, « Witness Detention and Intimidation: The History and Future of Material Witness Law ». *St. John's Law Review*, 2002, no 76, p. 483-533 et p. 520.

98 K. Dedel, *Witness Protection*, p. 32.

99 International Criminal Defence Attorneys Association, *Protection of Witnesses*. Prise de position présentée à la Conférence préparatoire des Nations Unies sur le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, 26 juillet – 13 août 1999, 15 juillet 1999, p. 3.

La Cour suprême du Canada admet que la non-communication de l'identité ou de la déposition d'un témoin peut aider l'administration de la justice de plus d'une façon. Entre autres :

- les chances que les témoins déposeront devant les tribunaux seront d'autant plus grandes qu'ils n'auront pas à craindre les conséquences de la publicité qui pourrait leur être faite;
- la protection des témoins vulnérables sera assurée (p. ex., les témoins enfants, les informateurs de police et les victimes d'infractions qui auraient été commises par des groupes organisés);
- la dénonciation de crimes sexuels sera encouragée;
- la sécurité nationale ne sera pas menacée¹⁰⁰.

La vidéoconférence, la téléconférence, la distorsion de la voix, le camouflage du visage et autres techniques similaires sont d'autres moyens concrets de protection des témoins, dont l'usage est encouragé¹⁰¹.

Permettre aux témoins de ne pas dévoiler leur adresse ou leur emploi peut aussi contribuer à assurer leur protection. En France, par exemple, certains témoins (ceux qui sont en mesure d'apporter un élément important de preuve et qui n'étaient pas associés à l'infraction) peuvent déposer sans avoir à révéler leur adresse. Ils sont autorisés à donner l'adresse de la police à la place de la leur¹⁰².

La mise en place de certaines mesures de protection s'avère aussi nécessaire lorsqu'un témoin est détenu, puisque les témoins incarcérés peuvent devenir particulièrement vulnérables. Les autorités font face à des défis concrets en ce qui a trait à leur protection¹⁰³. Dans une rétrospective des pratiques actuelles visant les « témoins incarcérés », un rapport préparé à l'intention du Bureau du procureur général du comté de Los Angeles fait mention d'un certain nombre de difficultés qui peuvent survenir relativement à la protection de témoins incarcérés et en ce qui concerne la prévention d'actes d'intimidation à leur endroit par des éléments criminels¹⁰⁴. Les tactiques d'intimidation les plus

¹⁰⁰ C.B.C. c. Dagenais 94 C.C.C. (3d) 289 (S.C.C.), 1994, p. 320-321.

¹⁰¹ ISISC-OPCO-Europol, *Harmonisation of Witness Protection Legislation*, p. 10. Aussi, J. Ijboer, « Children and Young Persons in the Criminal Justice System: The Council of Europe Recommendation on Witness Protection and Rights of the Defence », *Criminal Law Forum*, 1999, no 10, p. 443-465.

¹⁰² J. Laborde, *État de droit et crime organisé*. X. Lameyre et M. Cardoso, « La délation en droit pénal français, une pratique qui ne dit pas son nom », p. 150.

¹⁰³ A.-M. Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice*, p. 16.

¹⁰⁴ S. Cooley, *Jailhouse Witness Protection Task Force: Final Report*, Los Angeles, District Attorney's Office, août 2004.

fréquentes proviennent d'autres détenus dans le même établissement qui cherchent à les empêcher de témoigner, ou qui peuvent eux-mêmes menacer ces témoins ou leur nuire. Il est généralement préférable que les témoins protégés soient gardés à l'écart des détenus purgeant une peine d'emprisonnement, non seulement dans l'établissement de détention, mais aussi durant le trajet vers le tribunal et dans les lieux de détention provisoire attenants aux salles d'audience. Autrement, les témoins pourraient être la cible d'actes de violence et d'intimidation, et de menaces. Les communications des témoins avec le monde extérieur (appels téléphoniques, correspondance) et les visites qu'ils reçoivent doivent être suivies de près. Des lacunes dans les systèmes de gestion de l'information, soit de l'établissement de détention ou des tribunaux, peuvent augmenter radicalement les risques encourus par les témoins protégés. Des erreurs dangereuses peuvent aussi se produire en raison de lacunes dans les communications entre les autorités pénitentiaires et les professionnels d'autres services également responsables de la protection des témoins¹⁰⁵.

Les actes d'intimidation dont sont victimes les témoins protégés en détention peuvent être très difficiles à déceler, particulièrement lorsqu'ils ne visent pas ces témoins de façon évidente. Il est aussi souvent nécessaire de prendre de mesures de protection envers les familles de témoins détenus¹⁰⁶. Dans certains cas, la sécurité des témoins détenus peut être gravement menacée si le personnel carcéral est soumis à des tentatives de corruption ou à des actes d'intimidation. D'où la nécessité qui se présente fréquemment de restreindre le nombre des membres du personnel pouvant entrer en contact avec les témoins protégés et prendre connaissance de renseignements les concernant. Il peut arriver que des témoins incarcérés soient transférés dans une autre province, un autre État ou un autre pays, sous réserve que les gouvernements aient conclu entre eux des ententes à cet effet.

Dans certaines régions, les autorités pénitentiaires ont délimité des « quartiers spéciaux » pour les témoins protégés, entourés de mesures de sécurité plus strictes et offrant une meilleure qualité d'hébergement. Il existe également d'autres options d'hébergement et de transport pour les témoins vulnérables. Quel que soit le lieu où ces témoins protégés sont

¹⁰⁵ S. Cooley, *Jailhouse Witness Protection Task Force*.

¹⁰⁶ Parliamentary Joint Committee on the National Crime Authority, *Witness Protection*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1998, p. xii.

incarcérés, il est généralement nécessaire de restreindre leur mobilité à l'intérieur de l'établissement de détention et de réduire au minimum leurs contacts avec les autres détenus. Il peut toutefois ne pas être toujours pratique de maintenir des quartiers séparés pour les témoins protégés, malgré que, dans ces cas, certaines mesures de protection s'en trouvent grandement simplifiées. Qui plus est, le fait que les témoins protégés soient détenus dans une installation séparée ne règle pas tous les problèmes inhérents à leur détention provisoire proche du tribunal où ils doivent témoigner, ou au tribunal même. Le transport aller-retour des témoins entre leur lieu de détention, où qu'il se trouve, et l'endroit où se tient le procès ou l'audience n'est pas non plus exempt de risques.

Il est souvent admis que, puisque les témoins protégés doivent purger leur peine dans des circonstances plus difficiles que la normale, on devrait leur accorder une considération particulière lorsque vient le moment de décider de leur mise en liberté conditionnelle ou de leur libération¹⁰⁷. Quelquefois, des mesures de contrôle spéciales doivent être mises en place durant leur liberté surveillée ou conditionnelle. Les témoins protégés purgeant une peine d'emprisonnement doivent pouvoir comprendre clairement de quelles mesures de protection ils pourront bénéficier à leur remise en liberté¹⁰⁸.

Toutes ces mesures concrètes dont nous avons fait état jusqu'à maintenant exigent que les professionnels des forces de l'ordre, des services reliés aux tribunaux, du bureau du shérif et des établissements de détention qui sont en contact avec les témoins soient informés des risques encourus par ces témoins et aient reçu une formation les rendant aptes à faire face à ces risques. Au Canada, on offre rarement une formation adéquate à cet égard. Au sein de la GRC, les coordonnateurs de la protection des témoins reçoivent une telle formation et ont accès à un manuel de référence sur le sujet. La GRC possède également un programme national de développement des sources humaines et de traitement de ces sources. Il n'existe cependant pas de programme de formation ou de normes reconnus à l'échelle nationale en ce qui a trait à la protection des témoins.

107 Parliamentary Joint Committee on the National Crime Authority, *Witness Protection*, 1988, p. xv.

108 Parliamentary Joint Committee on the National Crime Authority, *Witness Protection*, 1988, p. xv.

5.3 Mesures procédurales

En plus des mesures mentionnées précédemment, d'autres mesures procédurales ont été envisagées et ont quelquefois été introduites dans les lois nationales et dans les pratiques relatives à la protection des témoins. Ces mesures ont pour but d'assurer un équilibre adéquat entre le besoin de protéger la sécurité des témoins et l'obligation de préserver le droit de l'accusé à un procès équitable.

Une de ces mesures touche les moyens procéduraux d'admissibilité des dépositions préalables aux procès. Dans la plupart des pays européens, les dépositions préalables aux procès faites par des témoins et des collaborateurs de la justice sont reconnues comme preuves admissibles devant les tribunaux, sous réserve que les deux parties aient eu la possibilité d'interroger les témoins¹⁰⁹. Un rapport d'un groupe d'experts du Conseil de l'Europe laisse entendre que, dans un système qui accepte généralement les dépositions préalables aux procès de témoins ou les dépositions de témoins anonymes comme preuves admissibles pendant des poursuites, l'on présume que ces méthodes peuvent contribuer efficacement à la protection des témoins. Le besoin réel de protéger les témoins, a-t-on objecté, était probablement moindre dans ces circonstances que dans un système judiciaire où ces méthodes ne seraient pas employées¹¹⁰.

Un meilleur traitement du processus de communication de la preuve et des risques qu'elle représente pour les témoins et les témoins potentiels constitue autre mesure procédurale prometteuse en matière de protection des témoins¹¹¹. Les avocats de la défense ont le droit d'obtenir les dépositions des témoins au moment de la communication de la preuve; ces dépositions pourraient toutefois être utilisées contre les témoins et les rendre encore plus vulnérables. Par exemple, Kim Bolan, un journaliste qui a suivi de très près l'affaire de l'Air India, a signalé que des photocopies des dépositions de certains témoins sikhs ont été produites et distribuées dans la communauté sikhe, et que des membres des familles et des amis

109 N. Piacete, « Analytical Report », p. 22.

110 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 22.

111 Par exemple, le TPIY considère que de retarder la communication de l'identité d'un témoin avant un procès est une mesure que les tribunaux peuvent appliquer afin d'obtenir un niveau approprié de protection pour des témoins particuliers.

des témoins ont été abordés concernant ces dépositions : [traduction] « Certains ont reçu des copies de pièces communiquées confidentielles qu'on leur a demandé de conserver¹¹² ».

Cependant, la communication de la preuve peut devenir un problème plus grave dans certains cas par rapport à d'autres. Par exemple, un sondage effectué au Royaume-Uni auprès de témoins de crimes se trouvant dans des secteurs à haut taux de criminalité et qui ont fait l'objet de tactiques d'intimidation ne mettant pas leur vie en danger n'a pas découvert d'éléments solides pour étayer la croyance généralisée à l'effet que la communication de la preuve est à la source de tactiques d'intimidation « de faible intensité » à l'endroit de témoins¹¹³. Dans aucune des affaires où on a procédé à des interrogatoires en profondeur, le moment où s'est produite l'intimidation n'a pu être relié à la communication de la preuve à la défense.

Un autre type de mesure procédurale de protection des témoins est parfois appliqué dans d'autres pays, même s'il est très controversé. [traduction] « Compte tenu de l'inquiétude croissante sur les questions d'intimidation de témoins et de sécurité nationale, les tribunaux et les corps législatifs de par le monde entier ont récemment été priés de restreindre le droit de confrontation en taisant aux accusés la véritable identité des témoins de la poursuite, permettant à ceux-ci de témoigner sous le couvert de l'anonymat, et en interdisant les contre-interrogatoires qui pourraient révéler leur véritable identité¹¹⁴ ». Dans certains pays, il est possible de présenter les déclarations de témoins anonymes comme preuve au tribunal, sauf que, de façon générale, les condamnations ne peuvent reposer sur de seuls témoignages anonymes. Cette méthode se limite habituellement aux affaires où il y aurait lieu de croire que la sécurité des témoins serait sérieusement compromise.

Un grand nombre de pays européens peuvent accorder, dans des circonstances exceptionnelles et en conformité avec la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, l'anonymat à des personnes qui témoignent dans des affaires criminelles

112 K. Bolan, *Loss of Faith*, p. 242.

113 W. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*.

114 D. Lusty, « Anonymous Accusers: An Historical and Comparative Analysis of Secret Witnesses in Criminal Trials », *The Sydney Law Review*, 2002, no 24, p. 361-426 et p. 362.

afin d'éviter que leur identité ne devienne connue. Les décisions découlant de cette mesure étaient controversées, soulevant des questions fondamentales de justice pénale. Dans de nombreux pays de droit civil, la décision d'accorder le statut de témoin anonyme revient au juge d'instruction qui doit établir le risque pour le témoin et vérifier son identité, sa crédibilité et son sérieux¹¹⁵. Ceci se fait au cours d'un interrogatoire duquel l'accusé, son avocat et le procureur public peuvent être exclus. S'ils sont exclus, ces derniers peuvent suivre l'interrogatoire au moyen d'un lien audio doté d'un dispositif qui modifie la voix (ou autres méthodes sûres), et la défense doit pouvoir avoir l'occasion d'interroger le témoin (en utilisant le lien audio ou en remettant ses questions au juge responsable de l'enquête avant l'interrogatoire)¹¹⁶. Il est aussi souvent possible d'accorder un statut partiel d'anonymat à un témoin vulnérable. L'accusé a l'occasion d'interroger les témoins directement, mais les témoins ne sont pas dans l'obligation de décliner leurs noms et adresses (seulement dans le cas où le juge d'instance a connaissance de leur identité). Le déguisement du témoin est parfois utilisé comme moyen d'éviter que celui-ci ne soit reconnu de l'accusé — mesure qui a d'abord été employée pour protéger l'identité d'agents de police infiltrés.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a souvent accepté d'entériner la légalité de l'utilisation d'informateurs de police anonymes pendant les enquêtes préliminaires, mais a également souligné que l'usage au tribunal des renseignements ainsi obtenus pose des problèmes sur le plan de l'impartialité¹¹⁷. Même lorsque permise par la loi, l'on tend à n'employer que rarement cette procédure d'accorder un statut d'anonymat partiel ou total à un témoin à cause de la manière qu'elle peut, dans la pratique, limiter l'admissibilité de divers éléments de son témoignage¹¹⁸. Dans certains cas, si l'audition d'un témoin en présence de l'accusé présente un risque imminent pour la santé de ce témoin, il peut alors être entendu hors de la présence de l'accusé; l'on évite ainsi que le témoin ne soit l'objet de menaces, tant verbales que physiques, de la part de l'accusé et aussi de tactiques plus subtiles d'intimidation, comme des regards et des gestes inquiétants¹¹⁹.

115 Pour une revue du riche corpus de jurisprudence d'où émergent certains des importants principes des législations internationales sur les droits de la personne relativement à l'anonymat des témoins, voir D. Lusty, « Anonymous Accusers », p 363.

116 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 19.

117 Conseil de l'Europe, *Terrorisme : Techniques spéciales d'enquête*, p. 31.

118 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 20.

119 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 20.

Les témoignages recueillis sous le couvert de l'anonymat soulèvent des questions évidentes relatives au droit des accusés à un procès équitable. La Cour européenne des Droits de l'Homme a imposé certaines conditions concernant l'utilisation des témoignages anonymes¹²⁰. Le juge doit connaître l'identité du témoin, avoir entendu sa déposition sous serment et déterminé qu'elle est crédible; il doit aussi avoir pesé les motifs de la requête d'anonymat; les intérêts de la défense et ceux des témoins doivent avoir été mis en balance et les accusés et leurs avocats doivent avoir eu la possibilité d'interroger le témoin; une condamnation ne peut reposer sur le poids de la déposition de ce seul témoin¹²¹. Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'admissibilité des témoignages anonymes dépend des circonstances entourant l'affaire et de trois principes qui se dégagent de la jurisprudence¹²²⁻¹²³ : 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 anonyme? Des règlements spéciaux concernant l'anonymat ont été institués en Belgique, en France, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Moldavie et en Finlande¹²⁴. Dans certains de ces règlements (p. ex., en Moldavie), la déposition d'un témoin anonyme doit être corroborée pour être prise en considération.

Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, l'anonymat de témoins dans des poursuites criminelles est très controversé. Il y a un grand nombre de questions importantes concernant la légitimité et la légalité de l'usage de telles méthodes¹²⁵ et, comme l'a indiqué un critique énergique de cette pratique : [traduction] « Les arguments en

120 Cour européenne des Droits de l'Homme, *Visser vs. The Netherlands*, 14 février 2002.
121 X. Lameyre et M. Cardoso, « La délation en droit pénal français, une pratique qui ne dit pas son nom », p. 152.

122 Conseil de l'Europe, *Terrorisme : Techniques spéciales d'enquête*, p. 31.

123 La Cour européenne des Droits de l'Homme, par ses jugements, a joué un rôle important en [TRADUCTION] « établissant les limites légales à l'intérieur desquelles doit être menée la lutte contre le crime organisé », particulièrement en ce qui concerne l'utilisation d'agents d'infiltration et de témoins anonymes, *Organized Crime in Europe - Concepts, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond*, publié sous la direction de C. Fijnaut et L. Paoli, Dordrecht, Springer, 2004, p. 628.

124 N. Piacete, « Analytical Report », p. 19.

125 N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Case*. J. Spencer et M. Spencer, *Witness Protection and the Integrity of the Criminal Trial*. Document présenté à la « Conference on Modern Criminal Investigation, Organized Crime and Human Rights », Durban, Afrique du Sud,

faveur de l'anonymat de témoins s'appuient sur l'opinion que le préjudice à l'endroit de l'accusé peut être réduit et que ce qu'il en reste peut 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 départ¹²⁶ ».

La International Criminal Defence Attorneys' Association a déclaré, dans son document présenté à la Conférence préparatoire des Nations Unies sur le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, que : [traduction] « il est approprié d'accorder l'anonymat total à un témoin uniquement dans le cas où l'individu est un informateur de la police qui a contribué à la découverte de preuves admissibles, mais qui ne déposera pas contre l'accusé durant le procès¹²⁷ ».

6. Programmes de protection des témoins

Les programmes de protection des témoins constituent un moyen de protéger l'enquête, le procès criminel et la sécurité des témoins. Ils ont pour objectif principal la sauvegarde de la vie et de la sécurité personnelle des témoins et des collaborateurs de la justice, ainsi que des personnes de leur entourage immédiat. Les programmes comprennent des procédures pour la protection physique des témoins et des collaborateurs de la justice comme, si cela s'avère nécessaire et réalisable, de leur trouver un nouveau domicile et leur fournir une nouvelle identité, et de permettre, lorsqu'opportun, la suppression de renseignements concernant la nouvelle identité de ces personnes et de l'endroit où elles se trouvent ou de restreindre la communication de tels renseignements. Même s'il est pratique courante qu'un témoin reçoive une « récompense » pour sa collaboration avec les forces de l'ordre (un montant d'argent, une révision à la baisse de la gravité du chef d'accusation à la suite d'un accord entre l'avocat de la défense et le procureur ou une peine moins sévère), les programmes de protection des témoins ne constituent pas une forme de récompense pour les témoins qui collaborent avec les autorités¹²⁸.

Le Conseil de l'Europe a récemment publié un rapport d'enquête sur les programmes de protection des témoins de 27 pays européens, compilé à partir d'un questionnaire expédié aux États membres¹²⁹. Ce

¹²⁶ D. Lusty, « Anonymous Accusers », p. 423.

¹²⁷ International Criminal Defence Attorneys Association, *Protection of Witnesses*, p. 2.

¹²⁸ Même s'il est facile de comprendre que les autorités se voient obligées d'offrir des incitatifs pour encourager la collaboration, elles doivent le faire avec discernement. La présence de certains incitatifs peut en effet compromettre la valeur du témoignage et sa crédibilité.

¹²⁹ Conseil de l'Europe, *Terrorisme: Protection des témoins et collaborateurs de la justice*.

rapport a révélé que les règlements régissant la protection des témoins et des autres personnes qui prennent part à des procès criminels sont relativement récents, excepté dans certains pays comme la Belgique et l'Italie qui ont été les premiers à adopter ces mesures¹³⁰. Actuellement toutefois, la plupart des pays européens possèdent des lois qui rendent possible l'application de mesures de protection pour des victimes, des témoins et des collaborateurs de la justice. Dans toute l'Europe, on s'efforce d'harmoniser différents aspects des programmes de protection des témoins dans le cadre plus vaste d'une tentative d'amélioration de la coopération interne en matière pénale¹³¹.

Les programmes existants de protection ne diffèrent pas énormément en ce qui concerne le type de protection qu'ils procurent, malgré qu'il y ait certaines disparités entre eux en ce qui concerne les critères d'admissibilité, les procédés administratifs et les modalités de ces programmes. Il existe aussi des différences considérables en ce qui concerne les autorités responsables de leur fonctionnement. Dans un grand nombre de pays, la protection des témoins est perçue principalement comme étant une responsabilité des services de police¹³², alors que dans d'autres, le pouvoir judiciaire et d'autres ministères jouent un rôle dominant. Au Canada, le programme national de protection des témoins relève principalement de la police.

Dans le cadre des programmes actuels, on offre généralement de protéger des témoins uniquement dans des affaires concernant des crimes extrêmement graves, et pas nécessairement toujours dans des affaires qui génèrent des menaces très sérieuses pour les témoins. Cet état de choses s'explique du fait que la logique qui sous-tend ces programmes, étant donné leur coût et la nécessité d'établir des priorités, repose foncièrement sur la volonté de faciliter la collaboration du témoin et non sur le principe que l'État a l'obligation de protéger tous les témoins ou que les témoins ont le droit d'être protégés.

130 N. Piacente, « Analytical Report », p. 11.

131 Conseil de l'Europe, *Terrorisme: Protection des témoins et collaborateurs de la justice*. Y. Dandurand, G. Colombo et N. Passas, « Measures and mechanisms to strengthen International Cooperation among Prosecution Services, Working Paper IV », *Report of the Second Summit of Attorneys General, Prosecutors General and Chief Prosecutors*, Doha, Qatar, 14–16 novembre 2005.

132 N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*. N. Fyfe et J. Sheptycki, « International Trends in the Facilitation of Witness Co-operation in Organized Crime Cases », p. 333.

6.1 Caractéristiques des programmes de protection

Des programmes conçus sur le modèle du programme américain de protection de témoins ont été mis sur pied dans toute l'Europe et dans d'autres pays de par le monde. La plupart s'appuient sur des lois¹³³, mais il y a quelques exceptions, comme dans le cas du Royaume-Uni. En l'absence de lois sur la protection des témoins, ce sont les services de police qui assurent le fonctionnement de ces programmes.

Au Canada, la protection de témoins dans des affaires criminelles est abordée de diverses manières. La protection la plus complète est fournie par le programme fédéral de protection des témoins, dont la Gendarmerie Royale du Canada assure le fonctionnement, et dans lequel sont admis des témoins envoyés par les différents corps policiers municipaux et provinciaux de tout le pays. Les témoins admis dans ce programme reçoivent une toute nouvelle identité et sont relogés dans de nouveaux domiciles. Selon la nature particulière du procès en cause, ces témoins peuvent être réinstallés dans une autre partie de la province, dans une autre province ou, dans certains cas, dans un autre pays. Au Canada, chaque année, environ 40 % des témoins nouvellement admis dans le programme de protection sont réinstallés ailleurs que dans leur province d'origine¹³⁴. Pour les cas de réinstallation dans un autre pays, les pays qui collaborent avec le Canada ont négocié des accords officialisés souples, qui existent aussi entre les agents de protection nationaux, pour accueillir des témoins protégés d'autres parties du monde. Par exemple, des témoins de l'UE peuvent avoir été réinstallés en Australie, au Canada, en Afrique du Sud ou aux États-Unis. Les frais de réinstallation, que ce soit au Canada ou dans un autre pays, sont payés par les autorités policières locales ou provinciales de l'endroit d'où provient le témoin.

Lorsqu'on a recours à la réinstallation dans un nouveau domicile pour protéger un témoin, des policiers du programme de protection accompagnent le témoin et l'aident à s'installer durant les premiers jours. Souvent, mais pas dans tous les cas, la police locale est informée qu'un témoin protégé réside maintenant sur son territoire.

133 L'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime a conçu un *Projet de loi spéciale pour la protection des témoins* en vue de faciliter l'élaboration de lois nationales. Programme des Nations Unies pour le contrôle de la drogue, *Projet de loi spéciale pour la protection des témoins* (2000), Vienne, UNDCP, 2002.

134 G. Lacko, *The Protection of Witnesses*.

Les mesures de protection devraient être proportionnelles à la gravité du risque encouru par l'individu. Dans les cas où la situation ne justifie pas un changement complet d'identité et une réinstallation, ou lorsqu'il a été déterminé qu'il ne convient pas d'admettre l'individu dans le programme fédéral en raison de facteurs tels la toxicomanie ou un historique de mode de vie criminel, le témoin peut se voir offrir un degré moindre de protection. Dans ces circonstances, les provinces procurent aux autorités policières locales une petite somme d'argent, habituellement de l'ordre de 500 à 2 000 \$, ainsi qu'un billet d'avion ouvert à remettre au témoin. Le témoin recevra la directive de se trouver un endroit où se cacher et de pourvoir lui-même à sa subsistance. La police assurera le transport du témoin au procès, mais cessera toute forme de soutien une fois que le témoin aura fait sa déposition et que le procès aura été mené à terme. Dans certains cas, les autorités policières et gouvernementales offriront une certaine forme réduite de soutien après la fin du procès, jusqu'à l'expiration du délai d'appel pour le chef d'accusation.

La troisième forme de protection, et de loin la plus simple, est de loger le témoin dans un hôtel, soit dans la ville même ou dans les environs, parfois avec surveillance policière, d'autres fois non, et de leur offrir un soutien jusqu'au moment du procès. Tout soutien cesse immédiatement après la déposition du témoin.

Procédures d'admission à un programme de protection : En règle générale, l'initiative de faire entrer une personne dans un programme de protection provient de la personne elle-même ou de la police. Dans les pays où cette décision ne relève pas des corps policiers, il existe une autre procédure pour examiner les demandes d'admission à un programme de protection. Dans ces cas, la demande de protection doit faire état de renseignements sur la nature de l'enquête, le rôle du candidat dans l'activité criminelle et les dangers ou les menaces auxquels le candidat fait face. Certains pays ont formé des « comités d'évaluation » centralisés alors que d'autres font appel à des procureurs principaux ou à d'autres autorités responsables des poursuites. Il y a des pays où le service des poursuites participe rarement, sinon jamais, à la décision. Il arrive souvent que l'organisme de protection ne soit pas officiellement représenté auprès de l'entité qui prend les décisions, mais lui fournit des renseignements et la conseille. Lorsqu'une personne est admise à un programme, il est nécessaire de s'adonner à une certaine planification qui mène à l'élaboration d'une sorte de « plan de protection » en corrélation avec la gravité des menaces.

Dans la plupart des pays qui ont instauré un processus officiel d'approbation, il existe des dispositions pour un processus simplifié d'autorisation de mesures temporaires urgentes. Des questions de coût sont souvent soulevées relativement aux décisions concernant ces mesures temporaires.

La plupart des programmes de protection examinent l'aptitude des témoins à s'adapter au programme, à savoir si le témoin est stable ou s'il présente de graves problèmes émotionnels, psychologiques ou de dépendance à des substances chimiques ou d'abus de telles substances, ou s'il pourrait compromettre le programme de protection.

Avant l'admission du témoin au programme de protection, la police entreprend, en règle générale, une enquête sur la vie du témoin afin de déterminer et d'évaluer tant le niveau de risque encouru par cette personne que tout handicap qui pourrait entraver son admission au programme. Le processus d'évaluation comporte fréquemment un interrogatoire en profondeur du témoin. Cet interrogatoire sert à aider à déterminer l'aptitude du candidat à être admis au programme, à évaluer la probabilité qu'il s'adaptera bien au programme et à établir quelles sont les autres personnes pouvant encourir des risques à leur sécurité si le candidat devait témoigner. Dans le cas de personnes qui ont un mode de vie criminel, l'interrogatoire sert aussi à dresser un compte rendu d'infractions dont elles auraient connaissance ou auxquelles elles auraient pris part.

L'aptitude d'un témoin à être admis à un programme de protection est fonction des facteurs suivants :

- La gravité de l'infraction faisant l'objet de la poursuite (doit être une infraction majeure);
- L'importance de la preuve que le témoin aura à présenter au procès et l'assurance que la déposition sera digne de foi et significative, et que le témoin s'en acquittera;
- À quel point le témoin est essentiel au succès du procès, ou si la preuve peut être présentée par d'autres moyens ou d'autres témoins;
- La possibilité d'accès à des mesures de protection autres que la protection totale et leur pertinence;
- Si le témoin s'est engagé par écrit ou non à faire une déposition au procès;

- L'existence d'une menace directe, évidente ou potentielle sérieuse contre la vie ou la sécurité du témoin ou de sa famille s'il est entendu au procès;
- Le niveau de risque que cette menace se concrétise ou soit mise à exécution;
- Si la police locale possède, ou non, la capacité et les ressources pour assumer la gestion des mesures de protection du témoin;
- L'existence d'une forte probabilité de condamnation si le témoin est entendu au procès¹³⁵.

Les témoins doivent entrer au programme de leur plein gré. Ce critère de consentement a son importance vu que les témoins protégés doivent contribuer activement à préserver leur sécurité et à éviter que du tort ne soit causé à eux et aux personnes de leur entourage immédiat¹³⁶. Ceci ne signifie pas que le candidat jouit de son entière liberté; dans les faits, il peut déjà se trouver en détention.

La garde d'enfants et les droits de visite du parent qui n'a pas la garde constituent un obstacle à l'admission au programme de protection. Lorsqu'un parent se porte candidat au programme, on doit d'abord obtenir une permission écrite de l'autre parent. La police a signalé des cas où un parent avait plusieurs enfants de conjoints différents. De telles situations représentent de sérieux défis pour toutes les personnes concernées.

Membres de la famille qui pourraient se joindre au témoin protégé : Le risque pour les membres de la famille des témoins vulnérables peut également se révéler élevé. S'il est nécessaire d'étendre la protection à des membres de la famille, chacun d'entre eux doit choisir d'être admis au programme de son plein gré et doit être jugé admissible au programme. Plus les membres de la famille sont nombreux, plus il devient difficile de les obliger à se conformer au code de conduite du programme et à en respecter les modalités¹³⁷.

136 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 26.

137 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 27.

Ressortissants étrangers: La protection et la réinstallation de ressortissants étrangers peuvent présenter des défis particuliers¹³⁸. Le rôle de ces témoins et informateurs de police étrangers est toutefois souvent capital dans les cas de terrorisme et de criminalité transnationale. Dans un pays à tout le moins, l'Italie, les étrangers qui collaborent avec la police et la poursuite pour prévenir la commission de crimes par des groupes terroristes peuvent, depuis juillet 2005, devenir admissibles à obtenir une qualité de résident spéciale¹³⁹.

Accords de protection : Dans le cadre du programme fédéral canadien, les témoins signent un contrat officiel avec le gouvernement. Chaque contrat est dressé individuellement et précise la part du gouvernement en matière de soutien et de protection au témoin en contrepartie de la déposition du témoin au procès. L'accord doit spécifier l'obligation de l'organisme de protection d'assurer la sécurité du témoin et de ses proches, ainsi que la durée des mesures de protection. La durée de la protection peut dépendre des risques, tels qu'évalués par l'organisme de protection. L'accord doit également faire état de l'obligation du témoin de garder secrète son ancienne identité, son adresse précédente, son rôle dans la poursuite, etc.; de s'abstenir de participer à des activités qui pourraient augmenter le niveau de risque qu'il court; d'apporter son entière collaboration dans le cadre de l'enquête ou de la poursuite; d'entreprendre des démarches pour se trouver un emploi rapidement; et de prendre des dispositions pour ses comptes impayés, ses contrats et ses obligations financières. L'accord doit également expliquer clairement les circonstances par lesquelles la protection prendrait fin.

Le projet de programme de protection des témoins de l'Union européenne dans les poursuites pour actes de terrorisme et pour infractions reliées au crime organisé transnational propose que l'on pourrait mettre fin à la protection d'un témoin si celui-ci :

- Commet un crime;
- Refuse de fournir la preuve au tribunal;
- Ne rembourse pas ses dettes de frais juridiques ou toute autre dette légitime;

138 T. Abdel-Monem, « Foreign Nationals in the United States Witness Security Program: A Remedy for Every Wrong? », *The American Criminal Law Review*, 2003, vol. 40 (3), p. 1235-1269.

139 N. Piancete, « Analytical Report ».

- Se comporte de façon à compromettre sa propre sécurité et l'intégrité du programme;
- Ne se conforme pas aux directives/règlements de son programme de protection ou contrevient aux conditions établies dans l'accord écrit (accord préalable à l'admission au programme).

De plus, la protection peut prendre fin s'il est déterminé que le témoin n'est plus menacé¹⁴⁰.

Des mesures peuvent être mises en place pour éviter qu'un témoin ne se livre à des activités criminelles alors qu'il est protégé : (a) la réinstallation dans des régions non touchées par des organisations criminelles pouvant recruter le témoin; (b) le transfert dans un établissement de détention spécial où d'autres collaborateurs sont détenus, si le témoin est incarcéré; (c) le soutien à la recherche d'emploi; la modification des renseignements personnels; une attention particulière aux plaintes formulées par le témoin et les membres de sa famille; et (d) une surveillance et un contrôle rigoureux du témoin, des membres de sa famille et de ses collègues¹⁴¹.

L'accord de protection doit être rédigé dans un langage que la personne est en mesure de lire et de comprendre¹⁴². Idéalement, les termes de l'entente devraient être discutés avec les témoins et ceux-ci devraient avoir la possibilité de retenir les services d'un avocat à cet effet.

Durée de la protection : La durée de la participation d'un témoin au programme de protection est en grande partie déterminée par la durée de l'enquête et de la poursuite. La durée minimale de la participation d'un témoin à un programme de protection est habituellement de deux ans¹⁴³. La durée moyenne de trois programmes examinés figurant dans le rapport des bonnes pratiques préparé pour le Conseil de l'Europe était de deux à cinq ans¹⁴⁴. [traduction] « Le principe général qui s'applique est que le témoin protégé ait la possibilité de mener une vie normale

140 ISISC-OPCO-Europol, *Harmonisation of Witness Protection Legislation*.

141 N. Piancete, « *Analytical Report* », p. 37.

142 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 30-31.

143 T. van der Heijden, *Witness Protection Programmes Compared*. Document présenté à la « Second World Conference on the Investigation of Crime: Modern Criminal Investigation, Organized Crime and Human Rights », Durban, Afrique du Sud, 3-7 décembre 2001.

144 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*.

autant que possible et aussitôt que possible¹⁴⁵ ». Par la suite, l'organisme de protection des témoins laissera les participants quitter programme et retrouver une autonomie complète, dès que les circonstances permettront de ce faire en toute sécurité.

Protection de l'identité : Il est souvent nécessaire de mettre en place des mesures qui entrent en conflit avec les lois sur la protection de la vie privée et sur l'accès à l'information afin d'éviter que des personnes ne puissent retrouver des témoins protégés. Essentiellement, ces mesures contournent les pratiques existantes dans le but d'établir la transparence, la fiabilité et la continuité des renseignements sur des personnes¹⁴⁶. De nombreux pays hésitent à procurer une nouvelle identité à des témoins et n'utilisent cette mesure que rarement. Dans certains pays, le changement d'identité peut priver les individus de leur droit constitutionnel de vote et les empêcher de se porter candidats à des élections. Des problèmes peuvent également surgir relativement au droit familial (divorce, garde des enfants) et au droit successoral. Certains observateurs mentionnent également les « victimes involontaires » de la réinstallation de témoins dans de nouveaux domiciles : collectivités dont la sécurité serait menacée par le risque que représentent les criminels qui y sont réinstallés, personnes et organismes se trouvant dans l'impossibilité de recouvrer des dettes de témoins et de leurs personnes à charge; parents et membres de la famille qui perdent leurs droits de visite d'enfants admis au programme de protection avec un conjoint installé dans un nouvel endroit¹⁴⁷.

Fin de la protection : La fin de la protection survient habituellement lorsque les témoins protégés quittent le programme de leur plein gré ou sur décision de l'organisme de protection. La protection prendra également fin si la personne protégée commet une nouvelle infraction ou contrevient aux obligations énoncées dans l'accord de protection, y compris celle de ne pas compromettre sa nouvelle identité. La personne en question doit être dûment avisée de la décision de lui retirer la protection et avoir la possibilité de fournir des explications et d'appeler de cette décision. Dans de telles circonstances, la personne devrait pouvoir obtenir l'assistance d'un avocat, mais ce n'est pas toujours le cas.

145 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 39.

146 A.-M. Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice*, p. 12.

147 N. Fyfe et J. Sheptycki « International Trends in the Facilitation of Witness Co-operation in Organized Crime Cases », p. 322.

Appels et plaintes : En théorie, les droits des témoins protégés à fournir des explications et à appeler des décisions prises à leur endroit par l'organisme de protection des témoins ne sont pas restreints. Le témoin peut, entre autres, faire appel de la décision et demander une enquête à l'interne, entreprendre des poursuites au civil ou exiger un réexamen de la décision par une instance supérieure; il peut aussi formuler des plaintes concernant les mécanismes policiers de surveillance civile. Dans la pratique, les témoins protégés peuvent difficilement pour faire valoir ces droits.

6.2 Collaboration entre organismes de protection des témoins

La concurrence entre les organismes de protection des témoins et les conflits qui en découlent créent fréquemment des difficultés lorsqu'il s'agit d'employer des informateurs de police, et aussi dans le fonctionnement des programmes¹⁴⁸. La collaboration entre ces organismes est essentielle au succès des poursuites qui s'appuient sur les dépositions de témoins protégés¹⁴⁹. Elle est nécessaire pour déceler les cas d'intimidation et elle est capitale quand il faut réinstaller un témoin dans une autre localité. Il est essentiel que la communication entre les organismes de protection soit efficace, rapide et sécuritaire, et que chaque organisme instaure des mesures de précaution internes afin de protéger le caractère confidentiel des renseignements qui doivent être échangés. Les organismes de protection doivent donc prêter une attention particulière aux processus susceptibles d'entretenir une collaboration efficace. Ceci s'applique tant au plan interjuridictionnel (à l'intérieur d'un même pays) qu'au plan international.

Plus d'une mesure de protection (p. ex., la protection de l'identité) exige une interaction entre plusieurs organismes gouvernementaux, souvent à différents paliers. Il est nécessaire d'adopter des procédures pour sensibiliser les organismes en cause et s'assurer de leur collaboration dans l'atteinte de l'objectif commun de justice. Tous doivent travailler de concert pour la protection des victimes¹⁵⁰. Au Canada, les organismes fédéraux

148 C. Norris et C. Dunnigham « Subterranean Blues ».

149 G.E. Brouwer, *Review of the Victoria Police Witness Protection Program*. K. Dedel, *Witness Protection*, p. 33. N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 67. S. Greer, « Where the Grass is Greener? Supergrasses in Comparative Perspective », *Informers: Policing, Policy, Practice*, », publié sous la direction de R. Billingsley, T. Nemitz et P. Bean, Portland, Willan Publishing, 2001, p.123-140 et p. 136. W. Maynard, *Witness Intimidation: Strategies for Prevention*.

150 A.-M. Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice*, p. 12.

et provinciaux se doivent de collaborer étroitement en ce qui concerne l'établissement d'une nouvelle identité pour les témoins protégés. Ainsi, l'assurance-maladie, les statistiques de vie et l'émission des permis de conduire relèvent des gouvernements provinciaux, alors que les numéros d'assurance sociale, les casiers judiciaires et la délivrance des passeports sont de compétence fédérale. Dans son analyse du système québécois, Anne-Marie Boisvert a recommandé que le gouvernement fédéral et ceux des provinces entreprennent des pourparlers afin d'en venir à une meilleure collaboration, particulièrement en ce qui a trait à la détention dans des établissements fédéraux et au changement d'identité¹⁵¹.

La transmission de renseignements entre les différents organismes ne se fait pas sans heurts. Les services de police et les organismes de renseignements sont connus pour leur méfiance à échanger des renseignements à propos de leurs propres informateurs. Les organismes de renseignements ne feraient pas nécessairement confiance aux services de police pour assurer la protection de leurs informateurs.

6.3 Gestion des programmes de protection des témoins

La loi fédérale a conféré la responsabilité du fonctionnement du programme fédéral de protection des témoins au commissaire de la GRC. La situation est différente dans les provinces. En Ontario, le ministre du Procureur général a mis sur pied une équipe spéciale constituée d'agents provenant de services de police et de policiers retraités. La province de Québec a instauré son propre programme. En Colombie-Britannique, le Service de police, la GRC et les services de police municipaux de la province ont créé, en 2003, une « unité intégrée de protection des témoins » afin d'uniformiser les méthodes de protection des témoins utilisant un personnel hautement qualifié en gestion de la protection des témoins et un système conçu pour minimiser les risques, tant pour les services de police que pour les témoins protégés. L'unité comprend quelques agents de services de police municipaux et applique les règlements de la GRC au sein du Groupe de la protection des sources et des témoins.

Du côté des États-Unis, au niveau fédéral, les décisions d'admettre des personnes au programme de protection des témoins relèvent du

151

A.-M. Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice*, p. 17.

Office of Enforcement Administration du ministère de la Justice, en collaboration avec le US Marshalls Service. Ce dernier évalue les risques et prend en charge la protection des témoins. Dans le monde entier se généralise l'opinion qu'il est préférable que les organismes responsables des enquêtes et des poursuites soient tenus à l'écart de la protection des témoins. À la suite de son analyse du système québécois, Anne-Marie Boisvert a également recommandé la création d'un Bureau de protection des témoins relevant du ministère de la Justice¹⁵².

Une étude du Conseil de l'Europe sur les bonnes pratiques en matière de protection des témoins est également arrivée à la conclusion qu'il est important de ne pas établir d'interdépendance entre les organismes de protection et les organismes chargés des enquêtes et des poursuites, qu'il s'agisse du personnel ou des structures. [traduction] « Ce cloisonnement s'avère nécessaire pour assurer l'objectivité des mesures de protection des témoins et pour protéger les droits des témoins. Un organisme indépendant doit assumer la responsabilité de l'admission des témoins au programme de protection, des mesures prises à leur endroit et de la continuité du soutien dont ils bénéficient. Puisque l'organisme chargé des enquêtes détient habituellement plus de renseignements sur le dossier criminel du candidat, sur la nature de l'enquête et sur l'infraction en cause, il collabore souvent avec l'organisme de protection en ce qui concerne l'évaluation des risques encourus par le candidat et sa famille immédiate¹⁵³ ».

Une analyse des programmes européens actuels a fait ressortir trois éléments essentiels concernant les organismes responsables de la protection des témoins : (1) ils doivent collaborer étroitement avec les organismes responsables de l'application de la loi en s'appuyant sur des protocoles clairement définis; (2) l'organisme responsable de la protection des témoins (ou le service de l'organisme responsable de l'application de la loi) devrait avoir un fonctionnement indépendant des autres éléments de l'organisation afin de protéger la confidentialité des mesures prises pour protéger les témoins; (3) le personnel qui assure la mise en place

152 Elle a aussi tracé les grandes lignes du mandat du Bureau proposé. A.-M. Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice : éléments de mise à jour de la politique québécoise*, p. 21.

153 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 38.

des mesures de protection ne devrait pas participer à l'enquête ni à la préparation de l'affaire où le témoin devra présenter des éléments de preuve¹⁵⁴.

Le groupe de travail ISISC-OPCO-Europol a recommandé la mise sur pied d'unités spéciales de protection des témoins, jouissant d'une autonomie appropriée au plan administratif, opérationnel, budgétaire et en matière de technologies de l'information¹⁵⁵. Ce groupe d'experts a également souligné l'importance de la non-participation de telles unités aux enquêtes et à la préparation des causes où les témoins/collaborateurs de la justice doivent faire une déposition¹⁵⁶.

À notre avis, le Canada devrait envisager sérieusement la création d'un programme national autonome de protection des témoins doté des ressources adéquates. Un programme qui fonctionnerait séparément des activités policières normales offrirait une meilleure protection aux témoins et aurait, ce qui serait souhaitable, plus de crédibilité que le programme actuel aux yeux des témoins et des témoins potentiels. La mise sur pied d'un tel programme exigerait la résolution d'un certain nombre de questions d'ordre pratique, logistique et communicationnel; l'on devra aussi compter sur la participation et la collaboration des provinces, de la GRC et d'autres corps policiers canadiens.

6.4 Coûts des programmes de protection

La protection des témoins engendre des coûts élevés, répartis en majeure partie entre les éléments suivants : l'organisme de protection (particulièrement les salaires du personnel), les réinstallations et les résidences temporaires, le soutien financier, le logement et les frais médicaux¹⁵⁷. L'analyse des bonnes pratiques réalisée pour le compte du Conseil de l'Europe a étudié les coûts des programmes de trois pays. Dans l'un de ces pays, les coûts se chiffraient entre 80 000 et 160 000 \$ USD par an, et pouvaient à l'occasion s'élever jusqu'à 250 000 \$. Dans un autre pays, la protection d'un témoin et de trois membres sa famille générait en moyenne des coûts de l'ordre de 80 000 \$ USD. Les coûts se répartissaient principalement dans les catégories suivantes : organisme

154 N. Piacete, « Analytical Report », p. 46-49.

155 ISISC-OPCO-Europol, *Harmonisation of Witness Protection Legislation*, p. 7.

156 ISISC-OPCO-Europol, *Harmonisation of Witness Protection Legislation*, p. 8.

157 T. van der Heijden, *Witness Protection Programmes Compared*.

de protection — salaires du personnel; réinstallations et résidences temporaires; soutien financier; logement; frais médicaux; frais d'avocat. Ce même rapport a conclu que : [traduction] « Malgré que la protection des témoins entraîne des coûts élevés, on les considère raisonnables comparativement à ceux occasionnés par les méthodes d'enquête comme l'infiltration et la surveillance prolongée qui exigent l'emploi d'un grand nombre de personnes. Il ressort donc que la protection des témoins serait plus efficace et moins onéreuse que ces autres méthodes, particulièrement dans le cas du crime organisé¹⁵⁸ ».

Parmi les facteurs qui influent sur les coûts des programmes de protection des témoins, on retrouve : la différence entre la protection d'un témoin seul et d'un témoin dont la famille a aussi besoin d'être protégée, le temps que le témoin passe dans une résidence temporaire, son niveau de vie, la nature changeante des menaces contre lui et son droit à un soutien financier¹⁵⁹.

Les coûts élevés de mesures de protection expliquent en partie pourquoi on restreint l'emploi des ressources disponibles aux infractions majeures et aux affaires d'importance stratégique. Les budgets standard des services de police ne suffisent pas toujours à absorber les coûts des programmes de protection. Si les coûts de la protection des témoins devaient être assumés par les seuls services de police, ceux-ci seraient alors confrontés aux choix difficiles et pas toujours judicieux de protéger une personne au détriment d'une autre ou de favoriser certaines enquêtes par rapport à d'autres. S'exprimant au nom de l'Association canadienne des chefs de police (ACCP), le surintendant Schumacher du Service de police de Winnipeg s'est plaint de ce que le programme national actuel de protection des témoins est « tout simplement inabordable », particulièrement pour les services de police plus petits. [traduction] « Le message que veut transmettre l'ACCP, a-t-il ajouté, est que nous avons besoin d'un programme de protection des témoins restructuré, doté d'un plus grand budget du fédéral, auquel auront accès tous les services de police du pays, quelle que soit leur taille¹⁶⁰ ». Le gouvernement doit donc prendre un engagement clair à cet effet et fournir les ressources suffisantes¹⁶¹.

158 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 41.

159 N. Fyfe et H. McKay, « Police Protection of Intimidated Witnesses », p. 287.

160 G. B. Schumacher, représentant l'Association canadienne des chefs de police, « Testimony before the House of Commons Standing Committee on Public Safety and National Security », 8 mai 2007, p. 2.

161 A.-M. Boisvert, *La protection des collaborateurs de la justice*, p.12.

6.5 Responsabilité

L'utilisation d'informateurs de police et de programmes de protection des témoins soulève de nombreuses questions en apparence insolubles relativement à la responsabilité¹⁶². Le secret qui doit entourer ces activités laisse peu de place à l'adoption de mécanismes de contrôle et de rapport. Même la responsabilité financière des programmes assumés par les services de police a tendance à devenir nébuleuse puisqu'il est difficile d'obtenir des renseignements sur les coûts des programmes, sur les montants attribués à certains cas et sur les indemnités accordées aux informateurs de police et aux témoins. Les mesures actuelles pour demander des comptes des responsables de ces programmes varient d'un pays à un autre. Dans certains pays, dont le Canada, le Parlement (ou une autre autorité publique) exige le dépôt d'un rapport annuel. Plusieurs pays exigent des responsables des programmes la publication d'un rapport d'activités¹⁶³. Aucune de ces dispositions n'est toutefois très satisfaisante du point de vue de la responsabilité.

Les témoins et les informateurs de police très vulnérables, notamment ceux qui s'affrontent à des groupes terroristes, ne sont habituellement pas en position de négocier les conditions de leur collaboration avec les autorités. Les autorités ne respectent pas toujours ces conditions et, dans ce cas, les témoins n'ont que très peu de recours. Ont encore moins de recours à leur disposition les témoins à qui la protection a été refusée parce que les services de police n'étaient pas en mesure de procéder dans une affaire ou n'étaient pas prêts à le faire, ou lorsqu'ils décidaient qu'ils n'avaient plus besoin d'un certain témoin. Puisque nombre de décisions concernant la protection des témoins et l'utilisation d'informateurs de police relèvent toujours de la compétence de la police ou des procureurs, il importe d'équilibrer ces pouvoirs décisionnels discrétionnaires en instaurant des mesures adéquates de protection des droits des témoins et des informateurs de police.

Les mesures ordinaires de surveillance policière apparaissent insuffisantes pour traiter quelques-unes des questions complexes de responsabilité qui découlent de diverses méthodes de protection des témoins et

¹⁶² N. Fyfe, *Protecting Intimidated Witnesses*, p. 65; N. South, « Informers, Agents and Accountability », *Informers: Policing, Policy, Practice*, publié sous la direction de R. Billingsley, T. Nemitz et P. Bean, Portland, Willan Publishing, 2001, p. 67-80.

¹⁶³ N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Cases*, p. 33.

de l'utilisation d'informateurs de police ou d'agents¹⁶⁴. Les témoins peuvent se prévaloir des procédures de formulation de plaintes que la police a mises en place, et certains en ont fait usage. Cependant, dans la réalité, puisque les témoins dépendent toujours de la police pour leur protection, le recours à ces procédures ne constitue pas pour eux une solution pratique et satisfaisante pour obtenir réparation. En outre, les témoins qui ont été admis à un programme de protection disposent généralement de moyens limités de se plaindre du traitement qui leur est fait sans compromettre leur nouvelle identité et sans s'exposer à un danger accru.

6.6 Efficacité des programmes de protection

Des mesures de protection inadéquates peuvent avoir une incidence sur l'issue des poursuites et des procès, et toucher la confiance du public relativement à l'efficacité et à l'impartialité des tribunaux¹⁶⁵. Très peu de recherches ont été effectuées sur le sujet de l'efficacité des programmes de protection des témoins et les données sur leur rentabilité ne sont pas très concluantes. Les succès rapportés de l'utilisation de ces programmes à obtenir des condamnations dans des affaires où ont participé des témoins protégés leur donnent toutefois une image positive¹⁶⁶.

Les trois programmes nationaux analysés dans le rapport du Conseil de l'Europe sur les bonnes pratiques¹⁶⁷ se sont révélés efficaces en ceci qu'aucun des participants, témoins ou membres de leurs familles, n'a été victime d'un attentat de la part de la source de menaces. D'après cette étude, [traduction] « L'efficacité de ces programmes devient manifeste du fait qu'il s'est produit des attentats, certains causant la mort, contre des proches qui n'avaient pas été admis dans un programme de protection et contre des témoins qui avaient choisi de quitter leur programme à un moment où l'organisme responsable de leur protection ne le jugeait pas opportun¹⁶⁸ ». Dans les trois programmes étudiés, des preuves que des

164 Dans son témoignage devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes, M. Paul Kennedy, président de la Commission des plaintes du public contre la Gendarmerie royale du Canada, a fait état des limitations des processus actuels de plaintes auxquels peuvent avoir recours les témoins protégés et des obstacles légaux entravant l'obtention de renseignements pertinents par la Commission. Mardi 29 mai 2007.

165 G.E. Brouwer, *Review of the Victoria Police Witness Protection Program*, p. 3.

166 N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Cases*, p. 27.

167 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 40.

168 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 40.

criminels ont fait des tentatives sérieuses de retracer des témoins ont été étayées. Dans certains cas, il a été nécessaire de réinstaller les participants et leurs familles une seconde fois. Il n'a pas été possible d'obtenir d'aucun de ces pays des données exactes quant au nombre de condamnations obtenues sur la base des déclarations de témoins protégés, ces chiffres n'étant pas disponibles. Comme le met cette étude en perspective, [traduction] « les succès obtenus dans la lutte contre le crime organisé ne devraient pas être attribués aux seules mesures de protection des témoins, mais à la combinaison d'un programme de protection des témoins et d'un système de règlements portant sur la collaboration de coaccusés avec les autorités judiciaires¹⁶⁹ ».

Les rares témoins qu'il a été possible d'interroger après leur réinstallation, aux fins de cette étude, ont dans l'ensemble déclaré qu'ils n'auraient pas accepté de faire une déposition ou en auraient été incapables s'ils n'avaient pas été protégés¹⁷⁰. Il nous faut ajouter que les témoins considèrent rarement la présentation de preuve comme une expérience positive ou gratifiante.

D'autre part, le degré de satisfaction des participants à un programme de protection est rarement mesuré. Un sondage effectué par le Bureau de l'inspecteur général auprès de 300 participants à un programme de protection aux États-Unis, qui aurait révélé que la grande majorité des répondants étaient satisfaits des mesures de protection dont ils bénéficiaient, constitue une des rares exceptions¹⁷¹.

Fyfe et McKay (2000) ont procédé à une évaluation du programme de protection des témoins du service de police de Strathclyde, comprenant des entrevues avec 14 témoins protégés. Ce service de police est le seul au Royaume-Uni à avoir mis sur pied un programme officiel de protection des témoins¹⁷². Les témoins se sont plaints de détresse psychologique, et il y avait des indices clairs au fait que l'expérience avait grandement affecté leur santé mentale¹⁷³. En ce qui concerne l'intimidation de témoins, l'étude n'a pas décelé d'explications claires quant aux signaux

169 Conseil de l'Europe, *Combating Organised Crime*, p. 41.

170 Parliamentary Joint Committee on the National Crime Authority, *Witness Protection*, p. 18.

171 United States Department of Justice, Office of the Inspector General, *United States Marshals Service – Administration of the Witness Security Program. Executive Summary*, Washington, Office of the Inspector General, U.S. Department of Justice, 2005.

172 N. Fyfe et H. McKay, « Police Protection of Intimidated Witnesses », p. 292.

173 N. Fyfe et H. McKay, « Police Protection of Intimidated Witnesses », p. 296

que transmettait la réinstallation des témoins aux auteurs de tactiques d'intimidation. Il est possible que la réinstallation de témoins [traduction] « puisse venir grossir le problème de l'intimidation en démontrant le pouvoir des éléments menaçants de "nettoyer" les collectivités de ce qu'ils croient être des "mouchards" en raison de leur collaboration avec le système pénal¹⁷⁴ ».

Dans les quelques tentatives d'évaluation de l'efficacité des programmes existants de protection des témoins, on a considéré leurs résultats en mettant l'accent principalement sur la sécurité physique des témoins (s'ils ont été victimes d'un attentat ou blessés alors qu'ils participaient au programme) et leur collaboration dans le processus judiciaire (y compris si celle-ci a contribué à la condamnation des accusés). Toutefois, comme l'ont fortement souligné Fyfe et Sheptycki¹⁷⁵, l'évaluation des programmes de protection des témoins ne devrait pas s'arrêter seulement aux statistiques de condamnation et au niveau de sécurité et de satisfaction des témoins, mais devrait aussi prendre en compte d'autres aspects des programmes et leurs conséquences éventuelles, prévues ou non.

Une fois compilées les données disponibles, Fyfe et Sheptycki ont tiré la conclusion que, malgré que l'on invoque souvent la rentabilité financière des programmes de protection des témoins ou, plus souvent, l'utilisation de criminels à titre d'informateurs de police dans des enquêtes criminelles et des poursuites, la preuve est loin d'être concluante. Rapidité d'exécution, ont-ils ajouté, ne doit pas être confondue avec rentabilité, notamment lorsque certaines des nombreuses conséquences de l'utilisation d'informateurs criminels s'opposent aux avantages de certaines pratiques actuelles¹⁷⁶.

7. Coopération internationale en matière de protection des témoins

Puisque les activités de nombreux groupes terroristes ne se limitent pas à un seul pays, la menace qu'ils représentent pour les témoins et les collaborateurs de la justice n'est pas confinée à l'intérieur de frontières nationales. Les tactiques d'intimidation envers des témoins et leurs proches peuvent se manifester dans une multitude de contextes. En outre, il arrive que des témoins doivent se déplacer vers un autre pays et revenir

174 N. Fyfe et H. McKay, « Police Protection of Intimidated Witnesses », p. 298.

175 N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Case*, p. 28.

176 N. Fyfe et J. Sheptycki, *Facilitating Witness Co-operation in Organised Crime Case*, p. 29.

dans leur propre pays au cours de très longs procès criminels. Enfin, il est possible qu'un État, selon sa taille, ses moyens ou autres considérations, se trouve dans l'impossibilité d'assurer la sécurité des témoins.

Pour toutes ces raisons, la participation à la protection des témoins et de leurs familles est devenue un élément essentiel de la collaboration normale entre les organismes responsables des poursuites. De plus, la protection des interprètes, des procureurs eux-mêmes et des membres du personnel judiciaire et correctionnel peut exiger, à l'occasion, les efforts conjugués de différents pays.

Les pays doivent constamment raffiner et perfectionner leurs stratégies en raison de la nature dynamique du crime et du terrorisme transnational. Les différentes modalités et instruments de collaboration se doivent d'être complémentaires et, à mesure que les relations s'établissent, elles peuvent générer des approches intégrées de collaboration et des moyens stratégiques relativement aux enquêtes et aux poursuites pour des infractions transfrontalières. Plus proactives, les approches axées sur les renseignements sont nécessaires pour détecter et perturber les conspirations criminelles et terroristes, démanteler les réseaux terroristes, et appréhender et punir les criminels¹⁷⁷. Les approches axées sur les renseignements doivent toutefois pouvoir s'appuyer sur de l'information fiable provenant d'informateurs de police et de témoins et, dans une grande mesure, sur la communication efficace de ces renseignements et sur leur analyse, à l'intérieur du pays et au-delà de ses frontières. Bien entendu, l'échange de renseignements représente toute une série de nouveaux défis quant à la protection des sources.

L'importance de la coopération opérationnelle transfrontalière entre les organismes chargés de l'application de la loi qui procèdent à des enquêtes et intentent des poursuites pour des crimes de portée transnationale doit être reconnue, et elle a été soulignée dans un certain nombre d'instruments internationaux¹⁷⁸. L'élaboration d'activités opérationnelles conjointes représente une des formes des plus prometteuses de coopération

¹⁷⁷ Voir, par exemple, Conseil de l'Europe, « Crime Analysis », *Combating Organised Crime, Best Practice Surveys of the Council of Europe, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005*, p. 105-144.

¹⁷⁸ L'article 19 de la *Convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational* invite les États Parties à envisager de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux en vertu desquels, pour les affaires qui font l'objet d'enquêtes, de poursuites ou de procédures judiciaires dans un ou plusieurs États, les autorités compétentes concernées peuvent établir des instances d'enquête conjointes. Voir aussi une déclaration similaire à l'article 49 de la *Convention des Nations Unies contre la corruption*.

internationale contre le terrorisme et le crime organisé. Néanmoins, il reste à résoudre plusieurs questions en suspens pour rendre ce type de coopération entièrement fonctionnel sur une plus vaste échelle. L'absence de normes communes et de pratiques reconnues de part et d'autre, la responsabilité de la supervision de l'enquête, la prévention de fuites de renseignements et l'absence de mécanismes pour résoudre rapidement les difficultés précitées comptent parmi les problèmes d'ordre pratique entravant l'organisation d'enquêtes conjointes¹⁷⁹.

Dans le but d'établir une plus grande coopération internationale qui offrirait une protection efficace aux témoins chez eux et dans d'autres pays, il est souvent nécessaire que les organismes responsables de l'application de la loi et les organismes responsables des poursuites négocient des accords avec leurs homologues d'autres juridictions de façon à pouvoir interroger les témoins vulnérables à l'intimidation et aux représailles sans compromettre leur sécurité.

Il faut aussi souvent prendre en compte l'accroissement de la capacité à protéger les témoins et même à les réinstaller dans d'autre pays. L'article 24 (paragr. 3) de la Convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational et l'article 32 (paragr. 3) de la Convention des Nations Unies contre la corruption enjoignent les États Parties à envisager de conclure des accords et de prendre des arrangements avec d'autres États en ce qui concerne la réinstallation de témoins.

Les stratégies proactives d'application de la loi et les enquêtes complexes requièrent souvent que l'on ait recours à des techniques spéciales d'enquête¹⁸⁰. En fait, on ne saurait trop mettre l'accent sur la pertinence et l'efficacité de techniques telles que la surveillance électronique, les opérations d'infiltration, l'utilisation d'agents civils d'infiltration et d'informateurs de police, et les livraisons contrôlées. Ces techniques sont particulièrement utiles pour surveiller des groupes criminels complexes et recueillir des preuves sur leurs activités en raison des difficultés et des dangers inhérents à trouver un accès à de l'information à leur sujet et à recueillir des renseignements et des preuves sur leurs opérations.

179 Voir T. Schalken et M. Pronk, « On Joint Investigation Teams, Europol and Supervision of their Joint Actions », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2002, vol. 10/1, p. 70-82.

180 Voir Conseil de l'Europe, *Terrorisme : Techniques spéciales d'enquête*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005.

Lorsqu'une affaire exige la coopération de plusieurs pays, les différences dans les lois régissant l'utilisation de ces techniques d'enquête et de l'utilisation de collaborateurs de la justice peuvent entraver le travail de la poursuite. Des efforts de taille ont été déployés pour la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational et d'autres initiatives de coopération internationale en vue de déterminer quels sont les obstacles et d'apporter des solutions. Ces efforts sont aussi pertinents en ce qui concerne la prévention d'actes de terrorisme, et l'utilisation par les organismes responsables de l'application de la loi et des organismes de renseignements des mesures préconisées dans la Convention et les autres initiatives a été très remarquée^{181, 182}.

À quelques exceptions près, un vide juridique entoure généralement la coopération internationale en qui concerne le domaine des enquêtes secrètes. Les États membres cherchent constamment à procurer une base légale pour la coopération judiciaire dans les affaires criminelles où prennent part des policiers agissant en secret ou sous une fausse identité¹⁸³, et des agents civils d'infiltration et des informateurs de police. Le International Bar Association's Task Force on International Terrorism a reconnu l'importance de la coopération en matière d'application de la loi et a recommandé aux États d'élaborer une convention multilatérale sur la coopération entre les organismes responsables de l'application de la loi et les organismes de renseignements définissant les moyens, les méthodes et les limitations d'une telle coopération, y compris la protection des droits fondamentaux de la personne¹⁸⁴.

181 La Cour européenne des Droits de l'Homme a sanctionné l'usage de telles techniques dans la lutte contre le terrorisme (*Klass and Others v. Germany*) et, au sein du Conseil de l'Europe, un projet de Recommandation du Comité des Ministres aux États membres relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves y compris des actes de terrorisme est en cours d'élaboration. Voir P. De Koster, « Part 1 – Analytical Report », Conseil de l'Europe, *Terrorism: Special Investigation Techniques*. En particulier, Chapitre 5: « Special Investigation Techniques in the Framework of International Co-operation », p. 35-38. Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, avril 2005, p. 7-43.

182 Une étude des bonnes pratiques relatives à l'interception de communications et à la surveillance envahissante a mené à faire l'observation suivante : [TRADUCTION] « Même si, en principe, la coopération entre les organismes responsables de l'application de et la loi et des organismes de sécurité nationaux peut être fructueuse dans la lutte contre les organisations criminelles, il y a lieu de prendre des précautions supplémentaires pour éviter la cueillette illégale potentielle de renseignements par les organismes de sécurité », Conseil de l'Europe, « Interception of Communication and Intrusive Surveillance », *Combating Organised Crime, Best Practice Surveys of the Council of Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2004, p. 77-104 et p. 102.

183 Par exemple, ce sujet est abordé dans la nouvelle convention d'assistance mutuelle en matière pénale de l'Union européenne.

184 International Bar Association, *International Terrorism: Legal Challenges and Responses: A Report of the International Bar Association's Task Force on International Terrorism*, Londres, I.B.A., 2003, p. 140.

Les pays européens ont déployé des efforts considérables pour élaborer des instruments légaux en vue de définir des critères communs pour la conception et la mise en œuvre de mesures légales et pratiques efficaces de protection et des programmes d'assistance pratiques pour les différentes catégories de témoins, victimes et collaborateurs de la justice. L'objectif visé est de les perfectionner tout en maintenant un équilibre acceptable entre ces mesures de protection et l'exercice des droits de la personne et des libertés fondamentales de toutes les parties en cause. Il n'existe pas actuellement en Europe d'instrument légal liant les parties en droit qui traite de la protection des témoins spécifiquement et dans le détail¹⁸⁵. Toutefois, un certain nombre de recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ont été adoptées afin de traiter spécifiquement de la protection des témoins et de leurs droits¹⁸⁶.

Les mesures suivantes viennent appuyer le soutien à la coopération internationale en matière de protection des témoins :

- Coopération pour l'évaluation de la menace contre un témoin ou une victime;
- Communication rapide des renseignements à propos des risques et menaces potentiels;
- Assistance réciproque pour réinstaller les témoins et assurer la continuité de la protection¹⁸⁷;
- Protection de témoins qui retournent dans un pays étranger pour déposer des éléments de preuve et collaboration en vue d'assurer leur retour en toute sécurité;
- Utilisation de moyens de télécommunications de pointe pour faciliter l'interrogatoire en simultané de témoins protégés tout en sauvegardant les droits de la défense;
- Mise en place de créneaux permanents de communication entre les gestionnaires des programmes de protection;
- Fourniture d'assistance technique et soutien aux échanges de formateurs et de programmes de formation à l'intention du personnel responsable de la protection des victimes;

186 Par exemple, Conseil de l'Europe (2005), Recommandation Rec(2005)9 du Comité des Ministres aux États membres relative à la protection des témoins et des collaborateurs de justice, Strasbourg, Conseil de l'Europe. Voir aussi Conseil de l'Europe (2005b), Recommandation Rec(2005)9 du Comité des Ministres aux États membres relative à la protection des témoins et des collaborateurs de justice, Rapport explicatif, Strasbourg, Conseil de l'Europe.

187 La coopération internationale à cet égard, comme le souligne l'étude sur les bonnes pratiques du Conseil de l'Europe, [TRADUCTION] « est très importante puisque nombre d'États membres sont trop petits pour garantir la sécurité des témoins menacés qui sont réinstallés à l'intérieur de leurs frontières », (p. 15). « Witness Protection », *Combating Organised Crime, Best Practice Surveys of the Council of Europe*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2004, p. 15-42.

- Conclusion d'accords de partage des coûts dans les initiatives conjointes de protection des victimes;
- Établissement d'accords et de protocoles pour l'échange de témoins incarcérés.

Les coûts de protection d'un témoin étranger sont habituellement à la charge des autorités du pays d'origine. La coopération entre les organismes nationaux de protection à l'échelle internationale est jugée très satisfaisante. Néanmoins, il n'y a toujours que quelques pays à avoir entériné des accords internationaux (bilatéraux ou multilatéraux) de protection des témoins et collaborateurs de la justice. Au Canada, la conclusion d'un accord de réciprocité avec un autre État pour l'admission de ressortissants étrangers au programme de protection des témoins relève de la compétence du Solliciteur général¹⁸⁸. En Europe, un réseau européen de liaison, sous l'égide d'Europol, facilite depuis l'an 2000 la coopération en matière de protection des témoins. Des pays comme le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud et les États-Unis se sont joints à cette initiative européenne¹⁸⁹.

Europol a élaboré deux documents : « Basic principles of European Union police co-operation in the field of witness protection » et « Common Criteria for taking a witness into a Protection Programme ». Cet organisme dispense aussi annuellement de la formation sur la « protection des témoins » et sur « l'utilisation d'informateurs de police ».

Les États de petite taille sont souvent confrontés à des difficultés particulières lorsqu'il s'agit d'offrir une protection efficace aux témoins. Les États membres de la Communauté des Caraïbes, par exemple, ont établi un « Regional Justice Protection Agreement » (CARICOM, 1999) soulignant le besoin de prévenir toute ingérence dans l'administration de la justice par l'intimidation ou l'élimination de témoins, de jurés, de fonctionnaires judiciaires et de juristes, et de membres du personnel d'organismes responsables de l'application de la loi et de leurs collègues. Cet accord prévoit également la mise sur pied d'un centre régional d'administration du programme de coopération.

188 *Loi sur le programme de protection des témoins* (L.C. 1996, ch. 15, art. 14 (2)). Voir G. Lacko, *The Protection of Witnesses*, Ottawa, Groupe de la coopération internationale, ministère de la Justice Canada, 2004.

189 R. Di Legami, « Witness Protection – Europol », présenté à la 10e Conférence annuelle de l'Association internationale des procureurs et poursuivants, Copenhague, août 2005, p. 2.

La coopération internationale en ce qui concerne la protection des témoins s'est nettement améliorée. Au cours des dernières années, toutefois, certaines initiatives de coopération internationale ont été perçues très négativement par rapport à la prévention du terrorisme lorsque des suspects et des informateurs de police ont été victimes de « renvoi extraordinaire » ou sont devenus des « témoins fantômes ». Ils ont en effet été gardés prisonniers et interrogés par les États-Unis ou leurs alliés dans des lieux tenus secrets, et privés de la protection de lois nationales ou internationales¹⁹⁰.

8. Conclusion

La lutte contre le terrorisme ne peut être menée efficacement sans la contribution des informateurs de police et des collaborateurs de la justice. Ils sont habituellement soumis à de grandes pressions visant à les décourager de collaborer avec les autorités et ils sont conscients du danger et des torts que peut entraîner pour eux cette collaboration. Malgré que la recherche sur les programmes et les mesures de protection des témoins, leur fonctionnement, coûts et portée est encore très limitée, la plupart des pays sont venus à la conclusion que les mesures existantes sont, non seulement problématiques, mais aussi très insuffisantes.

Le besoin de mieux protéger les droits des témoins et des collaborateurs de la justice est trop facilement négligé. De par sa nature même, la question de la protection des témoins se soumet avec réticence au droit de regard du public et à la recherche. Les chercheurs, journalistes et autres personnes qui pourraient s'intéresser à la question affrontent des difficultés particulières lorsqu'ils tentent d'obtenir des renseignements pertinents. Dans certains cas, il est même possible que leurs demandes de renseignements constituent un risque supplémentaire pour les témoins ou collaborateurs de la justice vulnérables. Il y a encore trop peu de recherches objectives systématiques et critiques sur les questions d'ordre pratique et éthique relatives aux pratiques actuelles en matière de protection des témoins. La recherche traitant de l'évaluation de l'efficacité de ces mesures accuse aussi des lacunes¹⁹¹. La recherche indépendante

190 J.T. Parry, « The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees », *Melbourne Journal of International Law*, 2005, vol. 6, p. 517-533. Aussi, D. Marty, *Alleged Secret Detentions and Unlawful Inter-state Transfers Involving Council of Europe Member States - Draft report – Part II, Rapport explicatif*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, Comité des Affaires légales et des Droits de l'Homme, 7 juin 2006. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Résolution 1433 (2005) Lawfulness of detentions by the United States in Guantánamo Bay*.

191 N. Fyfe et J. Sheptycki, « International Trends in the Facilitation of Witness Co-operation in Organized Crime Cases », p. 321.

sur les sujets corollaires de l'intimidation des témoins, de l'utilisation d'informateurs de police criminels, des négociations entre le procureur et l'avocat de la défense visant à revoir à la baisse le chef d'accusation et du témoignage de complices fait également défaut.

Nous avons souligné la situation particulière de groupes et de collectivités vulnérables qui peuvent devenir la cible d'intimidation généralisée à leur endroit et l'importance de s'attaquer à ce type d'intimidation en vue de prévenir le terrorisme. Nous avons apporté des arguments en faveur de l'établissement de stratégies plus étendues pour protéger des collectivités entières contre l'intimidation et les représailles de la part d'organisations terroristes et de leurs sympathisants. Nous aurions probablement dû mettre davantage l'accent sur la nécessité de réagir à toutes les manifestations d'intimidation et de violence, qu'elles aient visé une personne ou une communauté dans son ensemble, de les prendre au sérieux et d'intenter énergiquement des poursuites chaque fois qu'il est possible de le faire. Les collectivités qui sont ciblées, intimidées et exploitées par des groupes terroristes doivent se sentir en sécurité pour collaborer avec les autorités. Leurs membres doivent être en mesure de croire qu'ils ne seront pas laissés à eux-mêmes s'ils devaient rassembler leur courage et informer les autorités. Par-dessus tout, nous devons nous assurer que nos mesures antiterroristes ne rendent pas ces collectivités encore plus vulnérables à l'intimidation et à la coercition par des groupes radicaux ou terroristes.

La question de l'intimidation de collectivités, elle-même reliée à diverses formes de discrimination, doit être examinée dans une perspective plus large. Chaque Canadien devrait s'inquiéter sérieusement de savoir que certaines communautés au pays peuvent à l'occasion être sous l'effet de la terreur et devenir incapables de se protéger contre des éléments radicalisés qui les intimident et les soumettent à la contrainte.

En ce qui concerne l'utilisation d'informateurs de police, nous avons reconnu que leur rôle dans la lutte contre le terrorisme est aussi problématique qu'essentiel. Non seulement il existe peu de données sur les pratiques relatives au recrutement et à l'utilisation d'informateurs par la police et les organismes de sécurité, mais elles n'obéissent pas à des règlements précis et leur surveillance est très déficiente. Vu que la prévention du terrorisme dépend de plus en plus des renseignements obtenus par des personnes et au regard des nombreuses questions soulevées par les pratiques actuelles, il appert que le moment est venu

d'adopter un cadre juridique précis pour l'utilisation d'informateurs de police et d'agents civils d'infiltration, et de mettre en place un système autonome de surveillance pour assurer le respect de son application.

Nous devrions aussi reconnaître qu'il y a un besoin urgent d'élaborer des directives nationales claires concernant la protection des témoins et des collaborateurs de la justice, et peut-être même d'édicter des lois à cet égard, que le Canada prenne éventuellement ou non la décision de créer un organisme autonome dont dépendra la protection des témoins et des collaborateurs de la justice dans tout le pays. Il est aussi nécessaire de définir clairement le rôle, les responsabilités et les obligations de la police dans ce domaine. Il est également temps d'établir des mécanismes efficaces de formulation de plaintes et de recours à l'intention des témoins menacés et dont les droits sont lésés en raison de mesures de protection déficientes.

Nous avons aussi mis de l'avant le besoin de nous pencher, devant l'augmentation de la menace du terrorisme transnational, sur la question de l'intimidation transfrontalière et de la nécessité qui en découle d'établir une coopération internationale à cet effet. Finalement, nous avons laissé entendre qu'il faudrait mettre en place des moyens plus efficaces pour que les organismes de protection des témoins puissent rendre compte de leurs décisions et de leurs méthodes. Il devient urgent d'instaurer des mécanismes indépendants de surveillance de leurs opérations. Le niveau de confiance dans les mesures actuelles de protection des témoins est souvent très bas, particulièrement dans l'esprit des personnes et des groupes dont la collaboration ne pourra que continuer d'être essentielle dans la lutte contre le terrorisme. Cette situation est particulièrement alarmante puisque ce manque de confiance pourra éventuellement affecter la capacité des autorités à convaincre les informateurs de police et les témoins de prendre le risque dénoncer des crimes et d'offrir leur collaboration.

Yvon Dandurand

Yvon Dandurand est criminologue à l'Université de la vallée du Fraser, à Abbotsford, en Colombie-Britannique, où il exerce actuellement les fonctions de vice-président associé à la recherche et aux études supérieures. M. Dandurand est également associé principal du Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale, institut de recherche établi à Vancouver et affilié au Programme des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale.

Au cours sa longue carrière dans l'enseignement, la recherche et l'élaboration de politiques, M. Dandurand a pu se spécialiser en recherche comparée dans les domaines de la prévention du crime et de la justice pénale. Il a participé à de nombreux projets de réforme de la justice pénale au Canada et à l'étranger, dont plusieurs projets et études liés à la police et à la prévention du crime. Il s'est intéressé de près à l'aide et à la protection en faveur des victimes et des témoins, et plus particulièrement aux défis que pose la protection efficace des témoins et des victimes d'actes criminels, des victimes de la traite des personnes et d'autres formes de crime organisé transnational ainsi que des victimes et des témoins de crimes contre l'humanité.

Ces dernières années, il a collaboré à plusieurs projets des Nations Unies visant à faciliter l'application de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, du *Protocole contre la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, de la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* et des 12 instruments internationaux de lutte contre le terrorisme. Tous ces instruments comportent d'importantes dispositions internationales pour la protection des témoins et des victimes de la criminalité. Il a fait partie de divers groupes d'experts des Nations Unies et a rédigé une foule de guides législatifs, de manuels et d'autres ressources pour faciliter l'application de ces importants instruments internationaux. Il est souvent appelé à donner des conseils aux décideurs dans différents pays et à les aider à planifier des réformes complexes de la justice pénale. Ses analyses comparées servent fréquemment à recenser et à diffuser les pratiques exemplaires visant l'application des conventions internationales par des mesures législatives, des activités de formation et d'autres programmes tenant compte des droits de la personne et des principes de la primauté du droit.

**Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises
à la suite de
l'attentat à la bombe contre le vol d'air india 182**

**Rapport de recherche :
Terrorisme et poursuites criminelles aux États-Unis**

VERSION DÉFINITIVE

**Robert M. Chesney¹
Professeur agrégé de droit
Faculté de droit, Wake Forest University**

¹ Professeur agrégé de droit, Faculté de droit Wake Forest University, Juris Doctor, magna cum laude, Harvard University. Bachelor of Science, magna cum laude, Texas Christian University. Les opinions exprimées dans le présent document sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de la Commission ou du commissaire. Certaines parties de ce rapport sont extraites d'articles et d'ouvrages déjà publiés par l'auteur ou qui le seront prochainement, avec l'autorisation de la State University of New York Press, de l'Harvard Journal on Legislation, de la Southern California Law Review et de la Lewis & Clark Law Review. Voir Robert M. CHESNEY, « Anticipatory Prosecution in Terrorism-Related Cases » dans *The Changing Role of the American Prosecutor*, State University of New York Press, Worrall et Nugent, éditeurs (à paraître en 2007). Robert M. CHESNEY, « The Sleeper Scenario: Terrorism-Support Laws and the Demands of Prevention » 42 *Harvard Journal on Legislation* 1 (2005). Robert M. CHESNEY, « Beyond Conspiracy? Anticipatory Prosecution and the Challenge of Unaffiliated Terrorism », 80 *Southern California Law Review* 426 (2007). Robert M. CHESNEY, « Federal Prosecution of Terrorism-Related Offenses: Conviction and Sentencing Data in Light of the "Soft Sentence" and "Data Reliability" Critiques », *Lewis & Clark Law Review* (à paraître en 2007). Il est possible de rejoindre l'auteur à l'adresse suivante : robert.chesney@wfu.edu.

I. Introduction

À la demande de la Commission, j'ai récapitulé la manière dont la justice pénale des États-Unis traite la question du terrorisme, en mettant spécialement l'accent sur les éléments permettant d'établir des comparaisons fructueuses dans le cadre du mandat de la Commission. Aux fins du présent document, ces éléments concernent :

- le droit pénal substantiel se rapportant au terrorisme, en accordant une attention particulière aux règles juridiques qui visent à éliminer le soutien au terrorisme (y compris le soutien financier);
- les questions processuelles posées par les poursuites contre le terrorisme, y compris les règles régissant l'usage du renseignement en tant que preuve².

II. Droit pénal substantiel

Dans le chapitre I, j'analyserai l'évolution et les tendances récentes en matière de règles juridiques substantielles relatives au terrorisme aux États-Unis. Je commencerai par la décision du département de la Justice, postérieure au 11 septembre 2001, de faire de la prévention contre les futures attaques terroristes une priorité stratégique (décision concernant donc les procureurs fédéraux et le Federal Bureau of Investigation (FBI)). Je décrirai ensuite les diverses méthodes employées par les procureurs pour refléter cette priorité. Ces méthodes vont de la poursuite relativement classique de prévenus associés à certains actes de violence jusqu'à la détention, sans accusation, de terroristes potentiels au motif qu'ils pourraient disposer de renseignements lors d'une enquête entamée par

² Depuis l'automne 2001, les États-Unis ont choisi de classer certains actes de terrorisme dans une catégorie supérieure, celle d'hostilités armées et, partant de ce fondement, ont eu recours à certaines formes de réactions militaires au lieu d'une approche judiciaire nationale. Néanmoins, le gouvernement américain a continué d'exercer des poursuites criminelles au moins dans quelques cas impliquant des terroristes présumés et leurs sympathisants, lorsque l'accusé pouvait avoir des liens avec Al-Qaïda. En conséquence, les aspects de fond et procéduraux de la législation pénale se rapportant au terrorisme ont considérablement évolué au cours des dernières années en dépit de l'importance accordée au modèle militaire. Pour obtenir une analyse de la nature et de l'envergure de l'autorisation donnée par le Congrès en matière d'utilisation de la force militaire comme forme de prévention du terrorisme après le 11 septembre 2001, consulter Curtis A. BRADLEY et Jack L. GOLDSMITH, « Congressional Authorization and the War on Terrorism », 118 *Harvard Law Review* 2047 (2005).

un grand jury, ou à la criminalisation du financement du terrorisme et des autres formes de soutien de la subversion. Comme le mandat de la Commission accorde une importance spéciale à la criminalité servant de soutien au terrorisme, je ferai suivre ce tour d'horizon par un chapitre apportant des données exhaustives sur les décisions d'inculper et les résultats des poursuites pour soutien au terrorisme dans les années suivant les attentats du 11 septembre. Pour conclure, j'analyserai les limites de l'encadrement actuel des poursuites pour soutien au terrorisme.

A. Paradigme de la prévention

Aux États-Unis, bien avant les attaques du 11 septembre, la prévention du terrorisme constituait un objectif important pour les poursuites criminelles fédérales, mais, au lendemain de ces attentats, la prévention est devenue, de toute évidence, la priorité absolue. Une semaine après ces attentats, le secrétaire à la Justice, John Ashcroft déclarait que : [TRADUCTION] « Nous devons tous admettre que notre mission vient de changer » et que le département de la Justice devra adopter une « approche préventive, les bureaux des procureurs fédéraux devant collaborer davantage avec le FBI qu'ils ne l'ont fait antérieurement³ ». De la même manière, le département de la Justice, dans son Performance and Accountability Report (Rapport de rendement et de responsabilité) pour l'exercice 2004, insiste sur [TRADUCTION] « l'effort majeur qu'il convient d'accorder à la protection du territoire national contre les futures attaques terroristes⁴ » et l'un des procureurs fédéraux a fait observer que [TRADUCTION] « dans le contexte suivant les attentats de 2001[...] le président et le secrétaire de la Justice ont confié aux autorités d'application de la loi d'une mission : la prévention des attaques meurtrières avant qu'elles ne surviennent. Cela constitue le nouveau paradigme en matière de répression des infractions⁵. »

Les déclarations récentes des hauts fonctionnaires du département de la Justice abondent dans le même sens. À titre d'exemple, en mai 2006, le sous-procureur général Paul McNulty expliquait que : [TRADUCTION] « Nous misons sur une nouvelle stratégie de prévention. Les attaques du 11 septembre ont modifié le paradigme de l'application de la loi, le faisant passer d'une attitude réactive à une prévention proactive⁶. » Selon un tel

³ Secrétaire américain à la Justice, John Ashcroft, point de presse, 18 septembre 2001, sur le site Web <http://www.usdoj.gov/archive/ag/speeches/2001/0918pressbriefing.htm>.

⁴ Bureau du secrétaire américain à la Justice, Performance and Accountability Report, exercice 2004

⁵ R.TEMPEST, « In Lodi Terror Case, Intent Was the Clincher », Los Angeles Times, 1er mai 2006, à la page B1.

⁶ Sous-procureur général Paul MCNULTY, Discours devant l'American Enterprise Institute, 24 mai 2006, sur le site Web http://justice.gov/dag/speech/2006/dag_speech_060524.html

paradigme, le département de la Justice [TRADUCTION] « n’attend plus une attaque ou la menace d’une attaque pour faire enquête ou entamer des poursuites », au lieu de cela « il fait tout ce qu’il est en son pouvoir pour détecter les risques posés à la sécurité nationale dès l’étape initiale et y répond par des poursuites préventives et prévisionnelles⁷ ». Le secrétaire américain à la Justice, Alberto Gonzales, s’est fait l’écho d’une telle approche en août 2006, lorsqu’il a précisé que la décision concernant le moment d’intervenir [TRADUCTION] « doit être prise au cas par cas par des professionnels chevronnés faisant preuve de discernement — en gardant à l’esprit la nécessité de protéger les sources et méthodes confidentielles de renseignements et de recourir parfois aux éléments de preuves venant de l’étranger pour établir le bien-fondé d’une poursuite⁸ ».

B. Analyse des stratégies de prévention post-11 septembre

D’un point de vue pratique, en accordant une priorité à la prévention, le département de la Justice a adopté une approche hiérarchisée permettant de combiner des stratégies de prévention ciblées et généralisées.

1. Prévention ciblée de type classique

Ce premier niveau est le mieux connu et je m’y référerai en tant que « prévention ciblée de type classique ». Selon un tel intitulé, on peut poursuivre les terroristes présumés directement sur la base d’actes de violence (commis ou simplement prémédités). De telles poursuites sont depuis longtemps pratiques courantes dans l’application de la loi criminelle fédérale concernant le terrorisme. On citera, entre autres, les exemples suivants : *United States v. Saleme*, 152 F.3d 88 (2d Cir. 1988) confirmant une condamnation dans l’attentat du World Trade Center en 1993; *United States v. Rahman*, 189 F.3d 88 (2d Cir. 1989) confirmant la condamnation relativement aux attentats perpétrés contre le World Trade Center en 1993 et plusieurs autres complots; *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (10th Cir. 1998) confirmant la condamnation relativement à l’attentat de 1995 à Oklahoma City. Cette approche conserve toute son importance depuis le 11 septembre, grâce à des exemples connus se traduisant par des condamnations : le procès contre Richard Reid en

⁷ Ibid.

⁸ Secrétaire américain à la Justice, Alberto GONZALES, Commentaires destinés au World Affairs Council de Pittsburgh, « Stopping Terrorists Before They Strike: the Justice Department’s Power of Prevention », 16 août 2006), voir le site Web http://www.usdoj.gov/ag/speeches/2006/ag_speech_060816.html.

rapport avec sa tentative d'attentat contre un vol transatlantique au moyen d'explosifs dissimulés dans ses chaussures, *United States v. Reid*, 369 F.3d 619 (1st Cir. 2004); Zacarias Moussoui pour son rôle dans les attentats du 11 septembre, *United States v. Moussaoui*, 382 F.3d 453 (4th Cir. 2004); Gale Nettles en raison de son implication dans un complot pour faire sauter un tribunal fédéral à Chicago, *United States v. Nettles*, No 06-1304 (7th Cir. 12 février 2007); Shahawar Martin Siraj et James Elshafay pour leur projet d'attaque d'une station du métro new-yorkais, *United States v. Siraj*, No 05-cr-104 (E.D.N.Y. 4 janvier 2007).

2. Prévention généralisée

Pour améliorer la capacité du FBI à remplir sa mission en tant qu'agence nationale du renseignement américain, des efforts considérables ont été consentis depuis les attaques du 11 septembre afin d'intensifier du même coup l'échange d'information entre le FBI et le département de la Sécurité intérieure, de même qu'avec l'ensemble des autres organismes de la Community Intelligence⁹. Selon la récente comparution devant le Congrès de John S. Pistole, directeur adjoint du FBI, ces efforts ont apporté des changements fondamentaux, entre autres : l'intégration des programmes du FBI reliés à la sécurité nationale (incluant l'espionnage, le contre-espionnage, la lutte contre le terrorisme et les armes de destruction massive) en un seul bureau, le National Security Branch; la création de groupes d'intelligence locaux dans chacune des 56 agences du FBI, une transition entre la production de renseignements en tant que simples sous-produits des enquêtes pour en arriver à des efforts prioritaires de recueil de données en fonction des besoins, ainsi que de nouvelles politiques de gestion des ressources humaines destinées à augmenter le prestige et l'attrait d'une carrière professionnelle dans l'espionnage¹⁰. À cet égard, on signalera également la création du bureau du Director of National Intelligence (responsable de la gestion de l'ensemble de l'Intelligence Community) et des centres de regroupement de l'espionnage comme le National Counterterrorism Center, de même que les clauses de la USA PATRIOT Act qui jettent les bases d'un partage d'information entre les enquêteurs criminels et ceux de l'espionnage. Dans certains milieux, ces efforts ont suscité beaucoup de scepticisme¹¹, mais il semble pour

⁹ Voir, p. ex., « The Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004 » IRTPA, Pub. L. 108-458, sur le site Web www.nctc.gov/docs/pl108_458.pdf; Comité special du Sénat américain sur le renseignement, « Open Hearing: Intelligence Reform - FBI and Homeland Security », 25 janvier 2007, commentaires sur <http://intelligence.senate.gov/hearings.cfm?hearingId=2480>.

¹⁰ Voir l'exposé de John S. PISTOLE, « Open Hearing », précité.

¹¹ Voir, p. ex., Richard A. POSNER, *Uncertain Shield: The U.S. Intelligence System in the Throes of Reform*, 2006.

le moins que la circulation de l'information concernant l'espionnage à l'échelle nationale se soit améliorée par rapport à l'époque antérieure au 11 septembre.

Nonobstant ces améliorations, rien ne garantit que les autorités soient informées de toutes les menaces terroristes et, par conséquent, en mesure de les contrer. En vertu de quoi, le département de la Justice maintient ses stratégies de prévention généralisée en plus de contribuer à la prévention par le biais de poursuites contre les présumés terroristes, en fonction de leur conduite réelle ou anticipée.

La forme la plus fondamentale de prévention généralisée concerne, bien évidemment, les mesures de défense passive et de renforcement de la cible telles que l'installation d'équipement de surveillance et de restriction d'accès sur les objectifs probables¹². Mais la prévention généralisée s'effectue également par le biais de poursuites et de telles méthodes ont revêtu une grande importance aux États-Unis depuis le 11 septembre.

a. Application systématique des délits avant-coureurs

La première méthode de prévention généralisée employée par le département de la Justice concernait l'allocation de ressources pour les enquêtes et poursuites de manière à renforcer l'application de certaines lois dans l'ensemble de l'appareil judiciaire. De façon plus spécifique, cette approche cherche à intensifier l'application des lois concernant des conduites ayant une forte incidence dans la préparation des terroristes potentiels, telles que la législation concernant les fraudes liées à l'immigration ou à l'identité ainsi que le blanchiment d'argent.

De tels efforts servent l'objectif de prévention de multiples façons. Tout d'abord, en compliquant l'adoption de comportements avant-coureurs. Par une détection ou une arrestation, on retarde un complot ou on y met fin. Ensuite, en augmentant systématiquement les interventions policières concernant les délits avant-coureurs, on parvient à obtenir des renseignements précieux pour une prévention ciblée. Enfin, cette approche mène parfois à l'arrestation involontaire de terroristes potentiels et à leur neutralisation.

¹² Voir Philip B. HEYMANN, *Terrorism, Freedom, and Security: Winning without War*, Cambridge, MA, The MIT Press (2003).

b. Poursuites contre le soutien matériel au terrorisme

La seconde méthode de prévention généralisée consiste à appliquer l'article 2339B, titre 18 du United States Code (U.S.C.), adopté en 1996, qui considère comme un acte délictueux grave le fait de fournir « des ressources ou un soutien matériels » à toute entité formellement désignée comme « organisation terroriste étrangère » (OTE) par la secrétaire d'État. Aux fins de cette loi, la définition des « ressources ou soutien matériel » englobe toute une série de service et d'éléments, à savoir :

[TRADUCTION] tout bien, corporel ou incorporel, ou service incluant les instruments monétaires ou devises ou garanties financières, services financiers, hébergement, formation, expertise ou assistance, installations secrètes, faux papiers ou fausses identités, équipements de communication, locaux, armes, substances létales, explosifs, personnel (un ou plusieurs individus, y compris la personne concernée) et le transport, à l'exception des médicaments ou des objets et textes religieux¹³ ».

Dans la plupart des cas, l'auteur d'une infraction à l'article 2339B encourt une sentence allant jusqu'à quinze ans de prison et, dans le cas où les procureurs parviennent à démontrer que ce soutien s'est soldé par un meurtre, il s'expose à une condamnation à perpétuité.

De manière significative, l'article 2339B, dans sa formulation même, n'exige pas en fait que les autorités fassent la preuve que l'accusé ait eu l'intention de contribuer à une conduite délictuelle en fournissant un tel soutien et moins encore que ce soutien ait provoqué une quelconque lésion. Au lieu de cela, la loi exige uniquement que l'inculpé ait agi sciemment. Les tribunaux ont débattu sur l'interprétation correcte de ce dernier qualificatif, mais semblent s'accorder sur le fait qu'il exige de prouver que l'accusé connaissait l'identité réelle du destinataire de ce soutien (dégageant ainsi la responsabilité d'une personne qui, faisant des dons à une organisation caritative, ignorait que cet argent allait à une OTE) et que l'inculpé connaissait soit le bénéficiaire désigné en tant

¹³ L'article 2339B intègre par référence la définition de « soutien ou ressources matérielles » déjà contenue dans l'article 2339A(b)(1), titre 18, United States Code, une loi sur laquelle je reviendrai plus longuement dans le texte qui suit.

qu'OTE ou tout du moins que ce bénéficiaire participait à des activités justifiant une telle désignation¹⁴. Bref, l'article 2339B cherche à imposer une forme de responsabilité criminelle stricte (dans le sens que les intentions particulières de l'accusé lorsqu'il fournit un tel soutien ne sont nullement prises en considération) à ceux qui fournissent des ressources ou de l'aide aux groupes désignés, assimilant ainsi cette loi d'une clause d'embargo.

À cet égard, les conséquences de l'article 2339B s'apparentent à celles associées aux sanctions que le président américain a le droit d'imposer selon la International Emergency Economic Powers Act (IEEPA) — Loi sur les pouvoirs économiques en cas d'urgence internationale —, article 1701, titre 50 de l'United States Code et suivants. L'IEEPA est une loi remontant aux années soixante-dix qui délègue au président des pouvoirs d'embargo et de gel des actifs sur une simple déclaration d'urgence nationale incluant une menace à la sécurité, la politique étrangère et l'économie des États-Unis. Depuis 1995, les présidents ont eu recours à l'autorité conférée par l'IEEPA pour imposer de telles sanctions aux entités ou individus étrangers associés au terrorisme¹⁵. En vertu de l'article 1705 du titre 50 du U.S.C., une infraction volontaire¹⁶ à un article de l'IEEPA, incluant la plupart des formes d'échanges ou de services économiques¹⁷, expose le contrevenant à une sentence allant jusqu'à 20 ans d'emprisonnement.

14 Quelques tribunaux de première instance sont allés plus loin, en faisant valoir que la loi pouvait être considérée comme exigeant une preuve que l'inculpé avait l'intention de faciliter une conduite illicite. Voir, p.ex., *United States v. Al-Arian*, 329 F. Supp.2d 1294 (M.D. Fla. 2004) interprétant l'article 2339B comme requérant la preuve que le prévenu avait l'intention précise de faciliter une conduite illicite. Pour une opinion contraire, voir *Humanitarian Law Project v. Gonzales*, 380 F. Supp.2d 1134 (C.D. Cal. 2005) (rejetant Al-Arian).

15 Le premier de ces décrets-lois fut signé par le président Clinton en 1995 et concernait les menaces à la paix au Proche-Orient et il incluait dans ses désignations le Hamas, le Jihad islamique palestinien et le Hezbollah. Voir Exec. Order No 12 947 du 23 jan 1995.

16 L'utilisation de la norme « volontaire » en vertu de l'article 1705 contraste, dans une certaine mesure, avec le mens rea ou intention criminelle requise par l'article 2339B. Si « volontaire » s'interprète comme requérant uniquement que l'accusé accorde résolument son « soutien » à la conduite en question, alors le champ de responsabilité semble aussi strict dans ces deux régimes statutaires. Si par contre, « volontaire » exige une preuve que l'inculpé était spécifiquement conscient de la restriction de l'IEEPA, alors l'article 1705 serait sans conteste un peu plus restrictif que le 2339B. Autant que je sache, aucun tribunal n'a considéré ni adopté l'interprétation la plus restrictive.

17 Un petit nombre d'exceptions — tout particulièrement pour l'échange de communications personnelles ne portant pas sur le transfert d'objets de valeur — sont décrites dans l'article 1702(b) du titre 50 du United States Code.

La combinaison de poursuites pour « soutien matériel » au terrorisme en vertu de l'article 2339B du United States Code et de l'article 1705 de l'IEEPA concrétise l'objectif d'une prévention généralisée en réduisant la possibilité pour les entités et personnes étrangères associées au terrorisme de profiter des ressources des États-Unis. En théorie, cela limite — au moins marginalement — la capacité de nuire à de telles entités sans même que les autorités états-uniennes sachent quelles cibles ou quelles personnes sont visées par de futures attaques. Par conséquent, dans ces cas de soutien ou de services matériels associatifs, le prévenu n'est pas considéré par l'Administration fédérale comme potentiellement dangereux en-soi, mais plutôt comme un individu dont la conduite renforce la capacité des autres à commettre des méfaits. Comme je l'expliquerai plus en détail par la suite, depuis le 11 septembre, les lois concernant le soutien au terrorisme ont également permis de procéder à l'incarcération d'individus potentiellement dangereux.

Avant les attentats de 2001, les poursuites en vertu des articles 2339B et 1705 s'avéraient relativement rares¹⁸. Néanmoins, elles deviennent maintenant banales. Dans les pages suivantes, je fournirai des données sur la fréquence selon laquelle de telles accusations sont portées, de même que sur les types de résultats de telles poursuites.

3. Prévention ciblée de type non conventionnel

Le troisième niveau de la stratégie de prévention du département de la Justice, tout comme le premier, s'intéresse aux individus potentiellement dangereux en leur nom propre et décrits, en ce sens, comme des « cibles ». Mais ce niveau diffère du premier en ce qu'il concerne des stratégies selon lesquelles l'Administration cherche mettre hors d'état de nuire un individu potentiellement dangereux pour la raison qu'il n'aurait que peu ou pas de lien avec les questions terroristes.

a. Mise en accusation préventive en général

L'accusation préventive — également décrite par certains comme une accusation servant de prétexte ou la méthode « Al Capone » — est une

¹⁸ À titre d'exemple, durant la période de cinq ans suivant sa promulgation en 1996 et avant le 11 septembre 2001, on ne semble pas avoir invoqué l'article 2339B que dans seulement quatre causes. Voir Robert M. CHESNEY, « The Sleeper Scenario: Terrorism Support Laws and the Demands of Prevention », 42, *Harvard Journal on Legislation* 1, 19 (2005).

stratégie des procureurs pour poursuivre n'importe quel type d'accusation criminelle possible afin de neutraliser un terroriste présumé, en dépit du fait que cette dénonciation n'ait pratiquement rien à voir avec le terrorisme¹⁹. Autrement dit, dans un tel contexte, les procureurs visent un individu sans motif ou presque concernant le terrorisme. Ils fondent la poursuite sur des bases vaguement reliées au terrorisme ou sans aucune relation avec ce dernier, mais qui se présentent fortuitement à l'égard de ce suspect, par exemple : entrave à la justice, faux témoignages devant les enquêteurs fédéraux, fraudes par carte de crédit, usurpation d'identité. Dans la même veine, on invoque l'application des lois concernant l'immigration par le département de la Sécurité intérieure avec une préoccupation sous-jacente concernant le terrorisme, même si les raisons officielles pour expulser un étranger ne sont pas forcément reliées.

Qu'elle soit infligée au nom d'une poursuite criminelle ou en vertu de l'application de la loi sur l'immigration, la prévalence et les conséquences de cette stratégie d'accusation préventive restent, par leur nature même, difficiles à évaluer. Par définition, dans la plupart des cas, il est impossible pour un intervenant extérieur d'établir qu'une poursuite particulière, sans mention au terrorisme ou instance en immigration, était de fait motivée par des préoccupations antiterroristes. Même si une telle corrélation devenait manifeste grâce à des fuites ou des divulgations officieuses, rien dans la poursuite en résultant ni dans les instances ne permet de prouver un tel rapport causal. Par conséquent, il demeure impossible de quantifier une telle pratique ou de vérifier son efficacité. Tout au plus, on peut se borner à dire que dans la plupart des cas, selon les déclarations des fonctionnaires du département de la Justice, la méthode des accusations préventives ne revêt que peu d'importance dans le nouveau paradigme de prévention²⁰.

Nonobstant les difficultés d'évaluation et de quantification, il s'avère possible de comprendre les raisons des procureurs lorsqu'ils décident de lancer une accusation préventive. Dans certaines circonstances, et peut-être assez fréquemment, les renseignements dont disposent les autorités pour établir un lien entre un individu et l'activité terroriste proviennent

¹⁹ Voir Dan RICHMAN et William J. STUNTZ, « Al Capone's Revenge, An Essay on the Political Economy of Pretextual Prosecution », 105 *Columbia Law Review* 583 (2005).

²⁰ Voir, p.ex., secrétaire adjoint à la Justice Viet Dinh, « Life After 9/11: Issues Affecting the Courts and the Nation », 51 *University of Kansas Law Review* 219, (2003) à la p. 224 [TRADUCTION] (« En cas de suspicion de terrorisme, prenez gare. Nous nous collerons à vous comme votre ombre. Et au moindre délit, nous vous arrêterons et vous mettrons sous les verrous. »)

de l'espionnage et ne peuvent être présentés comme éléments de preuve devant un tribunal, parce que : i) ces renseignements ne sont pas sous une forme admissible selon les règles fédérales en matière de preuves, p. ex., la preuve par oui-dire; ii) la révélation de l'information exposerait ou mettrait en danger indûment une source ou des méthodes (humaines, techniques ou autres) d'obtention des renseignements confidentiels; iii) l'information a été obtenue grâce à un service d'espionnage étranger refusant qu'elle serve à des fins de poursuite. Dans de telles causes, les procureurs parviennent rarement à obtenir une condamnation, et parfois même une mise en accusation, concernant une inculpation reliée au terrorisme. Cependant, ils s'inquiètent suffisamment de la dangerosité d'un individu pour prononcer des inculpations sans rapport avec le terrorisme, mais pour lesquelles existent des preuves substantielles et admissibles.

b. Accusation préventive reposant sur un soutien au terrorisme

Cela dit, il existe un contexte dans lequel l'accusation préventive reposant sur une approche préventive du terrorisme s'avère facile à reconnaître : les poursuites pour soutien au terrorisme dans lesquelles les allégations laissent supposer que les autorités considèrent que l'accusé n'est pas seulement un facilitateur, mais également un terroriste de plein droit. Tel que noté précédemment, l'article 2339B (loi sur le soutien matériel) et l'article 1705 (la loi de l'IEEPA) fournissent des bases suffisantes pour poursuivre ceux qui accordent aide ou assistance aux organisations et aux éléments terroristes étrangers désignés. Selon la nature des choses, une personne suspectée par l'Administration d'être mêlée personnellement au terrorisme est également susceptible d'avoir commis des actes tombant sous le coup de telles lois contre le soutien. Par conséquent, même si les autorités manquent de preuves pour poursuivre un tel suspect pour des actes de violence passés ou, plus exactement, pour des actions violentes à venir, il leur reste l'option de les poursuivre en vertu d'un soutien au terrorisme selon l'esprit de l'accusation préventive.

Comment distinguer une poursuite ordinaire pour soutien d'une autre poursuite motivée partiellement ou totalement par la volonté de mettre hors d'état de nuire un défendeur potentiellement dangereux? Une solution, qui ne va pas sans susciter des réserves, consiste à examiner les allégations des affaires de soutien au terrorisme pour détecter le sous-ensemble de preuves avancé par les autorités selon lequel le prévenu aurait reçu une formation de type militaire ou qu'il aurait de l'expérience

dans le maniement des armes, des explosifs et éléments similaires. Tel qu'on le verra plus en détail dans la partie II.C., il existe plusieurs affaires de telle nature et elles se sont soldées par des sentences relativement lourdes pouvant être décrites comme des poursuites uniquement pour « soutien » au terrorisme. Néanmoins, avant d'en arriver à cette analyse, il importe de décrire une dernière stratégie préventive.

c. Détention d'un témoin essentiel

Dans certaines circonstances, les autorités ne peuvent même pas recourir à une accusation préventive. Lorsqu'elles suspectent qu'un individu est personnellement dangereux ou lié d'une quelconque façon au terrorisme, mais ne peuvent plausiblement l'inculper, de quelles options disposent-elles (hormis les solutions diamétralement opposées d'une détention militaire ou d'une non-intervention), au-delà de l'approche habituelle du placement sous surveillance? L'une des solutions, souvent controversée, à ce dilemme consiste à recourir à la détention du témoin essentiel selon l'article 3144, titre 18 du United States Code.

Cet article dispose qu'un mandat d'arrêt et de détention peut être émis contre une personne sur la preuve par voie d'affidavit que le témoignage de cette personne est [traduction] « capital dans une poursuite criminelle » et qu'il « est devenu impossible de garantir la présence de cette personne par une citation à comparaître ». La loi précise que [traduction] « la mise en liberté d'un témoin essentiel peut être déférée pendant un laps de temps raisonnable jusqu'à ce que la déposition du témoin soit prise conformément au Code fédéral de procédure pénale ». Pour pallier ces limitations, le Federal Rule of Criminal Procedure 46(h) autorise les juges des districts fédéraux à surveiller la détention des témoins essentiels dans leur propre district et à exiger que l'Administration leur fasse rapport toutes les deux semaines pour justifier la prolongation de la détention d'un individu.

L'article 3144 vise ainsi à préserver le témoignage et non pas à fournir un mécanisme pour mettre hors d'état de nuire une personne potentiellement dangereuse en dehors de toute accusation. Néanmoins, il est rapidement devenu évident qu'après le 11 septembre, certaines personnes que les autorités souhaitaient neutraliser pouvaient être décrites comme des témoins potentiels susceptibles de ne pas répondre à une citation à comparaître. Cela a donné l'impression que l'article 3144 pouvait servir de prétexte, ou tout au moins de moyen détourné, pour

obtenir une mise hors d'état de nuire, tout en préservant les éléments de preuves. Par ailleurs, de manière significative, l'Administration a interprété l'article 3144 comme s'appliquant non seulement lors de l'instruction de procès criminels, mais également lors de l'enquête d'un grand jury. Dans l'appareil judiciaire criminel des États-Unis, les grands jurys sont des entités composées de 15 à 23 citoyens dont la responsabilité consiste à analyser les preuves du gouvernement pour établir s'il convient d'en arriver à une imputation. Ils siègent durant une longue période (allant jusqu'à 18 mois, avec possibilité de prolongation sur ordre d'un tribunal) et, bien qu'ils effectuent un examen préliminaire pour un grand nombre de causes potentielles durant leur terme, ils ont le pouvoir de se lancer dans des enquêtes prolongées dans certains cas particuliers, et ils l'exercent.

À la lumière de ces précisions, on peut évaluer les conséquences de l'article 3144 pour un individu soupçonné d'appartenir à Al-Qaida. Il existe de fortes probabilités pour qu'au moins une enquête d'un grand jury reliée à Al-Qaida soit en cours à un moment donné et les procureurs peuvent alors vraisemblablement détenir le suspect en vertu de ce même article et par rapport avec cette enquête. Dans la pratique, les autorités parviennent ainsi à mettre hors d'état de nuire cet individu par le biais du mécanisme de conservation du témoignage.

On ne dispose pas de données précises concernant l'utilisation à titre de prétexte de l'article 3144, même si des organisations comme Human Rights Watch et l'American Civil Liberties Union estimaient en 2005 qu'il avait été appliqué de cette manière pour au moins 70 suspects au cours de la période postérieure au 11 septembre²¹. La prise de conscience du public regardant une telle utilisation de ce décret s'est également intensifiée lors de l'arrestation et de la détention malencontreuse de Brandon Mayfield, un Américain musulman considéré, erronément, comme suspect relativement aux attentats contre les trains de Madrid et placé en détention en vertu de l'article 3144²². En tout état de cause, le département de la Justice a fait preuve de franchise à propos du recours à cette loi à des fins de prévention, lorsque le secrétaire à la Justice de

²¹ Human Rights Watch et l'American Civil Liberties Union, « Witness to Abuse: Human Rights Abuses under the Material Witness Law Since September 11 » (2005), sur le site Web <http://hrw.org/reports/2005/us0605/index.htm>.

²² Voir, p.ex., Bureau de l'inspecteur général, département américain de la Justice, « A Review of the FBI's Handling of the Brandon Mayfield Case » (mars 2006), à la p. 260-62, sur le site Web http://www.usdoj.gov/oig/special/s0601/PDF_list.htm.

l'époque, John Ashcroft, a déclaré peu après les attentats du 11 septembre [traduction] « qu'une mise en détention énergique [...] des témoins essentiels revêt une importance vitale pour prévenir, interrompre ou retarder de nouvelles attaques²³. »

C. Décisions d'accuser et résultats des poursuites pour soutien au terrorisme

Dans le cadre du mandat de la Commission, la stratégie hiérarchisée du département de la Justice présente souvent un intérêt direct dans ses aspects reliés directement aux délits pour soutien au terrorisme. Par conséquent, une analyse exhaustive de l'application pratique des lois concernant ce soutien depuis le 11 septembre s'impose.

J'ai décortiqué toutes les poursuites initiées et rendues publiques durant la période allant de septembre 2001 à juillet 2007 pour lesquelles figure au moins une accusation en vertu de l'article 2339B ou de l'article 1705 (pour ce dernier, je n'ai inclus que les poursuites qui concernent des sanctions spécifiques pour terrorisme, en éliminant celles qui relèvent d'autres questions de politique étrangère telles que les embargos contre l'Iraq et la Libye)²⁴. Pour y parvenir, j'ai fouillé dans de nombreuses bases de données et sources médiatiques pour repérer les possibles cas de poursuites pour soutien au terrorisme. Pour chaque cause à examiner, j'ai employé le système PACER (un système d'accès en ligne aux registres de la cour géré par le bureau administratif des tribunaux des États-Unis) afin de consulter les rapports, imputations et autres documents dans le but de confirmer l'existence, la nature et les décisions relatives aux accusations de soutien au terrorisme. L'ensemble de ces résultats se retrouve résumé en détail aux annexes A et B à la fin du présent rapport.

²³ Secrétaire américain à la Justice, John Ashcroft, point de presse, 31 octobre 2005, sur le site Web http://www.usdoj.gov/archive/ag/speeches/2001/agcrisisremarks10_31.htm.

²⁴ Comme les règlements de l'IEEPA s'appliquant au moyen des sanctions pénales de l'article 1705 peuvent inclure des points sans relation avec le terrorisme, il fut nécessaire d'exclure de ces données certaines poursuites entamées durant cette période en vertu de cet article. Cependant, ce problème ne se pose pas dans le cas de l'article 2339B.

1. Poursuites en vertu de l'article 1705 : En y regardant de plus près

Tout d'abord, on observera les premiers résultats pour les affaires concernant les accusations en vertu de l'article 1705. Les données indiquent que les procureurs fédéraux ont présenté des accusations dans des cas reliés au terrorisme contre 44 accusés de septembre 2001 à juillet 2007. En incluant les chefs d'accusation pour conspiration et tentatives, de même que ceux pour infraction directe aux lois contre le soutien au terrorisme, ces 44 individus se trouvaient confrontés à un total de 220 accusations distinctes en vertu de l'article 1705²⁵. Lors de la rédaction du présent rapport, 87 de ces accusations avaient fait l'objet d'une décision, dont 54 débouchant sur une condamnation (41 par jury, une par procès devant un tribunal et 12 par enregistrement d'un plaidoyer de culpabilité). Vingt des trente-trois accusations restantes ont été rejetées à propos des plaidoyers de culpabilité et autres chefs d'accusation, alors que onze ont fait l'objet d'un acquittement de la part du jury : une par un tribunal et une dernière ayant été rejetée par motion de l'Administration par suite du décès du prévenu.

On dispose des durées moyennes et médianes des sentences pour 41 des chefs ayant abouti jusqu'à présent à une condamnation en vertu de l'article 1705. Elles se retrouvent au tableau 1 :

Tableau 1
Durées des sentences pour les accusations en vertu de l'IEEPA
par chefs, types d'infraction et types de condamnation
(09-2001 au 07-2007)

	Moyenne	Médiane
Infraction directe Procès devant jury (n=24)	86,67	84
Infraction directe Plaidoyer de culpabilité (n=3)	84	84
Article 371 Complot ²⁶ Procès devant jury (n=3)	60	60
Article 371 Complot Plaidoyer de culpabilité (n=1)	57	57
Complot selon l'Office of Foreign Assets Control ²⁷ Procès devant jury (n=1)	120	120
Complot selon l'Office of Foreign Assets Control Plaidoyer de culpabilité (n=4)	81	90
Complot selon l'Office of Foreign Assets Control Procès devant tribunal (n=1)	120	120
Tentative Procès devant jury (n=2)	120	120
Tentative Plaidoyer de culpabilité (n=2)	34,25	34,25

La plupart des accusations susmentionnées en vertu de l'article 1705 se classent selon la catégorie de soutien « simple », en ce sens que les

²⁶ En soi, l'article 1705 ne prévoit pas de responsabilité pour complot, cependant, les procureurs peuvent considérer un complot comme une infraction à l'article 1705 en invoquant l'article 371 du titre 18 de l'United States Code, le décret fédéral de portée générale sur les complots. En vertu de l'article 371, néanmoins, la sentence maximale est fixée à cinq ans.

²⁷ Dans certaines causes, les procureurs ont retenu le complot en vertu de l'article 1705 en se référant au règlement édicté par l'Office of Foreign Assets Control (OFAC Bureau du contrôle des avoirs étrangers du département du Trésor), plutôt que de se reporter à l'article 371. Dans de telles causes, les poursuivants ont obtenu des sentences dépassant le plafond de cinq ans imposé par l'article 371.

imputations n'indiquent pas que l'Administration considère le prévenu comme une personne susceptible de commettre un acte violent. Les allégations relatives à un entraînement militaire ou son équivalent concernent 15 des 44 prévenus et, pour des raisons déjà mentionnées, il serait important d'établir une distinction entre les affaires d'entraînement militaire et les autres poursuites relatives à un simple soutien au terrorisme.

Les accusés ayant suivi une « instruction militaire » lors des affaires en vertu de l'article 1705 sont identifiés au tableau 2 ci-dessous, ainsi que les organisations terroristes respectives et la nature des accusations portées selon l'article 1705 contre chacun des prévenus de même que la décision prise en regard de ces accusations jusqu'en juillet 2007.

Tableau 2 — Accusés ayant prétendument recherché ou suivi une instruction ou une expérience de type militaire selon l'article 1705

Prévenu	Accusation	Organisation	Décision	Sentence
John Walker Lindh	1705	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
	1705 (Complot selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 595.205)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
	1705	Taliban	Plaidoyer de culpabilité	120 mois
	1705 (Complot selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 595.205)	Taliban	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Earnest James Ujaama	1705 (Complot, selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 545.206(b))	Taliban	Plaidoyer de culpabilité	24 mois
Jeffrey Leon Battle	1705 (Complot selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 595.205)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Patrice Lumumba Ford	1705 (Complot selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 595.205)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Ahmed Ibrahim Bilal	1705 (Complot selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 595.205)	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	120 mois
Muhammad Ibrahim Bilal	1705 (Complot selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 595.205)	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	96 mois
Habis Abdulla Al Saoub	1705 (Complot selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 595.205)	Al-Qaida	Rejeté sur motion de l'Administration (tué au Pakistan en 2003)	s.o.
Maher Mofeid Hawash	1705 (Complot selon le titre 31 du Code of Federal Regulations 595.205)	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	84 mois
Faysal Galab	1705	Al-Qaida Oussama ben Laden	Plaidoyer de culpabilité	84 mois
Randall Todd Royer	1705 (Complot selon le Code of Federal Regulations)	Taliban	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Masoud Ahmad Khan	1705 (Complot selon le Code of Federal Regulations)	Taliban	Condamné lors d'un procès	120 mois
Sabri Benkhala	1705 (Complot selon le Code of Federal Regulations)	Taliban	Acquitté lors d'un procès	s.o.
Ahmed Omar Abu Ali	1705 (2 chefs)	Al-Qaida	Condamné par un jury	120 mois
Kobie Diallo Williams	1705 (Complot, selon le titre 18 USC 371)	Taliban	Plaidoyer de culpabilité	En instance
Adnan Mirza	1705 (Complot, selon le titre 18 USC 371)	Taliban	En instance	s.o.

Sans grande surprise, on constate que le sous-ensemble des poursuites pour soutien au terrorisme incluant des allégations d'instruction militaire concerne exclusivement des personnes prétendument liées à Al-Qaida ou au Taliban (9 des 15 défendeurs présumés ont fourni un soutien à Al-Qaida et les 7 autres au Taliban). En revanche, les poursuites pour soutien « simple » (c.-à-d. le reste des autres cas de soutien) portent sur une diversité de groupes en plus d'Al-Qaida et du Taliban, avec une importance particulière pour les entités palestiniennes, telle que le Jihad islamique palestinien et le Hamas.

En ce qui concerne les décisions, l'Administration a remporté un grand succès lors des procès pour entraînement militaire en vertu de l'article 1705. Dix-huit des dix-neuf chefs d'accusation dans ces causes ont fait l'objet d'une décision. Dix de ces dix-huit poursuites ont abouti à des condamnations (sept plaidoyers de culpabilité, deux condamnations du jury et une par un tribunal), six autres furent rejetées en raison de plaidoyer de culpabilité selon d'autres chefs d'accusations. Un chef fut rejeté lors d'un procès devant jury et un autre le fut également au motif du décès du défendeur. De ces dix chefs conduisant à des accusations, neuf ont fait jusqu'à présent l'objet d'une sentence. La sentence médiane pour ces causes s'élève à 120 mois, la moyenne étant de 98,67 mois. Les causes pour soutien simple selon l'article 1705 ont généralement abouti à des sentences plus légères. Dans ces affaires, trente-deux chefs d'accusation ont donné lieu à des sentences d'une durée médiane de 80 mois et d'une moyenne de 79,8 mois.

2. Poursuites en vertu de l'article 2339B : En y regardant de plus près

Au cours des dernières années, les résultats des poursuites en vertu de l'article 2339B se comparent à ceux obtenus en vertu de l'article 1705, à une exception près, cette catégorie concerne plus de personnes et les sentences prononcées tendent à être plus lourdes.

Les données démontrent que les procureurs fédéraux ont porté des accusations contre 108 défendeurs en vertu de l'article 2339B au cours de la période allant de septembre 2001 à juillet 2007. En ajoutant les complots et tentatives aux infractions directes, ces défendeurs étaient confrontés à

un total de 330 accusations distinctes en vertu de l'article 2339B²⁸. Lors de la rédaction du présent rapport, 129 de ces accusations avaient fait l'objet de décisions, dont 66 aboutissant à des condamnations (33 verdicts de culpabilité devant des jurys et 33 reconnaissances de culpabilité lors de transactions en matière pénale). Les vingt-cinq autres chefs d'accusation selon l'article 2339B ont été rejetés en raison d'un plaidoyer de culpabilité pour d'autres accusations. Des 38 autres chefs d'accusation, 6 ont été rejetés sur motion du défendeur, 31 ont l'objet d'un acquittement et un autre a été rejeté par suite du décès du défendeur. Jusqu'à présent, des sentences ont été prononcées dans 54 des 66 accusations débouchant sur des condamnations. Le tableau 3, ci-dessous, illustre les sentences moyennes et médianes en découlant.

Tableau 3
Durée des sentences relatives à l'article 2339B par chefs,
et types d'infraction et de condamnation (09-2001 au 07-2007)

	Moyenne	Médiane
Infraction directe Procès devant jury (n=4)	165	150
Infraction directe Plaidoyer de culpabilité (n=10)	131,10	120
Complot Procès devant jury (n=9)	173,33	180
Complot Plaidoyer de culpabilité (n=12)	82,83	60,50
Tentative Procès devant jury (n=17)	180	180
Tentative Plaidoyer de culpabilité (n=2)	118,50	118,50

Comme pour les causes relatives à l'article 1705, celles relatives à l'article 2339B se divisent entre des affaires portant sur un soutien simple du terrorisme et d'autres poursuites comportant des allégations d'entraînement ou d'expérience militaires laissant présager une dangerosité des individus. De telles allégations se retrouvent pour 31 des 108 inculpés. En incluant les complots et tentatives, de même que les chefs d'accusation concernant des infractions directes à l'article 2339B,

²⁸ Tout comme pour les données concernant l'article 1705, un pourcentage important des chefs d'accusation en vertu du 2339B, y compris les accusations en instance, concerne le procès en cours, Holy Land Foundation (comportant des allégations de soutien financier au Hamas).

vertu de cet article. Au moment de la rédaction du présent rapport, 36 de ces chefs individuels avaient conduit à des décisions, dont 14 débouchant sur des condamnations (2 par verdict du jury et 12 par plaidoyer de culpabilité). Vingt des vingt-deux accusations restantes ont été rejetées par rapport aux plaidoyers de culpabilité et autres chefs d'accusation, alors qu'une seule a fait l'objet d'un acquittement de la part du jury, une autre ayant été rejetée sur motion de l'Administration par suite du décès du défendeur. Le tableau 4 les présente.

Tableau 4
Article 2339B Accusés ayant recherché ou suivi
prétendument une instruction ou une expérience de type militaire

Défendeur	Accusation	Organisation	Décision	Sentence
John Walker Lindh	2339B	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
	2339B	Harakat ul-Mudjahidin	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
	2339B (Complot)	Harakat ul-Mudjahidin	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Earnest James Ujaama	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Jaber Elbaneh	2339B	Al-Qaida	En instance (non placé en détention)	s.o.
Jeffrey Leon Battle	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Patrice Lumumba Ford	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Ahmed Ibrahim Bilal	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Ahmed Ibrahim Bilal	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Habis Abdulla Al Saoub	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté sur motion de l'administration (tué au Pakistan en 2003)	s.o.
Maher Mofeid Hawash	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Yahya Goba	2339B	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	120 mois
	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Shafal Mosed	2339B	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	96 mois
	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Défendeur	Accusation	Organisation	Décision	Sentence
Yasein Taher	2339B	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	96 mois
	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Faysal Galab	2339B	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.

	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Mukhtar al-Bakri	2339B	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	120 mois
	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Sahim Alwan	2339B	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	114 mois
	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
César Lopez (alias Elkin Alberto Arroyav Ruiz)	2339B	Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)	Plaidoyer de culpabilité	180 mois
	2339B (Complot)	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)	En instance (non placé en détention)	s.o.
Tomas Molina Caracas	2339B (5 chefs)	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)	En instance (non placé en détention)	s.o.
	2339B	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	180 mois
lyman Farris	2339B (Complot)	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	60 mois
Randall Todd Royer	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer	s.o.
Masoud Ahmad Khan	2339B (Complot)	Al-Qaida	Acquitté par le tribunal	s.o.
Défendeur	Accusation	Organisation	Décision	Sentence
Mahmoud Youssef Kourani	2339B (Complot)	Hezbollah	Plaidoyer de culpabilité	54 mois
Mohammed Abdullah Warsame	2339B	Al-Qaida	En instance	s.o.
	2339B (Complot)	Al-Qaida	En instance	s.o.
Défendeur	Accusation	Organisation	Décision	Sentence
Nuradin Abdi	2339B (Complot)	Al-Qaida	Rejeté comme partie du plaidoyer pour d'autres accusations	s.o.
Ahmed Omar Abu Ali	2339B (Complot)	Al-Qaida	Condamné par un jury	120 mois
	2339B	Al-Qaida	Condamné par un jury	120 mois
Tarik Ibn Osman Shah	2339B (Complot)	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	En instance
	2339B (Tentative)	Al-Qaida	Plaidoyer de culpabilité	En instance
Mahmud Faruq Brent	2339B (Complot)	Lashkar-e-Taiba	Plaidoyer de culpabilité	180 mois

	2339B (Tentative)	Lashkar-e-Taiba	Rejeté comme partie du plaidoyer pour d'autres accusations	s.o.
Oussama Kassir	2339B (Tentative)	Al-Qaida	En instance (non placé en détention)	s.o.
	2339B (Tentative)	Al-Qaida	En instance (non placé en détention)	s.o.
	2339B (Complot)	Al-Qaida	En instance (non placé en détention)	s.o.
	2339B (Complot)	Al-Qaida	En instance (non placé en détention)	s.o.
Haroon Rashid Aswat	2339B (Complot)	Al-Qaida	En instance (non placé en détention)	s.o.
	2339B (Tentative)	Al-Qaida	En instance (non placé en détention)	s.o.
Syed Haris Ahmed	2339B (Complot)	Lashkar-e-Toiba	En instance	s.o.
	2339B (Tentative)	Lashkar-e-Toiba	En instance	s.o.
Ehsanul Islam Sadequee	2339B (Complot)	Lashkar-e-Toiba	En instance	s.o.
	2339B (Tentative)	Lashkar-e-Toiba	En instance	s.o.
Erick Wotulo	2339B (Complot)	Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE)	Plaidoyer de culpabilité	En instance

Tout comme les prévenus ayant suivi un entraînement militaire dans l'ensemble des données relatives à l'article 1705, leurs homologues de l'article 2339B (dans certains cas, les mêmes personnes apparaissent dans ces deux groupes) sont principalement soupçonnés d'avoir offert un soutien aux groupes extrémistes associés à Al-Qaida. Cette règle connaît des exceptions, néanmoins, à la lumière de l'inclusion dans les données concernant l'article 2339B, un petit nombre de défenseurs ont des liens avec les entités suivantes : Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), Tigres de libération de l'Eelam tamoul (LTTE). Dans tous les cas, la sous-catégorie « soutien simple » en vertu de l'article 2339B reprend celle de l'article 1705 avec l'inclusion d'une base plus étendue de groupes terroristes désignés (y compris les groupes militants palestiniens).

Jusqu'à présent, de ces quatorze chefs en vertu de l'article 2339B conduisant à des accusations lors des poursuites pour formation militaire, douze ont débouché sur une sentence. Lors d'infractions directes selon cet article, associées à des condamnations pour complot, la durée médiane et moyenne des sentences équivalait à 120 mois. Lors d'infractions directes, considérées individuellement, la moyenne était de 128,25 mois et la médiane de 120 mois. Lors d'infractions pour complot, considérées de façon autonome, la durée moyenne était de 103,5 mois et la médiane de 90 mois.

Par opposition aux 14 chefs pour entraînement militaire débouchant sur une condamnation, les 42 chefs d'accusation ont conduit à des condamnations lors des poursuites pour simple soutien et chacune de ces causes s'est soldée par une sentence. Lorsque l'on prend globalement les infractions directes, complots et tentatives, la sentence moyenne est de 180 mois et la médiane de 151,95 mois. Si l'on établit une distinction entre ces diverses formes de responsabilité, la médiane demeure à 180 mois dans chaque cas, mais la moyenne varie de manière intéressante : 157,5 mois pour les infractions directes, 125,88 mois pour complot et 173,53 mois pour tentatives. Comment expliquer cette moyenne supérieure pour les tentatives par rapport aux infractions directes?

La raison vient de la manière dont ces condamnations ont été prononcées. Pour faire court, toutes les condamnations pour tentatives, à l'exception de deux, proviennent de verdicts rendus par des jurys au lieu de plaidoyers de culpabilité. Il ne fait aucun doute que les plaidoyers de culpabilité offrent des réductions de peine par rapport à une procédure

conduisant à un procès et une analyse approfondie des données tend à renforcer un tel point de vue. L'ensemble des condamnations pour simple soutien en vertu de l'article 2339B se divise en 14 chefs débouchant sur des plaidoyers de culpabilité et 28 verdicts rendus par des jurés. Chaque verdict de jury s'est soldé par une sentence maximale de 180 mois, sans égard au motif de l'accusation en vertu de l'article 2339B : soutien direct, complot, tentative. En revanche, les plaidoyers de culpabilité variaient grandement. Certains ont fait l'objet de sentences de 180 mois, mais d'autres ont donné lieu à des sentences aussi légères que 29 mois. La sentence médiane pour les accusations de simple soutien débouchant sur un plaidoyer de culpabilité atteint 64,5 mois, pour une moyenne de 95,86 mois.

D. Limites du cadre juridique criminel concernant le soutien au terrorisme

Les données susmentionnées permettent de soutenir deux propositions. Tout d'abord, elles confirment l'assertion selon laquelle le département de la Justice s'est reposé sur les lois de soutien au terrorisme, non seulement pour restreindre les ressources offertes aux groupes terroristes, mais également pour mettre hors d'état de nuire des personnes soupçonnées par l'Administration de constituer un danger par leur participation à des actes violents. Ensuite, ces données laissent penser que la stratégie adoptée par le département de la Justice a été relativement efficace, au moins en ce qui concerne les taux de condamnations et la durée des sentences, contredisant ainsi les affirmations des médias à ce sujet.

Cela dit, le cadre juridique pour la poursuite criminelle du soutien au terrorisme comporte des restrictions inhérentes. Tel qu'on l'a vu précédemment les articles 2339B et 1705 dépendent tous deux de l'existence d'une « désignation » sous-jacente ayant pour effet d'imposer un embargo sur un groupe ou un individu désigné. Dans le cas de l'article 2339B, c'est le secrétaire d'État qui procède à la désignation d'un prédicat au cours d'une procédure bureaucratique formelle débouchant sur la désignation des « organisations terroristes étrangères ». Dans le cas de l'article 1705, le département du Trésor formule cette désignation (conjointement avec d'autres organismes et selon l'autorité qui lui est déléguée par le président) lors d'un processus passablement similaire consistant à inclure à la fois des groupes et des individus étrangers sur l'une des différentes listes.

La première difficulté, commune aux deux processus, concerne le laps de temps écoulé entre une telle désignation et, soit l'émergence de nouvelles entités ou personnes appartenant au terrorisme, soit le changement de nom, soit la réorganisation des entités déjà désignées. En langage clair, en dépit des meilleures intentions et d'efforts constants, on ne peut s'attendre à ce qu'un processus bureaucratique suive le rythme d'évolution enregistré par de tels groupes ou individus faisant l'objet des préoccupations urgentes du contre-terrorisme. Comme la fourniture d'un soutien à une entité ne peut être criminalisée tant que ces processus n'ont pas abouti et comme cette criminalisation ne peut être rétroactive pour traiter des conduites passées, les lois concernant le soutien au terrorisme ne fourniront jamais une base suffisamment solide pour éradiquer toute une série de conduites risquant de poser problème.

La seconde difficulté revêt une importance au moins équivalente. Même si le processus de désignation de l'IEEPA, appliqué par le biais de l'article 1705, ne permet pas la désignation d'individus, l'essentiel de l'application des articles 2339B et 1705 consiste à procéder à la désignation d'organisations particulières. Une telle approche se conforme aux notions traditionnelles d'organisation terroriste, une rubrique qui prend en compte un ensemble relativement défini et distinct d'associations. Néanmoins, un tel modèle pourrait bien ne pas cadrer du tout avec les dernières tendances. La menace terroriste provient de plus en plus de réseaux relativement lâches, composés d'individus et de groupes partageant les mêmes engagements idéologiques et théologiques, tirant leur inspiration et leurs consignes de sources communes (le tout facilité par l'anonymat et la rapidité de l'Internet), mais sans affiliations concrètes ou institutionnelles les uns avec les autres. Plus ce modèle se diffusera, moins les lois sur le soutien au terrorisme — fondées sur l'identification et la désignation d'entités distinctes — auront une portée pratique.

Aux États-Unis, le département de la Justice semble réagir devant une telle éventualité en recourant de plus en plus au concept de crime inchoatif. Le concept de complot criminel s'est révélé particulièrement utile pour autoriser des poursuites préventives lors de circonstances où les liens avec une organisation terroriste étrangère ne pouvaient être clairement établis. De plus, les procureurs ont également commencé à recourir fréquemment à un autre texte législatif, sur le « soutien matériel », trouvé dans l'article 2339A du titre 18 du United States Code. L'article 2339A, à la différence du 2339B, n'exige pas la preuve que le prévenu ait apporté son soutien à une entité désignée, au contraire, l'identité du destinataire

de ce soutien n'entre pas en ligne de compte. Mais l'article 2339A exige que les procureurs fassent la preuve que l'accusé savait qu'il facilitait, ou avait l'intention de faciliter par ses actions, l'exécution de l'un des douze crimes violents dont la liste figure dans cette loi (par opposition à l'article 2339B qui ne requiert nullement l'établissement d'un tel lien). La difficulté réside dans le fait que les accusations en vertu de l'article 2339A s'avèrent plus difficiles à prouver — en raison de l'exigence subjective d'une intention coupable ou mens rea, apparentée à ce que l'on peut voir lors d'une accusation de complicité —, mais au moins elles peuvent servir au chapitre des complots présumés non attribuables à des groupes ou des individus déjà désignés par le pouvoir exécutif²⁹.

III. Procédure criminelle et considérations fondées sur la preuve

Dans ce chapitre, j'aborderai plusieurs points procéduraux et relatifs à la preuve qui ont surgi lors des affaires reliées au terrorisme aux États-Unis au cours des dernières années, en insistant particulièrement sur les questions suscitées par l'utilisation, lors des litiges, de renseignements obtenus par l'espionnage et autres formes d'information classifiée ou secrète. Je commencerai par une analyse de l'opposition entre l'intérêt des autorités pour préserver la confidentialité de telles informations protégées et l'intérêt d'un accusé pour présenter son plaidoyer et bien évidemment, l'intérêt de la société et de l'État pour un procès équitable. J'examinerai donc la Classified Information Procedures Act (CIPA), titre 18 du United States Code, appendice 3 (1980), qui constitue le premier outil législatif pour maîtriser cette opposition devant les tribunaux américains. Après avoir analysé les obligations, avantages et limites de la CIPA, je m'attaquerai à une série d'autres points connexes, incluant les questions suivantes : i) tenue de procès à huis clos; ii) restriction à la divulgation de l'information classifiée aux avocats du prévenu; iii) obligation pour les procureurs fédéraux de faire des recherches dans les sources des organismes de renseignement pour trouver des éléments disculpatoires à divulguer à l'accusé; iv) problèmes survenant lorsque le droit de l'accusé d'exiger que le tribunal utilise son pouvoir de contraindre des témoins à comparaître se heurte à l'intérêt des autorités à maintenir le détenu sous garde militaire.

²⁹ Pour une analyse approfondie de l'augmentation des complots et de la responsabilité en vertu de l'article 2339A en réaction au « réseau » décrit ci-dessus, voir Robert M. Chesney, « Beyond Conspiracy? Anticipatory Prosecution and the Challenge of Unaffiliated Terrorism », 80 Southern California Law Review 425 (2007).

A. Opposition entre confidentialité et équité

La question concernant l'utilisation de l'information protégée et sensible lors des poursuites criminelles fait intervenir plusieurs valeurs et intérêts contradictoires. Le gouvernement, en tant que gardien de la sécurité nationale, a d'impérieuses raisons de préserver la confidentialité de certaines informations reliées à cette tâche (c.-à-d., les schémas des armements ou l'information sur les sources et méthodes employées par les organismes de renseignement). À l'inverse, les accusés lors des poursuites criminelles scrutent avec grand intérêt les règles procédurales et de fourniture de la preuve leur permettant de monter une défense solide ce qui, dans certains cas, soulève des interrogations sur leur droit d'obtenir de l'information protégée de la part des autorités ou sur le droit de ces mêmes autorités de les poursuivre grâce à une telle information. À un échelon plus général, les enjeux de la société — et par conséquent, du gouvernement — sont énormes, tant dans l'impartialité (réelle et perçue) du système de justice criminelle que dans la prévention de la violence politique et son châtement. Ces oppositions, difficiles à concilier, se retrouvent souvent dans les poursuites terroristes.

1. Intérêts de l'accusé et de la société pour un procès impartial

La Constitution des États-Unis accorde aux prévenus un certain nombre de droits procéduraux et relatifs à la preuve eu égard à la nécessité d'assurer un processus impartial lorsque l'État cherche à priver les individus de leur liberté (ou dans les cas de délits gravissimes, de leur ôter la vie). Le cinquième amendement, à titre d'exemple, indique que « nul ne pourra être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ». Cette assurance a été interprétée comme incluant, entre autres choses, l'obligation de la part du gouvernement de divulguer les preuves disculpatoires à l'accusé et également le droit à disposer d'une occasion favorable de présenter une défense complète. Le sixième amendement confère plusieurs droits supplémentaires à l'accusé, présentant une pertinence dans ce contexte, incluant le droit : « i) d'être confronté avec les témoins à charge; ii) d'exiger par des moyens légaux la comparution de témoins à décharge; iii) d'être assisté d'un conseil pour sa défense. »

2. Intérêts du gouvernement et de la société pour la non-divuligation

Le droit constitutionnel du gouvernement à un intérêt compensateur dans la non-divuligation est moins établi, mais cet intérêt est néanmoins protégé.

Cette question a donné lieu à des discussions infinies de la part des érudits américains : existe-t-il un fondement constitutionnel pour ne pas divulguer au moins une certaine partie de l'information détenue par le pouvoir exécutif dans différents contextes? Qu'elle qu'en soit la réponse — soit que la protection de l'information sensible représente un droit constitutionnel, une grâce statutaire ou une tradition de la common law — il n'en demeure pas moins que les tribunaux états-uniens sont notoirement réticents à imposer de telles divulgations et, même s'ils considèrent la possibilité de le faire, adoptent des normes rigoureuses d'examen aboutissant souvent à une non-divuligation.

Cela devient particulièrement évident dans le contexte de la classification « secret défense » qui stipule que le gouvernement ne peut être obligé à dévoiler une information au demeurant secrète lors de litiges, lorsque le juge conclut qu'une telle divulgation constituerait un danger raisonnable pour la sécurité de la nation³⁰. Cette classification « secret défense » fait fréquemment l'objet de discussions lors des litiges civils contre le gouvernement des États-Unis (ou lors des poursuites civiles entre deux parties privées au cours desquelles le gouvernement intervient). Lorsque ce « secret défense » est invoqué à juste titre dans un tel contexte, son effet peut être pour le moins draconien du point de vue de la partie privée. Les codemandeurs ne peuvent découvrir ni utiliser l'information en question, ce qui aboutit fréquemment à voir leur poursuite rejetée de ce fait³¹. Lors de poursuites criminelles, en revanche, la responsabilité de protéger la confidentialité incombe aux autorités. Comme l'a fait valoir la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Jencks v. United States*, 353 U.S. 657, 672 (1957), [traduction] « C'est au gouvernement que revient le fardeau [...] de décider si le préjudice public de laisser un crime impuni surpasse celui qui découlerait de la possible divulgation des secrets d'État et autres renseignements confidentiels en possession du gouvernement. »

³⁰ L'arrêt faisant jurisprudence de la Cour suprême sur ce sujet concerne *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953). Pour un historique pertinent, voir Robert M. Chesney, « State Secrets and the Limits of National Security Litigation », *George Washington Law Review* (à paraître en 2007), document manuscrit sur le site Web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946676.

Cette dynamique de divulgation par opposition au rejet place le gouvernement devant un choix qui n'en est pas un, ce qui au fil du temps risque d'être perçu comme un problème. À la fin des années soixante-dix, l'application des lois relatives à l'espionnage et aux fuites de l'information classifiée a fait l'objet de préoccupations grandissantes à l'égard des entraves exagérées posées par le graymail, autrement dit le chantage à l'espionnage. Le terme se réfère au scénario divulgation versus rejet des poursuites, décrit antérieurement, qui se présente lorsque l'accusé manœuvre stratégiquement (d'où l'acception péjorative du terme graymail) ou simplement parce que ce dilemme est inhérent à la nature même de l'accusation. En tout état de cause, les préoccupations concernant les conséquences du chantage à l'espionnage sur le caractère exécutoire des diverses lois ont conduit le Congrès à procéder à une enquête sur cette question. Le résultat, décrit en détail ci-dessous, fut la Classified Information Procedures Act (CIPA).

B. Classified Information Procedures Act (CIPA)

La CIPA n'élimine pas et ne modifie pas substantiellement l'équilibre entre la confidentialité et l'impartialité reflétée dans le dilemme divulgation ou abandon des poursuites, bien qu'elle soit souvent décrite comme le faisant. Au lieu de cela, il est préférable de la considérer comme un mécanisme pour réguler le processus par lequel les juges établissent si ce type de dilemme se pose dans un cas particulier.

1. Recherche de la communication de l'information classifiée

Prenons tout d'abord les problèmes survenant lorsqu'un accusé dispose du droit de se faire communiquer l'information en possession des autorités et considérée comme confidentielle. Une telle situation est couverte par l'article 4 de la CIPA. Lorsque les autorités établissent que leurs obligations de communication à l'accusé comprennent de l'information classifiée qu'elles ne souhaitent pas fournir³², l'article 4 les autorise à soumettre une requête au tribunal sur une base *in camera*, *ex parte*³³ (c.-à-d., en

³² Par la nature des choses, le District of Columbia Circuit est plus susceptible d'entendre des affaires reliées à la CIPA que d'autres tribunaux. Il a fait valoir que [traduction] « l'information classifiée ne peut être divulguée sur une simple démonstration de la pertinence théorique face au privilège des autorités concernant l'information classifiée, mais que le point de départ pour procéder à la divulgation requiert qu'un accusé recherche ce type d'information en [...] démontrant qu'elle au moins utile pour la défense ». *United States v. Yunis*, 867 F.2d 617, 623 (D.C. Cir. 1989) (citation omise).

³³ La nature *ex parte* des procédures empêche par définition le recours à un processus contradictoire, un défaut qui a suscité des critiques. Voir, p. ex., Brian Z. Tamanaha, « A Critical Review of the Classified Information Procedures Act », 13 *American Journal of Criminal Law* 277 (1986) à la p. 306-1.

l'absence du public et de l'accusé) cherchant la permission de trouver une option à une divulgation directe. Le chapitre 4 décrit trois de ces options : i) divulguer uniquement une version rédigée de l'information, c.-à-d. une version où sont [traduction] « effacés certains éléments de l'information classifiée »; ii) fournir un « résumé » non classifié du contenu des documents requis en lieu du document lui-même; iii) fournir une « déclaration admettant les faits pertinents que l'information classifiée tendrait à prouver ».

À cette étape, le tribunal a pour tâche d'établir si l'une de ces options suffirait pour répondre au droit de l'accusé d'avoir accès à l'information protégée. Si tel est le cas, les autorités adoptent l'option pertinente et le problème se trouve ainsi résolu. Cependant, dans la cas inverse, il ne reste au tribunal que peu d'options. En tant que point de départ pour intenter une action, il peut proposer au gouvernement une autre possibilité de procéder à une substitution acceptable³⁴. Si cela ne convient pas, on se retrouve devant au moins une variation du dilemme divulgation-rejet. L'article 4 ne spécifie pas quelles sont les options du tribunal à cette étape, mais tel qu'on le verra plus loin, l'article 6 de la CIPA traite justement de cet aspect. Le tribunal peut, bien évidemment, ordonner le rejet de cette accusation. L'article 6 précise, néanmoins, que le tribunal doit également prendre en compte la possibilité de : i) rejeter uniquement les chefs spécifiques à l'intérieur de l'accusation; ii) rendre une décision [traduction] « contre le gouvernement sur toute question sur laquelle porte l'information exclue »; iii) « supprimer ou limiter tout ou partie de la déposition d'un témoin ». L'article 6 modifie alors le dilemme divulgation-rejet en prévoyant une solution moins draconienne : rendre une décision contre le gouvernement ou l'empêcher de présenter certain élément de preuve (une option dont aurait pu se prévaloir le juge d'un tribunal même sans la CIPA, mais qui est clairement admise dans le cadre statutaire³⁵).

2. Anticipation de la divulgation de l'information classifiée

Un second scénario pour la CIPA concerne le prévenu ayant déjà en sa possession l'information classifiée et se préparant à la divulguer pour sa

³⁴ cf. *United States v. Libby*, No 05-394 (RBW), 2006 WL 3262446 (D.D.C. 13 novembre 2006) (considérant, selon une disposition connexe de la CIPA, que les substitutions proposées étaient inadéquates en regard de la poursuite de *Lewis Libby* et que [traduction] « le gouvernement doit faire ses devoirs et revenir avec une proposition mieux équilibrée »), annulée pour d'autres motifs, 2006 WL 3333059 (16 novembre 2006).

³⁵ cf. *United States v. Moussaoui*, 382 F.3d 453 (4th Cir. 2004) (confirmant le recours déposé par le juge de première instance, par analogie au CIPA, selon lequel les accusations qui ne seraient pas rejetées par le gouvernement écarteraient la possibilité de rechercher la peine de mort ou de tenter de prouver que l'accusé était lié aux attentats du 11 septembre).

propre défense (une situation très plausible dans le cas de fonctionnaires accusés d'espionnage ou de fuites de l'information classifiée, par exemple) ou qui simplement s'attend à obtenir une telle information de la part des autres durant les instances du procès ou lors de la phase précédant l'instruction.

Dans de telles circonstances, l'article 5 de la CIPA exige que le prévenu fournisse à l'avance, un avis écrit de ses perspectives à la fois au gouvernement et à la cour. Le gouvernement doit alors disposer d'une « opportunité raisonnable » pour déposer une motion devant le tribunal en vertu de l'article 6 de la CIPA. Comme point de départ pour poursuivre, le tribunal doit d'abord établir si l'information en question serait admissible, même en l'absence du problème de classification³⁶. En faisant l'hypothèse que c'est bien le cas, le processus de l'article 6 ressemble à bien des égards au processus de l'article 4 décrit ci-dessus.

De nouveau, le tribunal a comme première obligation d'établir si certaines substitutions de l'information classifiée — y compris, en particulier, l'utilisation de résumés non classifiés ou d'une admission de fait stipulée — pourraient suffire à respecter les droits de l'accusé. L'article 6 indique expressément que de telles substitutions doivent être réservées uniquement aux cas où l'on trouve [traduction] « que l'énoncé ou le résumé fournira à l'accusé substantiellement les mêmes possibilités de monter sa défense qu'une divulgation de l'information classifiée. Si le tribunal juge qu'une substitution ne correspondrait pas à cette norme³⁷, le dilemme divulgation-rejet se pose de nouveau (même si, comme noté antérieurement, la cour fournira probablement d'autres occasions pour réaliser une substitution adéquate).

L'article 6 considère une telle perspective de la manière suivante. Si le gouvernement a accompagné la motion de substitution susmentionnée d'un affidavit in camera, ex parte [traduction] « certifiant que la

³⁶ Pour consulter un exemple d'opinion considérant que l'information ne serait admissible d'aucune façon selon les Règles fédérales de la preuve, voir *United States v. Mohamed*, 410 F. Supp.2d 913 (S.D. Cal. 2005) (soutenant qu'un prévenu ayant enfreint les lois de l'immigration n'aurait pas le droit de choisir l'information classifiée concernant la partialité présumée de l'agent ayant procédé à son arrestation, au motif que la force probante d'un tel événement se trouverait fortement contrebalancée par son effet préjudiciable et au risque de susciter la perplexité du jury, en violation à la Règle fédérale de présentation de la preuve 403).

³⁷ Pour consulter des exemples d'opinions considérant que des substitutions pourraient s'avérer conformes aux droits constitutionnels de l'accusé, voir *United States v. Salah*, 462 F. Supp.2d 915 (N.D. Ill. 16 novembre 2006); *United States v. Scarfo*, 180 F. Supp.2d 572 (D.N.J. 2001).

divulcation d'information classifiée pourrait constituer une atteinte à la sécurité nationale des États-Unis et expliquant le fondement pour la classification d'une telle information », le tribunal pourra expressément ordonner au prévenu de ne pas divulguer une telle information. La cour peut alors rejeter directement l'accusation, à moins que le tribunal ne trouve que l'une des options suivantes s'avère plus appropriée : i) rejeter uniquement certains chefs spécifiques à l'intérieur de l'accusation; ii) rendre une décision « contre les États-Unis sur toute question sur laquelle porte l'information exclue »; iii) « retirer ou exclure tout ou partie de la déposition d'un témoin ».

C. Limiter la portée des divulgations de renseignements classés secrets

Il existe plusieurs autres contextes, dont certains ont relativement peu de liens avec la CIPA, où l'intérêt du gouvernement pour le secret et l'intérêt de l'accusé en matière d'équité procédurale entrent également en jeu. Même lorsqu'il s'avère que le gouvernement est prêt à divulguer des renseignements classés secrets, par exemple à la défense, il reste à savoir si le gouvernement peut quand même cacher l'information au grand public. Et lorsque le gouvernement accepte de divulguer l'information, qu'en est-il lorsqu'il la transmet à l'avocat de la défense, mais pas à l'accusé?

1. Audience du tribunal hors la présence du public

Au départ, il y a la question de savoir si le fait de divulguer de l'information à l'accusé ou à l'avocat de la défense engendre automatiquement la nécessité de la dévoiler également au public. La réponse est non. Selon l'article 8 de la CIPA, les différentes formes de renseignements classés secrets [traduction] « peuvent être admises en preuve sans changer leur caractère secret » et, en outre, l'article 3 prévoit l'émission d'ordonnances de protection interdisant aux accusés de révéler [traduction] « tout renseignement classé secret qui [leur] a été divulgué par les États-Unis ».

United States v. Marzook fournit un exemple récent de ce principe dans la pratique. Voir 412 F. Supp.2d 913 (N.D. Ill. 2006). Plusieurs accusations avaient été portées contre Muhammad Hamid Khalil Salah, dont celle d'avoir fourni un soutien matériel au Hamas (il est à noter que Salah a été acquitté relativement à cette accusation en février 2007, au terme d'un procès avec jury). Au soutien de ses prétentions, le gouvernement

avait l'intention de mettre en preuve des déclarations orales et écrites que Salah avait faites en 1993, alors qu'il était détenu en Israël. Salah a déposé une requête afin que ces éléments de preuve soient supprimés, faisant valoir que ses déclarations avaient été faites sous la contrainte de ceux qui l'interrogeaient. Le gouvernement a répliqué en faisant des démarches afin que deux membres de l'Israel Security Agency (ISA) viennent témoigner lors de l'audience devant statuer sur cette demande de suppression. Cependant, pour que cela puisse se faire, le gouvernement a demandé que l'audience ne soit pas ouverte au public et que les agents aient la permission de témoigner sous des pseudonymes (c.-à-d. sans divulguer leur véritable identité à qui que ce soit, y compris Salah), afin qu'ils puissent tous deux assurer leur sécurité et [traduction] « l'inviolabilité des méthodes de collecte de renseignements de l'ISA ».

En ce qui concerne l'utilisation de pseudonymes, le tribunal a noté que cette façon de procéder avait été approuvée dans d'autres causes pour des raisons de sécurité (le tribunal a cité *United States v. Abu Ali*, 395 F. Supp.2d 338, 344 (E.D. Va. 2005))³⁸. Le tribunal a également insisté sur le fait que dans le cadre de leur travail (y compris lors de leur contact avec Salah en 1993), les agents avaient toujours utilisé ces pseudonymes particuliers et donc que, dans les faits, cela n'empêcherait pas Salah de pouvoir les contre-interroger. Le tribunal leur a par conséquent permis de témoigner dans ces conditions.

Eu égard à la tenue de l'audience hors la présence du public, le tribunal a trouvé des références solides au soutien de la proposition voulant que le droit du public d'être présent lors de l'audience [traduction] « peut dans certains cas céder la place à d'autres droits ou intérêts tels que [...] l'intérêt du gouvernement à interdire la divulgation de renseignements confidentiels ». 412 F. Supp.2d à la p. 925 (le tribunal a cité *Waller v. Georgia*, 467 U.S. 39, 45 (1984). Voir également *Press-Enterprise Co. v. Superior Court*, 464 U.S. 501, 510 (1984) (qui a soutenu que la présomption en faveur de procédures publiques ne peut être écartée [traduction] « que par un intérêt prépondérant fondé sur des conclusions que le huis clos est essentiel afin de préserver des valeurs supérieures et qu'elle est conçue de façon à avoir une portée restreinte afin de servir cet intérêt »). Dans

³⁸ Néanmoins, la pratique semble être rare et continuer à susciter la controverse. Voir Greg Krikorian, « Anonymous Testimony Pushes Limits: Defense Lawyers Say Justice Isn't Served If They Can't Know the IDs of Israeli Agents », *Los Angeles Times* (26 déc. 2006), à la p. A1 (qui analyse les objections — qui en fin de compte ont échoué — à l'utilisation de procédures impliquant des témoins anonymes dans une cause de financement du terrorisme à Dallas, et souligne la rareté de cette procédure).

cette affaire, la nécessité de prévenir une divulgation non nécessaire de renseignements confidentiels, ainsi que la nécessité d'assurer la sécurité des agents israéliens ont toutes deux suffi à justifier que l'audience se déroule hors la présence du public³⁹.

2. Divulgence à l'avocat de la défense seulement?

Est-ce que la poursuite peut révéler l'information à l'avocat de l'accusé seulement, sans que l'accusé en soit également informé? Comme un tribunal l'a fait remarquer dans une cause reliée au terrorisme, [traduction] « [l']histoire législative de la Loi suggère qu'à l'origine, la CIPA a été rédigée afin de gérer la divulgation de renseignements classés secrets dans les causes où l'accusé avait déjà été en possession de renseignements confidentiels auparavant⁴⁰ ». En d'autres termes, les rédacteurs de la CIPA avaient à l'esprit l'espionnage et les poursuites relatives à des fuites dans lesquelles la préoccupation première était d'éviter la divulgation, au public et non à l'accusé (qui aurait déjà eu connaissance de cette information), de renseignements classés secrets. Les causes de terrorisme, dans la mesure où elles découlent d'enquêtes de services de renseignements étrangers et de l'information obtenue grâce à la coopération d'agences d'autres États, ont tendance à mettre en jeu de l'information que le gouvernement aimerait cacher, non seulement au public mais aussi à l'accusé. Dans la mesure où, à la lumière des considérations décrites précédemment, le gouvernement est obligé de divulguer une telle information à la défense, cela soulève la question de savoir s'il peut s'acquiescer de cette obligation en limitant la divulgation à l'avocat de la défense, à l'exclusion de l'accusé lui-même.

La question s'est posée dans l'affaire *United States v. bin Laden*, dans laquelle étaient poursuivis des membres d'Al-Qaida ayant eu un lien avec les attentats contre les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie, survenus en 1998. Dans cette cause, pendant l'étape de la communication préalable au procès, de l'information classée secrète avait été mise à la disposition de la défense, sous réserve d'une ordonnance de protection qui exigeait que pour pouvoir prendre connaissance de cette information, toute personne devait avoir un certificat de sécurité. Au moins certains avocats de la défense avaient l'autorisation requise,

³⁹ Pour un résultat semblable, voir *United States v. Renshaw*, 221 F. Supp.2d 1252 (W.D. Wash. 2002).
⁴⁰ *United States v. bin Laden*, No. 98 cr. 1023, 2001 WL 66393 (S.D.N.Y. 25 janv. 2001).

mais aucun des accusés ne l'avait, ce qui n'est pas étonnant. Les accusés ont fait valoir qu'en leur refusant la possibilité de pouvoir aider leurs avocats à évaluer l'information, leur droit à l'assistance efficace d'un avocat avait été violé. Le juge de district fédéral a reconnu qu'en temps normal, l'accusé doit avoir un accès complet à toute l'information fournie lors de la divulgation, mais il a fait remarquer que ce droit était sujet à des exceptions. Citant un large éventail d'autres situations où l'information, souvent pour des raisons liées à la sécurité, n'est pas révélée à l'accusé mais mise à la disposition de l'avocat de l'accusé, le tribunal a rejeté la contestation et confirmé l'ordonnance de protection.

La décision dans bin Laden a donc conclu que la divulgation à la défense peut être limitée à l'avocat de la défense, du moins à l'étape de la communication préalable. Cependant, cela ne veut pas nécessairement dire que l'accusé pourrait être également exclu lors de la présentation de la preuve pendant le procès lui-même. Le tribunal a conclu dans bin Laden qu'il était approprié dans ce cas d'exclure les accusés des audiences en lien avec la CIPA, mais non du procès lui-même⁴¹.

D. Information disculpatoire entre les mains de l'Intelligence Community

Dans les années 1960 et 1970, la Cour suprême des États-Unis a jugé que le droit de l'accusé à un procès équitable, garanti par le cinquième amendement, incluait le droit à une divulgation complète de la preuve en la possession du gouvernement et qui pourrait disculper l'accusé (*Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83, 87 (1963)) ou récuser les témoins du gouvernement (*Giglio v. United States*, 405 U.S. 150, 154 (1972)). Selon le *United States Attorneys' Manual*, un manuel de politique du Département de la Justice, ces obligations s'étendent à [traduction] « tous les membres de l'équipe de la poursuite », définie de manière à inclure [traduction] « les fonctionnaires chargés de l'application de la loi du fédéral, d'un état et au niveau local et d'autres fonctionnaires du gouvernement participant à l'enquête et à la poursuite dans le cadre d'une cause criminelle contre l'accusé ». *United States Attorneys' Manual*, § 9-5.001(B)(2)⁴². Mais est-ce

⁴¹ Cf. U.S. Department of Justice, *Criminal Resource Manual* § 2054, part I.C, sur le site Web http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm02054.htm. ([traduction] « La nécessité de certificats de sécurité [en lien avec les ordonnances de protection qui peuvent être émises par le tribunal dans les causes mettant en jeu de l'information classée secrète] ne s'étend pas au juge ni à l'accusé (qui n'y serait vraisemblablement pas admissible, de toute manière) »).

⁴² Cette section du *United States Attorneys Manual* est disponible sur le site Web http://www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/5mcrm.htm#9-5.001.

que cette obligation s'applique également aux différentes composantes de l'Intelligence Community, telles que la Central Intelligence Agency, la Defense Intelligence Agency ou la National Security Agency?

Cette question revêt une importance manifeste dans les causes reliées au terrorisme, puisque la politique antiterrorisme américaine a toujours été une affaire impliquant une collaboration interagences, du moins jusqu'à un certain point, et elle l'est devenue encore davantage depuis le 11 septembre⁴³. Comme un universitaire l'a fait remarquer récemment, [traduction] « les Circuit Courts sont divisées sur la question de savoir si l'obligation du procureur de chercher le type d'information décrite dans Brady s'étend aux agences qui n'ont aucun intérêt dans la poursuite, si elle s'étend seulement aux organismes chargés de l'application de la loi, si elle s'étend seulement aux personnes qui agissent sous la direction ou le contrôle d'un procureur, ou si elle s'étend au type d'information décrite dans Brady qui se trouverait à l'extérieur du ressort d'un procureur⁴⁴ ».

Les règles de principe contenues dans le United States Attorneys' Manual dénotent cette complexité. Les directives données aux procureurs énoncent [traduction] « [qu'é]n règle générale, un procureur ne doit pas chercher à prendre connaissance des dossiers IC [c.-à-d. de l'Intelligence Community], excepté dans les cas où, en raison des faits de la cause, il existe une obligation positive de le faire⁴⁵ ». Selon le Manual, la meilleure façon d'interpréter la jurisprudence postérieure aux décisions rendues

43 La CIPA n'aborde pas la question de savoir jusqu'à quel point l'obligation d'identifier et de divulguer l'information disculpatoire s'étend au-delà des procureurs. Elle prévoit cependant, à l'article 9A, que les procureurs doivent donner des instructions précises aux agences de renseignement, lorsqu'ils considèrent que les renseignements classés secrets provenant d'une telle agence pourraient mener à des poursuites, ainsi qu'aux étapes subséquentes, lorsqu'il est nécessaire de tenir cette agence parfaitement informée eu égard à la poursuite.

44 Pour une vue d'ensemble, voir Mark D. Villaverde, « Structuring the Prosecutor's Duty to Search the Intelligence Community for Brady Material », 88 Cornell Law Review 1471, 1524 (2003). Parmi les causes illustrant l'incertitude entourant cette question, on trouve : United States v. Antone, 603 F.2d 566 (5th Cir. 1979) (qui illustre la norme de « l'équipe de la poursuite » et interprète la portée de l'obligation de divulgation comme s'étendant aux agences sous la direction des procureurs ou qui ont agi en collaboration avec les procureurs dans le cadre de l'enquête sur l'accusé); United States ex rel. Smith v. Fairman, 769 F.2d 386 (7th Cir. 1985) (même chose); United States v. Wood, 57 F.3d 733 (9th Cir. 1995) (qui interprète la norme de « l'équipe de la poursuite » de manière à ne pas la limiter aux agences chargées de l'application de la loi); Smith v. Secretary of New Mexico Department of Corrections, 50 F.3d 801 (10th Cir. 1995) (interprétation large de la norme de l'équipe de la poursuite); United States v. Perdomo, 929 F.2d 967 (3d Cir. 1991) (l'obligation s'étend à toute l'information à la disposition des procureurs, en autant qu'elle est entre les mains de certaines branches de l'État); United States v. Romo, 914 F.2d 889 (7th Cir. 1990) (il n'y a pas d'obligation si l'information n'est pas dans les faits en possession des procureurs).

45 U.S. Department of Justice, Criminal Resource Manual § 2052, sur le site Web http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm02052.htm.

dans Brady et Giglio est qu'une telle obligation peut survenir dans les cas suivants :

- alignement : la composante de l'Intelligence Community est « alignée » sur la poursuite par sa « participation active » à l'enquête ou à la poursuite criminelle (par exemple, par des actions qui vont au-delà du simple fait de fournir des indices ou des tuyaux);
- demandes particulières : lorsque l'accusé demande précisément qu'une recherche de ce type d'information soit faite à l'égard d'une agence en particulier, la poursuite peut avoir une obligation d'accéder à cette demande, selon la relation entre l'obligation de se conformer à cette demande et les fondements de ce qui fait penser que de l'information pertinente pourrait effectivement être découverte;
- contact de la défense avec l'Intelligence Community : il est fort probable qu'une recherche serait nécessaire lorsqu'il appert que l'accusé prétend avoir eu des contacts avec une composante de l'Intelligence Community.

De plus, même en l'absence d'une obligation positive, le Manual recommande que la recherche soit menée de manière prudente dans [traduction] « certains types de causes [...] où des enjeux en lien avec la sécurité nationale ou de l'information classée secrète sont susceptibles de se présenter ». Le Manual conseille entre autres que les recherches soient entreprises de façon prudente dans les causes impliquant le [traduction] « terrorisme international⁴⁶ ».

E. Le droit de l'accusé d'exiger que le tribunal utilise son pouvoir de contraindre des témoins à comparaître et les détenus à l'étranger

C'est une chose que de reconnaître que les procureurs ont une obligation (légale ou de prudence) de chercher l'information disculpatoire en possession de certaines composantes de l'Intelligence Community. Mais,

⁴⁶ Voir id.

selon les circonstances particulières, il peut s'avérer difficile en pratique de véritablement obtenir une collaboration significative de la part de ces agences. En réalité, ces agences pourraient considérer les divulgations potentielles comme une menace, à court et à long terme, à leur priorité institutionnelle la plus importante (c.-à-d. la collecte de renseignements), particulièrement dans la mesure où l'information en jeu concerne les sources et les méthodes de collecte de renseignements.

Cette tension a engendré un important litige dans le procès de Zacarias Moussaoui (accusé d'implication dans les attentats du 11 septembre). Voir *United States v. Moussaoui*, 382 F.3d 453 (4th Cir. 2004). Est-ce que Moussaoui avait le droit de procéder à l'interrogatoire préalable de membres d'Al-Qaïda, capturés par les États-Unis dans le cadre d'un conflit armé en cours⁴⁷ et gardés au secret par l'armée ou l'Intelligence Community à l'extérieur des États-Unis?

À l'origine, Moussaoui cherchait à assigner au moins un de ces détenus, en vue d'obtenir des éléments de preuve disculpatoires concernant le rôle (ou l'absence de rôle) de Moussaoui dans les attentats du 11 septembre. Au départ, le tribunal jugeant au fond a accepté qu'il puisse le faire, estimant que le détenu en question semblait avoir des connaissances au sujet du complot relatif aux attentats du 11 septembre qui pourraient tendre à disculper Moussaoui, ou du moins à atténuer son implication. Cependant, le tribunal n'a pas ordonné un accès illimité au détenu, prenant en considération les préoccupations en matière de sécurité que cela aurait impliqué. Le tribunal a plutôt ordonné que le détenu puisse témoigner par liaison vidéo à distance qui ne permettrait pas de connaître l'endroit où il se trouvait.

Le gouvernement est allé en appel devant la Fourth Circuit Court of Appeals; celle-ci a annulé l'ordonnance et renvoyé la cause au tribunal jugeant au fond en lui ordonnant de commencer par considérer la possibilité d'un compromis semblable à celui requis par la CIPA, c.-à-d.

⁴⁷ Je comprends qu'il existe un ensemble de points de vue qui conteste l'affirmation selon laquelle un conflit armé pourrait exister ou existe dans les faits entre les États-Unis et Al-Qaïda. Le présent rapport ne s'intéresse qu'aux questions qui sont soulevées dans le cadre de poursuites criminelles aux États-Unis dans des causes reliées au terrorisme; cependant, et pour les fins du droit américain, l'existence d'un conflit armé, du moins à certains égards et dans certains contextes, est établie de façon concluante par les décisions prises à cet effet, autant par le Président que par le Congrès. Voir, par exemple, l'Authorization for Use of Military Force (18 septembre 2001), sur le site Web <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c107:S.J.RES.23.ENR>.

remplacer le témoignage du détenu par des écrits. En réponse à cette instruction, le gouvernement a proposé, lors du renvoi, de produire des extraits pertinents des rapports écrits provenant de l'interrogatoire du détenu qui avait cours à ce moment-là. La district court a rejeté cette façon de faire (estimant que les résumés d'interrogatoires n'étaient pas nécessairement fiables) et a par la suite rétabli son ordonnance antérieure exigeant une déposition à distance mais en direct.

Le gouvernement a répondu en indiquant qu'il n'avait pas l'intention de se conformer à cette ordonnance, forçant le tribunal à déterminer si et comment le gouvernement devait être sanctionné pour son refus de faire comparaître les détenus (à ce moment-là, la demande concernait non pas un mais trois détenus) afin qu'ils puissent témoigner à distance. Finalement, la district court a refusé de rejeter l'accusation. Elle a plutôt privé le gouvernement de la possibilité d'exiger la peine de mort contre Moussaoui et, en outre, lors du procès, elle a empêché le gouvernement d'introduire tout élément de preuve reliant Moussaoui aux attentats du 11 septembre.

Le gouvernement est encore une fois allé en appel devant la Fourth Circuit. Dans sa décision, la Cour d'appel s'est d'abord demandé s'il relevait de la compétence d'un tribunal fédéral de forcer à comparaître un témoin n'ayant pas la citoyenneté américaine, détenu par l'armée à l'extérieur des États-Unis (la Cour d'appel a supposé qu'il s'agissait d'une détention par l'armée plutôt que par l'Intelligence Community). La Cour a conclu que le tribunal fédéral avait cette compétence, estimant que cette dernière dépendait de l'endroit où se trouvait le gardien du détenu plutôt que le détenu lui-même (et que lorsque le gardien immédiat d'un détenu est inconnu, l'enquête se tournerait plutôt du côté de l'endroit où se trouve le gardien ultime, tel que le Secrétaire à la Défense). Par conséquent, la seule question en litige était de se demander si dans les faits, la constitution garantissait à Moussaoui le droit de forcer un témoin à comparaître pour ce témoignage en particulier.

D'une part, la Fourth Circuit a conclu que le droit de Moussaoui d'exiger que le tribunal utilise son pouvoir de contraindre des témoins à comparaître est fondamental, et que l'accusé a fait une preuve suffisante que la comparution de ce témoin en particulier, qu'il tentait d'obtenir, était nécessaire à sa défense. D'autre part, la Cour d'appel a noté que ce droit n'est pas absolu, mais qu'en théorie, il pourrait céder la place à des considérations qui se font concurrence. Dans ce cas-ci, la considération

concurrente était l'éventualité d'une ingérence excessive dans le travail de l'instance gouvernementale responsable de la conduite de la guerre. La Cour d'appel a fait remarquer que le témoignage pourrait imposer des fardeaux considérables à cette instance, s'appuyant sur la thèse que ce témoignage pourrait (a) perturber le déroulement de l'interrogatoire, (b) amener d'autres États à douter des garanties de confidentialité données par les États-Unis en matière de coopération internationale dans le cadre de la croisade antiterrorisme, et (c) reconforter l'ennemi.

Confrontée à un choc entre des intérêts comportant chacun un pouvoir de contrainte, la Cour d'appel a fait remarquer que [traduction] « la Cour suprême avait abordé des questions semblables à plusieurs reprises », et que

[traduction] « [d]ans toutes les causes de ce type [...] la Cour suprême a jugé que le droit de l'accusé à un procès conforme aux exigences des cinquième et sixième amendements prévaut sur le privilège gouvernemental. En fin de compte, comme l'ont clairement affirmé ces causes, la procédure appropriée veut qu'il appartienne à la district court d'ordonner la production d'éléments de preuve ou l'assignation de témoins et de laisser le choix au Gouvernement de se conformer ou non à cette ordonnance ». 382 F.3d à la p. 474.

La Cour d'appel a ensuite cité la CIPA comme une preuve de l'opinion du Congrès selon laquelle l'intérêt du pouvoir exécutif dans la protection de l'information classée secrète ne peut en fin de compte avoir préséance sur le droit d'un accusé de faire valoir son point de vue.

Cependant, malgré cette conclusion, la Cour d'appel a déclaré qu'elle n'était pas d'accord avec la district court pour dire qu'il était approprié de forcer le gouvernement à choisir entre donner accès aux détenus et devoir s'exposer à une sanction dans le cas où il refuserait. Au contraire, la Fourth Circuit a conclu que la district court n'avait pas fait preuve de suffisamment de souplesse lorsqu'elle avait examiné les substituts proposés par le gouvernement et que son inquiétude eu égard à la fiabilité des rapports d'interrogatoires était déplacée (parce que, comme l'a écrit la Cour d'appel, les interrogateurs sont [traduction] « profondément intéressés à obtenir des témoins une information exacte et à rapporter cette information de manière exacte à ceux qui peuvent l'utiliser afin de prévenir des actes de terrorisme et de capturer d'autres acteurs en lien

avec Al-Qaida »). La Fourth Circuit était cependant d'accord avec le fait que la version existante des substituts était insuffisante⁴⁸, mais l'essentiel était qu'on pouvait remédier à ces insuffisances et qu'il fallait faire tous les efforts nécessaires afin de les corriger avant d'obliger le gouvernement à choisir entre divulguer l'information ou s'exposer à une sanction. La Fourth Circuit a par conséquent renvoyé la cause à la district court en lui donnant des directives précises : (a) les substituts doivent utiliser les mots exacts que l'on trouve dans les résumés d'interrogatoires (plutôt que de paraphraser); (b) le processus doit commencer avec la défense, qui doit d'abord identifier les extraits des rapports qu'elle souhaite utiliser; ensuite, la poursuite doit répondre ou bien par des objections, ou bien par des suggestions de mots à ajouter afin que les extraits soient complets; et (c) la district court doit exercer son pouvoir discrétionnaire afin de déterminer dans quels cas les préoccupations liées à la sécurité justifient des modifications « non substantielles » telles que l'usage de pseudonymes pour des endroits ou des personnes mentionnés dans les déclarations.

Finalement, Moussaoui a reconnu sa culpabilité, soulevant la question de la substitution avant que les parties aient pu agir conformément à ces instructions. Néanmoins, l'important litige auquel ce sujet a donné lieu a amplement démontré la difficulté de réconcilier les intérêts de l'accusé en matière d'équité et les intérêts du gouvernement en lien avec le secret et la sécurité. Bien que les faits particuliers à la cause dans Moussaoui — qui soulevait la question de l'accès à des personnes détenues à l'étranger et soumises à un interrogatoire à long terme — ne sont pas de nature à se présenter très fréquemment, les tensions sous-jacentes sont sensiblement les mêmes que celles qui se manifesteront dans toutes les causes où l'information classée secrète ou similaire est en jeu.

IV. Observations et conclusions

Plusieurs observations et conclusions peuvent être formulées sur la base de l'analyse qui précède. En ce qui concerne la portée substantielle du droit criminel fédéral américain, l'aspect le plus important à comprendre est que le Département de la Justice dispose de plusieurs

48

Le tribunal a noté, par exemple, que certains renseignements disculpatoires pouvaient être absents d'un des substituts, et que le même document pouvait contenir une déclaration inculpatrice qui en fait ne découlait pas de l'interrogatoire du détenu.

stratégies permettant d'intervenir de manière préventive dans les scénarios impliquant des terroristes potentiels. Celles-ci vont des stratégies relativement traditionnelles (par exemple les poursuites pour complot ou pour tentative, intentées dans le cadre de conspirations en particulier) aux stratégies relativement peu orthodoxes (par exemple les mises en accusation préventives et les poursuites pour avoir fourni un soutien financier à des organisations terroristes). Et bien que l'approche traditionnelle continue à jouer un rôle important, les données disponibles démontrent assez clairement que les poursuites pour avoir fourni un soutien financier, en particulier, sont devenues un élément central et relativement efficace de la stratégie globale. La nature changeante du terrorisme — en particulier le passage d'organisations dont les effectifs sont relativement bien définis à des réseaux plus dispersés d'individus ayant la même mentalité — a tendance à ébranler certains aspects du cadre législatif, bien que d'autres aspects de ce cadre permettent d'aborder cette question.

À la lumière de la tension entre l'avantage d'une poursuite préventive et les coûts d'une révélation indésirable de renseignements classés secrets, la méthode de mise en accusation préventive pourrait constituer la stratégie la plus importante entre toutes. Par définition, cette façon de faire suppose d'intenter une poursuite dont les fondements n'ont pas de lien avec les soupçons de terrorisme; la mise en accusation préventive a donc tendance à éviter le dilemme opposant divulgation et rejet de l'accusation qui autrement pourrait se présenter, dans la mesure où les préoccupations du gouvernement sont fondées sur de l'information classée secrète. Il n'est pas possible de dire à quel point cette façon de faire a effectivement été efficace en pratique, parce qu'il n'est pas possible d'identifier avec certitude quelles causes se retrouvent dans la catégorie des mises en accusation préventives. Ceci dit, il est possible de constater les résultats dans les causes qui, à l'étape de l'enquête, ont été classées par le FBI ou par d'autres agences d'enquête comme étant reliées au terrorisme, des causes qui souvent finissent par des poursuites pour des infractions relativement mineures telles que la fraude en lien avec la sécurité sociale ou l'immigration; il ne fait aucun doute que certaines de ces causes constituent des épisodes de mise en accusation préventive. De toute évidence, bien que cela ne soit pas surprenant, la durée moyenne des peines infligées dans ces causes est beaucoup plus courte que celle des peines infligées lors de condamnations en lien avec le terrorisme (comme on le constate, par exemple, dans les données mentionnées plus haut concernant les poursuites pour soutien financier).

Cette disparité a suscité dans certains milieux beaucoup de critiques à l'endroit du Département de la Justice, mais elles pourraient en partie traduire le prix à payer pour pouvoir intervenir sans risquer de divulguer des renseignements classés secrets⁴⁹.

Bien sûr, le gouvernement n'intente pas toujours des poursuites fondées sur des motifs ayant aussi peu de lien avec le terrorisme. Que se passe-t-il lorsque le gouvernement intente un procès sur la foi d'une thèse en lien avec le terrorisme qui rend pertinente l'information classée secrète — c.-à-d. lorsque le litige se déroule forcément à l'ombre du dilemme opposant divulgation, d'une part, et rejet de l'accusation et sanction, d'autre part? La CIPA offre un cadre utile et efficace aux parties au litige et au tribunal afin qu'il puisse déterminer quand ce dilemme se présente effectivement dans une cause en particulier. Elle joue également un rôle important par le fait qu'elle fournit une approbation législative à des solutions de compromis telles que l'utilisation de textes ou de résumés non classés secrets au lieu de l'information pertinente mais classée secrète. Cependant, même avec la CIPA, il y aura encore des situations où des textes ou des substituts ne suffiront pas à garantir un procès équitable, ce qui signifie que le dilemme va continuer à avoir une prise, au moins dans certaines causes. Il n'est pas clair si cette perspective pourrait fournir aux accusés des arguments lors de négociations de peine dans les causes liées au terrorisme, bien que ce facteur doive être pris en considération. De toute façon, comme l'illustre l'affaire Moussaoui, dans ce genre de situation, les tribunaux doivent agir avec une grande prudence et saisir toutes les occasions qui permettraient d'en arriver à un compromis, avant de conclure que le dilemme opposant divulgation et rejet de l'accusation est vraiment inévitable.

49

La plupart des critiques avancent une autre explication : à l'étape de l'enquête, des causes ont été catégorisées, à tort, comme étant reliées au terrorisme. Pour un examen des données, voir UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF THE INSPECTOR GENERAL, AUDIT DIVISION, « The Department of Justice's Internal Controls Over Terrorism Reporting », Audit Report 07-20, février 2007, sur le site Web <http://www.usdoj.gov/oig/reports/plus/a0720/final.pdf>; TRANSACTIONAL RECORDS ACCESS CLEARINGHOUSE, SYRACUSE UNIVERSITY, « Criminal Terrorism Enforcement in the United States During the Five Years Since the 9/11 Attacks », (2006), sur le site Web <http://trac.syr.edu/tracreports/terrorism/169/>.

Annexe A
Poursuites en vertu de 50 U.S.C. § 1705 (9/01-7/07)

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Ihsan Elashyi	02-CR-33	N.D. Tex.	1705 (13 chefs)	Ordinateurs	Non spécifié	Reconnaissance de culpabilité (1 chef); demande rejetée comme faisant partie de la réponse aux autres chefs (12 chefs)	48 mois	non	s.o.
Bayan Elashi	02-CR-052	N.D. Tex.	1705 (10 chefs)	Argent	Mousa Abu Marzook	Déclaré coupable par le jury	84 mois	non	84 mois - 50:1705 (complot, prévu à 18:371) (2 chefs, bien qu'un seul soit en lien avec le terrorisme, tel que noté dans la colonne « Accusation »), 60 mois pour chaque chef; 50:1705 (17 chefs), 84 mois pour chaque chef; 18:1001(a)(3) (2 chefs), 60 mois pour chaque chef; 18:1957, 84 mois; 18:1956 (complot), 84 mois; 18:1956 (9 chefs), 84 mois pour chaque chef; peines concomitantes

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent	Mousa Abu Marzook	Déclaré coupable par le jury	60 mois		
Ghassan Elashi			1705 (10 chefs)	Argent	Mousa Abu Marzook	Déclaré coupable par le jury	80 mois	non	80 mois - 50:1705 (complot, prévu à 18:371) (2 chefs, bien qu'un seul soit en lien avec le terrorisme, tel que noté dans la colonne « Accusation », 60 mois pour chaque chef; 50:1705 (11 chefs), 80 mois pour chaque chef; 18:1001(a)(3) (complot), 60 mois; 18:1001(a)(3) (2 chefs), 80 mois et 60 mois; 18:1957, 80 mois; 18:1956(h), 80 mois; 18:1956(a) (9 chefs), 80 mois pour chaque chef; peines concomitantes
			1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent	Mousa Abu Marzook	Déclaré coupable par le jury	60 mois		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Basman Elashi			1705 (10 chefs)	Argent	Mousa Abu Marzook	Acquitté par le jury (9 chefs); déclaré coupable par le jury (1 chef)	80 mois	non	80 mois - 50:1705 (complot, prévu à 18:371) (2 chefs, bien qu'un seul soit en lien avec le terrorisme, tel que noté dans la colonne « Accusation », 60 mois pour chaque chef; 50:1705 (8 chefs) 80 mois pour chaque chef; 18:1001(a) (3) (12 chefs), 60 mois pour chaque chef; 18:1001(a)(3) (complot), 60 mois; 18:1957, 80 mois; 18:1956 (complot), 80 mois; peines concomitantes
Nadia Elashi			1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent	Mousa Abu Marzook	Déclaré coupable par le jury	60 mois		
			1705 (10 chefs)	Argent	Mousa Abu Marzook	Pendante (pas détenue)	s.o.	non	s.o.
			1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent	Mousa Abu Marzook	Pendante (pas détenu)	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Moussa Abu Marzook			1705 (10 chefs)	Argent	Moussa Abu Marzook	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
			1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent	Moussa Abu Marzook	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Infocom Corporation			1705 (10 chefs)	Argent	Moussa Abu Marzook	Déclaré coupable par le jury	s.o.	non	s.o.
			1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent	Moussa Abu Marzook	Déclaré coupable par le jury	s.o.		
									240 mois - 18:844(h)(2), 120 mois; 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205), 120 mois; peines cumulatives
John Walker Lindh	02-CR-37	E.D. Va.	1705	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	
			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		
			1705	Personnel	Taliban	Reconnaissance de culpabilité	120 mois		
			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel	Taliban	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		
Earnest James Ujaama	02-CR-283	W.D. Wash.	1705 (complot, prévu à 31 CFR 545.206(b))	Collecte de fonds, devises, services informatiques	Taliban	Reconnaissance de culpabilité	24 mois	oui (entraînement militaire)	24 mois - 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 545.206(b)), 24 mois

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Jeffrey Leon Battle	02-CR-399	D. Or.	1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	216 mois - 18:2384, 216 mois
Patrice Lumumba Ford			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	216 mois - 18:2384, 216 mois
Ahmed Ibrahim Bilal			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	120 mois	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	120 mois - 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205, 120 mois; 18:924(c), (o), 120 mois; peines concomitantes
Muhammad Ibrahim Bilal			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	96 mois	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	96 mois - 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205), 96 mois; 18:924(c), (o), 96 mois; peines concomitantes
Habis Abdulla Al Saoub			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Demande rejetée sur requête du gouvernement (tué au Pakistan en 2003)	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	s.o.
October Martinique Lewis			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	non	36 mois - 18:1956 (6 chefs), 36 mois pour chaque chef; peines concomitantes

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Maher Mofeid Hawash			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	84 mois	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	84 mois - 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205), 84 mois
Faysal Galab	02-CR-214	W.D.N.Y.	1705	Achat d'uniformes, participation à des camps d'entraînement	Al-Qaida Oussama ben Laden	Reconnaissance de culpabilité	84 mois	oui (entraînement militaire)	84 mois - 50:1705, 84 mois
Sami Amin al-Arian	03-CR-77	M.D. Fla.	1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ, Abd al Aziz Awda, Fathi Shiqaqi, Ramadan A. Shallah	Jury dans l'impasse; reconnaissance de culpabilité	57 mois	non	57 mois - 50:1705 (complot, prévu à 18:371), 57 mois
Ramadan Abdulllah Shallah			1705 (complot, prévu à 18 U.S.C. 371)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ, Abd al Aziz Awda, Fathi Shiqaqi, Ramadan A. Shallah	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Bashir Musa Mohammed Nafi			1705 (complot, prévu à 18 U.S.C. 371)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ, Abd al Aziz Awda, Fathi Shiqaqi, Ramadan A. Shallah	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Sameeh Hammoudeh			1705 (complot, prévu à 18 U.S.C. 371)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ, Abd al Aziz Awda, Fathi Shiqaqi, Ramadan A. Shallah	Acquitté par le jury	s.o.	non	s.o.
Ghassan Zayed Ballut			1705 (complot, prévu à 18 U.S.C. 371)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ, Abd al Aziz Awda, Fathi Shiqaqi, Ramadan A. Shallah	Acquitté par le jury	s.o.	non	s.o.
Mazen Al-Najjar			1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ, Abd al Aziz Awda, Fathi Shiqaqi, Ramadan A. Shallah	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Randall Todd Royer	03-CR-296	E.D. Va.	1705 (complot, prévu au CFR)	Personnel	Taliban	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire)	240 mois - 18:924(C) (2) et 18:3238, 120 mois; 18:844(h) (2) et 18:3238, 120 mois; peines cumulatives

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Masoud Ahmad Khan			1705 (complot, prévu au CFR)	Personnel	Taliban	Déclaré coupable par un juge siègeant seul	120 mois	oui (entraînement militaire)	Perpétuité - 18:371 (complot pour enfreindre la loi, entre autres, 18:960, 18:2390), 60 mois; 18:2384, 120 mois; 50:1705, 120 mois, 18:2339A (complot), 120 mois; 18:924(o), 120 mois; 18:924(c) (3 chefs), 120 mois, 300 mois et emprisonnement à perpétuité; les 5 premiers chefs : peines concomitantes; les autres chefs : peines cumulatives
Sabri Benkhala			1705 (complot, prévu au CFR)	Personnel	Taliban	Acquitté par un juge siègeant seul	s.o.	oui (entraînement militaire)	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Uzair Paracha	03-CR-1197	S.D.N.Y.	1705	Services financiers, fraude documentaire	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	120 mois	non	360 mois - 18:2339B (complot), 180 mois; 18:2339B, 180 mois; 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205), 120 mois; 50:1705, 120 mois; 18:1028(a)(7), (b) (4), 300 mois; les 4 premiers chefs : les 10 dernières années de la peine à purger de façon concomitante avec la peine pour le chef d'accusation prévu à 18:1028; le chef d'accusation prévu à 18:1028 : les 15 dernières années de la peine à purger de façon cumulative

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Services financiers, fraude documentaire	Al-Qaïda	Déclaré coupable par le jury	120 mois		
Mohammed Junaid Babar	04-CR-528	S.D.N.Y.	1705	Appareils de vision nocturne	Al-Qaïda	Reconnaissance de culpabilité	Inconnue	non	Inconnue
Holy Land Foundation for Relief and Development			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			1705 (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.		
Shukri Abu Baker			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			1705 (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.		
Mohammed El-Mezain			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			1705 (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.		
Ghassan Elashi			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			1705 (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.		
Haitham Maghawri			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Argent	HAMAS	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			1705 (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Akram Mishal			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Argent	HAMAS	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
			1705 (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Mufid Abdulqader			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			1705 (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.		
Abdulrahman Odeh			1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			1705 (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Ali al-Tirmimi	04-CR-385	E.D. Va.	1705 (tentative)	Personnel	Taliban	Déclaré coupable par le jury	120 mois	non	Perpétuité - 18:924(n), 121 mois; 18:373, 121 mois; 18:2384, 121 mois; 50:1705, 120 mois; 50:1705 et 18:2, 120 mois; 18:371, 60 mois; 18:924(c), 360 mois; 18:924(c), perpétuité; 18:844(h)(2) (2 chefs), 120 mois et 240 mois; les 6 premiers chefs : peines concomitantes; tous les autres chefs : peines cumulatives après 121 mois
			1705 et 2 (provoquer une tentative)	Personnel	Taliban	Déclaré coupable par le jury	120 mois		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Mark Robert Walker	04-CR-2701	W.D. Tex.	1705 (tentative) (2 chefs)	Appareils de vision nocture, gilets pare-balles	Al-Ittihad Al-Islamiya	Reconnaissance de culpabilité (1 chef); demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation pour l'autre chef	8 ½ mois (1 chef)	non	8 ½ mois - 50:1705, 8 ½ mois 360 mois - 18:2339B (complot), 120 mois; 18:2339B, 120 mois; 18:2339A (complot), 120 mois; 18:2339A, 120 mois; 50:1705 (2 chefs), 120 mois pour chaque chef; 18:1752(d), 120 mois; 49:46502, 240 mois; 18:32, 240 mois; les 7 premiers chefs : peines concomitantes; suivies des peines concomitantes à purger pour les 2 derniers chefs
Ahmed Omar Abu Ali	05-CR-53	E.D. Va.	1705 (2 chefs)	Personnel, argent	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	120 mois	oui (entraînement militaire et formation sur les explosifs)	60 mois - 18:2339B, 57 mois; 50:1705 (tous les types, tous les chefs) 60 mois pour chaque chef; peines concomitantes
Naji Antoine Abi Khalil	05-CR-200 04-CR-573	E.D. Ark. S.D.N.Y	1705 (tentative)	Appareils de vision nocture	Hezbollah	Reconnaissance de culpabilité	60 mois	non	

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Mustafa Kamel Mustafa	04-CR-356	S.D.N.Y.	1705 (complot, prévu à 31 CFR 545.206(b))	Collecte de fonds, personnel, services informatiques, argent	Taliban	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Syed Hashmi	06-CR-442	S.D.N.Y.	1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205)	Matériel militaire	Al-Qaïda	Pendante	s.o.	non	s.o.
Kobie Diallo Williams	06-CR-421	S.D. Tex.	1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent, personnel	Taliban	Reconnaissance de culpabilité	Pendante	oui (formation sur les armes à feu)	s.o.
Adnan Mirza			1705 (complot, prévu à 18 USC 371)	Argent, personnel	Taliban	Pendante	s.o.	oui (formation sur les armes à feu)	s.o.

Annexe B
Poursuites en vertu de 18 U.S.C. § 2339B (9/01-7/07)

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Ahmed Abdel Sattar	02-CR-395	S.D.N.Y.	2339B	Personnel, communications, expertise	Egyptian Islamic Group	Demande rejetée sur requête de l'accusé	s.o.	non	288 mois - 18:371, 60 mois; 18:956(a)(1), (a)(2)(A), 288 mois; 18:373, 240 mois; peines concomitantes
			2339B (complot)	Personnel, communications, expertise	Egyptian Islamic Group	Demande rejetée sur requête de l'accusé	s.o.		
Yassir Al-Sirri			2339B	Personnel, communications, expertise	Egyptian Islamic Group	Pendante (pas détenu)	s.o.		s.o.
			2339B (complot)	Personnel, communications, expertise	Egyptian Islamic Group	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Lynne Stewart			2339B	Personnel, communications, expertise	Egyptian Islamic Group	Demande rejetée sur requête de l'accusée	s.o.	non	28 mois - 18:2339A (complot, prévu à 18:371), 28 mois; 18:2339A, 28 mois; 18:1001 (2 chefs), 28 mois pour chaque chef; peines concomitantes
			2339B (complot)	Personnel, communications, expertise	Egyptian Islamic Group	Demande rejetée sur requête de l'accusé	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Mohammed Yousty			2339B	Personnel	Egyptian Islamic Group	Demande rejetée sur requête de l'accusé	s.o.	non	20 mois - 18:371, 20 mois; 18:2339A (complot, prévu à 18:371), 20 mois; 18:2339A, 20 mois; peines concomitantes
			23339B (complot)	Personnel	Egyptian Islamic Group	Demande rejetée sur requête de l'accusé	s.o.		
John Walker Lindh	02-CR-37	E.D. Va.	2339B	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	240 mois - 18:844(h)(2), 120 mois; 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205), 120 mois; peines cumulatives
			2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		
			2339B	Personnel	Harakat ul-Mujahideen	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		
			2339B (complot)	Personnel	Harakat ul-Mujahideen	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Earnest James Ujaama	02-CR-283	W.D. Wash.	2339B (complot)	Formation, ressources matérielles, services informatiques, personnel	Al-Qaïda	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire)	24 mois - 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 545.206(b)), 24 mois
Jaber Elbaneh	02-MJ-111	W.D.N.Y.	2339B	Personnel	Al-Qaïda	Pendante (pas détenu)	s.o.	oui (entraînement militaire)	s.o.
Jeffrey Leon Battle	02-CR-399	D. Or.	2339B (complot)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaïda	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	216 mois - 18:2384, 216 mois
Patrice Lumumba Ford			2339B (complot)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaïda	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	216 mois - 18:2384, 216 mois
Ahmed Ibrahim Bilal			2339B (complot)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaïda	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	120 mois - 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205, 120 mois; 18:924(c), (o), 120 mois; peines concomitantes
Muhammad Ibrahim Bilal			2339B (complot)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaïda	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	96 mois - 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205), 96 mois; 18:924(c), (o), 96 mois; peines concomitantes

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Habis Abdulla Al Saoub			2339B (complot)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Demande rejetée sur requête du gouvernement (tué au Pakistan en 2003)	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	s.o.
October Martinique Lewis			2339B (complot)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	non	36 mois - 18:1956 (6 chefs), 36 mois pour chaque chef; peines concomitantes
Maher Mofeid Hawash			2339B (complot)	Personnel, recrutement, argent	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire et tentative de combattre)	84 mois - 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205), 84 mois
Yahya Goba	02-CR-214	W.D.N.Y.	2339B	Personnel	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	120 mois	oui (entraînement militaire)	120 mois - 18:2339B, 120 mois
Shafal Mosed			2339B	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire)	96 mois - 18:2339B, 96 mois
			2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Yasein Taher			2339B	Personnel	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	96 mois	oui (entraînement militaire)	96 mois - 18:2339B, 96 mois
			2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		
Faysal Galab			2339B	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	oui (entraînement militaire)	84 mois - 50:1705, 84 mois
			2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		
Mukhtar al-Bakri			2339B	Personnel	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	120 mois	oui (entraînement militaire)	120 mois - 18:2339B, 120 mois
			2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		
Sahim Alwan			2339B	Personnel	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	114 mois	oui (entraînement militaire)	114 mois - 18:2339B, 114 mois
			2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.		

Syed Mustajab Shah	02-CR-2912	S.D. Cal.	2339B (complot)	Missiles	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	180 mois	non	225 mois - 21:846, 841(a), 225 mois; 18:2339B, 180 mois; peines concomitantes
Muhammed Abid Afridi			2339B (complot)	Missiles	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	57 mois	non	57 mois - 21:846, 841(a), 57 mois; 18:2339B, 57 mois; peines concomitantes
Ilyas Ali			2339B (complot)	Missiles	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	57 mois	non	57 mois - 21:846, 841(a), 57 mois; 18:2339B, 57 mois; peines concomitantes
Carlos Ali Romero Varela	02-CR-714	S.D. Tex.	2339B	Armes	AUC	Reconnaissance de culpabilité	Pendante	non	Pendante
Uwe Jensen			2339B	Armes	AUC	Reconnaissance de culpabilité	168 mois	non	168 mois - 18:2339B, 168 mois; 21:846 (complot), 168 mois; peines concomitantes
Cesar Lopez (alias Elkin Alberto Arroyav Ruiz)			2339B	Armes	AUC	Reconnaissance de culpabilité	180 mois	oui (entraînement militaire)	180 mois - 18:2339B, 180 mois
« Commandante Emilio » (alias Edgar Fernando Blanco Puerta)			2339B	Armes	AUC	Reconnaissance de culpabilité	180 mois	non	Perpétuité - 18:2339B, 180 mois; 21:846 (complot), perpétuité; peines concomitantes
Javier Conrado Alvarez Correa			2339B	Armes	AUC	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Diego Alberto Ruiz Arroyave			2339B	Armes	AUC	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Hassan Moussa Makki	03-CR-80079	E.D. Mich.	2339B	Argent	Hezbollah	Reconnaissance de culpabilité	57 mois	non	57 mois - 18:2339B, 57 mois; 18:1962, 57 mois; peines concomitantes
Sami Omar al-Hussayen	03-CR-48	D. Idaho	2339B (complot)	Expertise, matériel de communication, argent, recrutement	HAMAS	Acquitté par le jury	s.o.	non	s.o.
Sami Amin al-Arian	03-CR-77	M.D. Fla.	2339B (complot)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ	Jury dans l'impasse; demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation	s.o.	non	57 mois - 50:1705 (complot, prévu à 18:371), 57 mois
Ramadan Abdullah Shallah			2339B (3 chefs)	Argent	PIJ	Acquitté par le jury	s.o.	non	
Bashir Musa Mohammed Nafi			2339B (complot)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Sameeh Hammoudeh			2339B (complot)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ	Acquitté par le jury	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Abd al Aziz Awda			2339B (complot)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Ghassan Zayed Ballut			2339B (complot)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ	Acquitté par le jury	s.o.	non	s.o.
			2339B (9 chefs)	Argent	PIJ	Acquitté par le jury (9 chefs)	s.o.		
						Jury dans l'impasse; demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation			
Hatim Najji Fariz			2339B (complot)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ	Acquitté par le jury (11 chefs)	s.o.	non	37 mois - 50:1705 (complot, prévu à 18:371), 37 mois
			2339B (11 chefs)	Argent	PIJ	Acquitté par le jury (11 chefs)	s.o.		
			2339B (complot)	Argent, collecte de fonds, recrutement, expertise	PIJ	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Mazen Al-Najjar			2339B (complot)	Armes	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.	oui (commandant des FARC)	s.o.
Tomas Molina Caracas	03-CR-20261	S.D. Fla.	2339B (5 chefs)	Armes	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.		
			2339B (5 chefs)	Armes	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.		
			2339B (complot)	Armes	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
			2339B (5 chefs)	Armes	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Luis Frank Aybar-Cancho			2339B (complot)	Armes	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
			2339B (5 chefs)	Armes	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.		
lyman Faris	03-CR-189	E.D. Va.	2339B	Personnel, expertise	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	180 mois	oui (entraînement militaire)	240 mois - 18:2339B (complot), 60 mois; 18:2339B, 120 mois; peines cumulatives
			2339B (complot)	Personnel, expertise	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	60 mois		
Fanny Cecilia Barrera-De Amaris	03-CR-182	S.D. Tex.	2339B (Complot)	Armes	AUC	Reconnaissance de culpabilité	61 mois	non	61 mois - 18:2339B (complot), 61 mois
Carlos Adolfo Romero Panchano			2339B (complot)	Armes	AUC	Reconnaissance de culpabilité	36 mois	non	36 mois - 18:2339B (complot), 36 mois
						Demande rejetée comme faisant partie de la réponse à l'accusation			240 mois - 18:924(c)(2) et 18:3238, 120 mois; 18:844(h) (2) et 18:3238, 120 mois; peines cumulatives
Randall Todd Royer	03-CR-296	E.D. Va.	2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida		s.o.	oui (entraînement militaire)	Perpétuité - 18:371 (complot pour enfreindre la loi, entre autres, 18:960, 18:2390), 60 mois; 18:2384, 120 mois; 50:1705, 120 mois, 18:2339A (complot), 120 mois; 18:924(o), 120 mois, 300 mois et emprisonnement à perpétuité; les 5 premiers chefs ; peines concomitantes; les autres chefs ; peines cumulatives
Masoud Ahmad Khan			2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida	Acquitté par un juge siégeant seul	s.o.	oui (entraînement militaire)	

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Adriana Gladys Mora	03-CR-352	S.D. Tex.	2339B (complot)	Armes	AUC	Reconnaissance de culpabilité	120 mois	non	120 mois - 18:2339B (complot), 120 mois; 21:841 (complot), 120 mois; peines concomitantes
Uzair Paracha	03-CR-1197	S.D.N.Y.	2339B (complot)	Services financiers, fraude documentaire	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	180 mois	non	360 mois - 18:2339B (complot), 180 mois; 18:2339B, 180 mois; 50:1705 (complot, prévu à 31 CFR 595.205), 120 mois; 50:1705, 120 mois; 18:1028(a)(7), (b)(4), 300 mois; les 4 premiers chefs : les 10 dernières années de la peine à purger de façon concomitante avec la peine pour le chef d'accusation prévu à 18:1028; le chef d'accusation prévu à 18:1028 : les 15 dernières années de la peine à purger de façon cumulative
Muhammad Hamid Khalil Salah	03-CR-978	N.D. Ill.	2339B	Services financiers, fraude documentaire	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
Mohammed Ali Hasan al-Moayad	03-CR-1322	E.D.N.Y.	2339B	Argent, personnel	HAMAS	Acquitté par le jury	s.o.	non	21 mois - 18:1503, 21 mois
					Al-Qaida	Acquitté par le jury	s.o.	non	900 mois - 18:2339B (tous les types, tous les chefs), 180 mois pour chaque chef; peines cumulatives
			2339B (tentative)	Argent	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	180 mois		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (complot)	Argent	Al-Qaïda	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
			2339B	Argent	HAMAS	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
			2339B (tentative)	Argent	HAMAS	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
			2339B (complot)	Argent	HAMAS	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
Mohammed Moshen Yahya Zayed			2339B (tentative)	Argent	Al-Qaïda	Acquitté par le jury	s.o.	non	540 mois - 18:2339B (tous les types, tous les chefs), 180 mois pour chaque chef; peines cumulatives
			2339B (complot)	Argent	Al-Qaïda	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
			2339B (tentative)	Argent	HAMAS	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
			2339B (complot)	Argent	HAMAS	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
Mahmoud Youssef Kourani	03-CR-81030	E.D. Mich.	2339B (complot)	Argent, personnel	Hezbollah	Reconnaissance de culpabilité	54 mois	oui (entraînement militaire)	54 mois - 18:2339B (complot), 54 mois
Mohammed Abdullah Warsame	04-CR-029	D. Minn.	2339B	Inconnu	Al-Qaïda	Pendante	s.o.	oui (entraînement militaire)	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Mohammed Junaid Babar	04-CR-528	S.D.N.Y.	2339B (complot) 2339B (2 chefs)	Inconnu Appareils de vision nocture	Al-Qaïda Al-Qaïda	Pendante Reconnaissance de culpabilité	s.o. Inconnue	non	Inconnue
Nuradin Abdi	04-CR-88	S.D. Ohio	2339B (complot)	Formation	Al-Qaïda	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse aux autres chefs	s.o.	oui (entraînement militaire)	s.o.
Holy Land Foundation for Relief and Development	04-CR-240	N.D. Tex.	2339B (complot)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
Shukri Abu Baker			2339B (11 chefs) 2339B (complot)	Argent Argent	HAMAS HAMAS	Pendante Pendante	s.o. s.o.	non	s.o.
Mohammed El-Mezain			2339B (12 chefs) 2339B (complot)	Argent Argent	HAMAS HAMAS	Pendante Pendante	s.o. s.o.	non	s.o.
Ghassan Elashi			2339B (12 chefs) 2339B (complot)	Argent Argent	HAMAS HAMAS	Pendante Pendante	s.o. s.o.	non	s.o.
Haitham Maghawri			2339B (12 chefs) 2339B (complot)	Argent Argent	HAMAS HAMAS	Pendante Pendante (pas détenu)	s.o. s.o.	non	s.o.
			2339B (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Akram Mishal			2339B (complot)	Argent	HAMAS	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Mufid Abdulqader			2339B (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Abdulrahman Odeh			2339B (complot)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (complot)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (12 chefs)	Argent	HAMAS	Pendante	s.o.	non	s.o.
Yassin Muhiddin Aref	04-CR-402	N.D.N.Y.	2339B (complot)	Missiles	Jaish-e-Mohammed	Déclaré coupable par le jury	180 mois	non	180 mois - 18:1956(a)(3) (B) (2 chefs) et 18:1956(h), 151 mois; 18:2339A et B (complot), 180 mois; 18:2339A et 18:2339B (2 chefs pour chaque article), 180 mois; 18:1001, 6 mois; tous les chefs : peines concomitantes
			2339B (tentative) (7 chefs)	Services financiers	Jaish-e-Mohammed	Déclaré coupable par le jury	180 mois		180 mois - 18:1956(h) et 18:1956(a)(3)(B) (11 chefs), 151 pour chaque chef; 18:2339A (tous les types, tous les chefs), 180 mois pour chaque chef; 18:2339B (tous les types, tous les chefs), 180 mois pour chaque chef; tous les chefs; tous les chefs : peines concomitantes
Mohammed Mosharref Hossain			2339B (complot)	Missiles	Jaish-e-Mohammed	Déclaré coupable par le jury	180 mois	non	

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (tentative) (7 chefs)	Services financiers	Jaish-e-Mohammed	Déclaré coupable par le jury	180 mois		300 mois - 22:2778(a), (b)(1)(A) (ii)(0)-(III), (c) et 22 CFR 121.1, 123.1, 127.1, 127.3, 129.1-129.3, 120 mois; 18:2339B (tentative), 180 mois; peines cumulatives
Carlos E. Gamarra-Murillo	04-CR-349	M.D. Fla.	2339B (tentative)	Armes	FARC	Reconnaissance de culpabilité	180 mois	non	360 mois - 18:2339B (complot), 120 mois; 18:2339B, 120 mois; 18:2339A (complot), 120 mois; 18:2339A, 120 mois; 50:1705 (2 chefs), 120 mois pour chaque chef; 18:1752(d), 120 mois; 49:46502, 240 mois; 18:32, 240 mois; les 7 premiers chefs : peines concomitantes; suivies des 2 derniers chefs : peines concomitantes
Ahmed Omar Abu Ali	05-CR-53	E.D. Va.	2339B (complot)	Personnel	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	120 mois	oui (entraînement militaire et formation sur les explosifs)	
			2339B	Personnel	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	120 mois		
Lamont Ranson	05-CR-16	S.D. Miss.	2339B (complot)	Fausses identités	Abu Sayyaf	Reconnaissance de culpabilité	29 mois	non	29 mois - 18:2339B (complot), 29 mois
			2339B (tentative)	Fausses identités	Abu Sayyaf	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse aux autres chefs	s.o.		
Cedric Carpenter			2339B (complot)	Fausses identités	Abu Sayyaf	Reconnaissance de culpabilité	68 mois	non	68 mois - 18:2339B, 68 mois; 18:922(g)(1), 60 mois; peines concomitantes

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (tentative)	Fausse identité	Abu Sayyaf	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse aux autres chefs s.o.			
Tarik Ibn Osman Shah	05-CR-673	S.D.N.Y.	2339B (complot)	Formation, expertise médicale, personnel	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	Pendante	oui (entraînement militaire)	Pendante
			2339B (tentative)	Formation, expertise médicale, personnel	Al-Qaida	Reconnaissance de culpabilité	Pendante		
Rafiq Sabir			2339B (Complot)	Formation, expertise médicale, personnel	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	Pendante	non	Pendante
			2339B (tentative)	Formation, expertise médicale, personnel	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	Pendante		
Mahmud Faruq Brent			2339B (complot)	Personnel	Lashkar-e-Taiba	Reconnaissance de culpabilité	180 mois	oui (entraînement militaire)	180 mois - 18:2339B (complot), 180 mois
			2339B (tentative)	Personnel	Lashkar-e-Taiba	Demande rejetée comme faisant partie de la réponse aux autres chefs d'accusation s.o.			

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Naji Antoine Abi Khalil	05-CR-200 04-CR-573	E.D. Ark. S.D.N.Y.	2339B (tentative)	Appareils de vision nocture	Hezbollah	Reconnaissance de culpabilité	57 mois	non	60 mois - 18:2339B, 57 mois; 50:1705 (tous les types, tous les chefs) 60 mois pour chaque chef; peines concomitantes
Arwah Jaber	05-CR-50030	W.D. Ark.	2339B (tentative)	Personnel	PIJ	Acquitté par le jury	s.o.	non	15 mois - 42:408(a)(7)(B)
Mustafa Kamel Mustafa	04-CR-356	S.D.N.Y.	2339B	Formation	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	(2 chefs), 15 mois; 18:1015(a), 15 mois; 18:1542, 15 mois; 18:1425, 15 mois; toutes les peines concomitantes
			2339B (complot)	Formation	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.		
			2339B (tentative)	Non spécifié	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.		
			2339B (complot)	Argent	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Oussama Kassir			2339B (tentative)	Formation	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.	oui (entraînement militaire)	s.o.
			2339B (tentative)	Services informatiques	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.		
			2339B (complot)	Formation, personnel	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.		
			2339B (complot)	Services informatiques	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Haron Rashid Aswat			2339B (complot)	Formation, personnel	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.	oui (entraînement militaire)	s.o.
			2339B (tentative)	Formation, personnel	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Ali Asad Chandia	05-CR-401	E.D. Va.	2339B (Complot)	Matériel, Services informatiques	Lashkar-e-Taiba	Déclaré coupable par le jury	180 mois	non	180 mois - 18:2339A (complot), 60 mois; 18:2339B (complot), 180 mois; 18:2339B, 180 mois; toutes les peines concomitantes
Naji Antoine Abi Khalil	05-CR-200 04-CR-573	E.D. Ark. S.D.N.Y.	2339B (tentative)	Appareils de vision nocturne	Hezbollah	Reconnaissance de culpabilité	57 mois	non	60 mois - 18:2339B, 57 mois; 50:1705 (tous les types, tous les chefs) 60 mois pour chaque chef; peines concomitantes
Mohammed Ajmal Khan			2339B	Matériel, services informatiques	Lashkar-e-Taiba	Déclaré coupable par le jury	180 mois		
			2339B (complot)	Matériel	Lashkar-e-Taiba	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
			2339B	Matériel	Lashkar-e-Taiba	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Adam Gadahn	05-CR-254	C.D. Cal.	2339B	Personnel, services	Al-Qaida	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
Michael Curtis Reynolds	05-CR-493	M.D. Pa.	2339B (tentative)	Immeuble, services, personnel, formation, opinion d'expert	Al-Qaida	Déclaré coupable par le jury	Pendante	non	s.o.
Victor Daniel Salamanca	06-CR-20001	S.D. Fla.	2339B (complot)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (tentative) (5 chefs)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Luis Alfredo Daza Morales			2339B (complot)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (tentative) (3 chefs)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.		
Jalal Sadaat Moheisen			2339B (complot)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (tentative) (3 chefs)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.		
Jose Tito Libio Ulloa Melo			2339B (complot)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.	non	s.o.
Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (tentative) (3 chefs)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.		
Julio Cesar Lopez			2339B (complot)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (tentative)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.		
Bernardo Valdés Londono			2339B (complot)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
			2339B (tentative)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Carmen Maria Ponton Caro			2339B (complot)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (tentative) (3 chefs)	Services financiers, fausses identités, armes, personnel, transport	FARC	Pendante	s.o.		
Syed Haris Ahmed	06-CR-147	N.D. Ga.	2339B (complot)	Personnel	Lashkar-e-Tayyiba	Pendante	s.o.	oui (entraînement militaire)	s.o.
			2339B (tentative)	Personnel	Lashkar-e-Tayyiba	Pendante	s.o.		
Ehsanul Islam Sadequee			2339B (Complot)	Personnel	Lashkar-e-Tayyiba	Pendante	s.o.	oui (entraînement militaire)	s.o.
			2339B (tentative)	Personnel	Lashkar-e-Tayyiba	Pendante	s.o.		
Syed Hashmi	06-CR-442	S.D.N.Y.	2339B (complot)	Matériel militaire, devises	Al-Qaida	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B	Matériel militaire, devises	Al-Qaida	Pendante	s.o.		
Mohamed Shorbagi	06-CR-62	N.D. Ga.	2339B (complot)	Argent	HAMAS	Reconnaissance de culpabilité	92 mois	non	92 mois - 18:2339B (complot), 92 mois
Sathajhan Sarachandran	06-CR-615	E.D.N.Y.	2339B (complot)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante	s.o.	non	s.o.

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
			2339B (tentative)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante	s.o.		
Piratheepan Nadarajah			2339B (complot)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante (pas détenu)	s.o.	non	s.o.
			2339B (tentative)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante (pas détenu)	s.o.		
Sahilal Sabaratnam			2339B (complot)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (tentative)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante	s.o.		
Thiruthanikan Thanigasalam			2339B (complot)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (tentative)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Nadarasa Yograrasa			2339B (complot)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (tentative)	Formation, opinion d'expert, armes, personnel	LTTE	Pendante	s.o.		
Haniffa bin Osman	06-CR-416	D. Md.	2339B (complot)	Armes	LTTE	Reconnaissance de culpabilité	Pendante	non	Pendante
Haji Subandi			2339B (complot)	Armes	LTTE	Reconnaissance de culpabilité	Pendante	non	Pendante
Erick Wotulo			2339B (complot)	Armes	LTTE	Reconnaissance de culpabilité	Pendante	oui (ancien officier militaire de l'armée indonésienne)	Pendante
Thirunavukarasu Varatharasa			2339B (complot)	Armes	LTTE	Reconnaissance de culpabilité	Pendante	non	Pendante
Zeinab Taleb-Jedi	06-CR-652	E.D.N.Y.	2339B	Personnel	Mujahedin-e Khalq	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (complot)	Opinion d'expert, ressources matérielles, matériel de communication					
Javed Iqbal	06-CR-1054	S.D.N.Y.	2339B (2 chefs)	Opinion d'expert, ressources matérielles, matériel de communication	Hezbollah	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (2 chefs)		Hezbollah	Pendante	s.o.		

Accusé	No de dossier	Tribunal	Accusation	Type de soutien	Bénéficiaire	Conclusion	Peine	Allégations d'entraînement?	Peine totale
Saleh Elahwal			2339B (complot) (2 chefs)	Opinion d'expert, ressources matérielles, matériel de communication	Hezbollah	Pendante	s.o.	non	s.o.
			2339B (2 chefs)	Opinion d'expert, ressources matérielles, matériel de communication	Hezbollah	Pendante	s.o.		
Maria Corredor Ibague (alias Boyaco)	06-CR-344	D.D.C.	2339B (complot)	Armes, munitions, matériel de communication	FARC	Pendante (pas détenue)	s.o.	non	s.o.
			2339B	Armes, munitions, matériel de communication	FARC	Pendante (pas détenue)	s.o.		
Edilma Morales Loaiza (alias La Negra)			2339B (complot)	Armes, munitions, matériel de communication	FARC	Pendante (pas détenue)	s.o.	non	s.o.
			2339B	Armes, munitions, matériel de communication	FARC	Pendante (pas détenue)	s.o.		
Karunakaran Kandasamy	07-MJ-507	E.D.N.Y.	2339B	Collecte de fonds, immeuble, personnel	LTTE	Pendante	s.o.	non	s.o.

Notice biographique

Robert Chesney

Bobby Chesney, professeur agrégé à l'École de droit de l'Université Wake Forest, se spécialise en droit de la sécurité nationale. Il consacre ses travaux surtout à la difficulté de doser une intervention juridique raisonnable et efficace à la menace que pose le terrorisme, et ce, dans un contexte autant international que national. Il a publié des articles sur des sujets tels que l'application des dispositions du droit pénal fédéral en matière de terrorisme après le 11 septembre, la détention et le rapatriement des détenus de Guantanamo et l'incidence de la protection des secrets d'État sur les litiges en matière de sécurité nationale. Dans son plus récent article (rédigé en collaboration avec Jack Goldsmith et à paraître dans la *Stanford Law Review*), il compare les changements survenus dans le système de justice pénale dans le sillage du 11 septembre à ceux qui ont marqué le système de détention militaire et discute des perspectives de réforme de ce dernier. M. Chesney donne des cours de droit constitutionnel, de droit de la sécurité nationale, de droit de la preuve et de procédure civile, ainsi qu'un séminaire portant sur les questions juridiques liées au terrorisme.

M. Chesney a été président de la section du droit de la sécurité nationale de l'Association of American Law Schools; membre associé du Intelligence Science Board (organe consultatif du Bureau du directeur du renseignement national); directeur de la chronique littéraire du *Journal of National Security Law and Policy*; fondateur et modérateur de « [nationalsecuritylaw](#) » (serveur de listes à l'intention des professeurs et des professionnels); ancien directeur de la rédaction du *National Security Law Report* publié par le comité permanent du droit et de la sécurité nationale de l'Association du barreau des États-Unis. Il a reçu une formation en droit de la guerre à titre d'invité civil du centre-école de droit du juge-avocat général, et a visité le centre de détention de Guantanamo à deux reprises. M. Chesney est membre de l'American Law Institute.

**Éléments structureaux des mégaprocès :
une anlyse comparative**

**Bruce A. MacFarlane, c.r.
Professionnel affilié
Faculté de droit
Université du Manitoba**

Table des matières

PARTIE I	179
Introduction et problématique	179
PARTIE II	183
Principes fondamentaux	183
Les sept principes fondamentaux de la présente étude	183
a) La recherche de la vérité	183
b) La confiance du public et la légitimité apparente de la procédure	184
c) L'équité et la règle de droit	185
d) L'efficacité	186
e) La transparence et la publicité de la procédure pénale	186
f) L'équilibre entre les droits individuels et l'intérêt public	188
g) La réduction du risque de condamner des innocents	188
PARTIE III	190
Les précédents mégaprocès de terroristes	190
1. L'affaire Albert Guay	190
2. La campagne terroriste de l'IRA	193
3. L'Irlande du Nord	197
4. L'attentat du World Trade Centre (1993)	199
5. L'attentat d'Oklahoma City	199
6. La catastrophe de Lockerbie	205
7. L'explosion du vol d'Air India	214
8. Mégaprocès de bandes	218
a) L'affaire des Manitoba Warriors	218
b) Le complot des Zig Zag Crew	220
c) Mégaprocès Chan en Alberta	221
d) Conclusions à tirer des mégaprocès de bandes	223
9. Affaires récentes	224
a) Momin Khawaja : le présumé fabricant de détonateurs canadien	224
b) Les attentats à la bombe de Londres (juillet 2005)	226
c) Les arrestations reliées au terrorisme en Ontario	227
d) Complot aérien au Royaume-Uni (2006)	228
e) L'affaire Pickton	230
f) Sauvé et Trudel : l'échec d'un mégaprocès pour meurtre au premier degré	232

PARTIE IV	234
Problèmes structureaux liés aux procès de terroristes	234
1. Les tribunaux et les lois ordinaires sont privilégiés	234
2. Les dossiers horribles suscitent souvent de l'anxiété quant à la structure du tribunal et à la possibilité de tenir un procès équitable	234
3. Le terrorisme au XXI ^e siècle a changé et requiert désormais de nouvelles pratiques au chapitre du déroulement de la procédure	235
4. Considérations d'ordre structurel	236
5. Les mégaprocès, peu importe leur nature, requièrent une attention particulière	236
6. Ingérence occasionnelle des politiciens dans des procès criminels	238
 PARTIE V	 240
La structure d'un procès selon une perspective historique canadienne-anglaise	240
1. Des racines anglo-saxonnes	240
2. Une transition vers le Canada	240
3. La codification de la loi criminelle en 1892	242
4. Le cadre juridique actuel	244
 PARTIE VI	 250
Le rôle du procès par jury	250
1. États-Unis	253
2. Australie	257
3. Royaume-Uni	260
 PARTIE VII	 264
Procès terroristes de l'avenir — options de réforme	264
a) Observations générales	264
b) Procès devant juge et jury : le centre du tourbillon de la réforme	266
c) Constitution du jury : douze par opposition à six	267
d) Jurés supplémentaires ou suppléants : gérer la diminution du jury	270
e) Juge suppléant dans un procès devant juge et jury	274
f) Procès devant trois juges sans jury	276
g) Procès avec juge et assesseurs profanes ou jury spécial	293
h) Changement du lieu du procès	294

a)	Verdicts à la majorité dans les causes avec jury	305
i)	Origines de la « règle de l'unanimité »	305
j)	Quelques considérations non structurelles	316

PARTIE VIII **328**

	Résumé et observations finales	328
a)	Les réalités	328
b)	Les risques	328
c)	Les difficultés et les objectifs	329
d)	Le cadre de réforme	332
e)	Les réformes potentielles	333

PARTIE I

Introduction et problématique

La prolifération mondiale du terrorisme amène de nombreux pays à revoir la manière dont ils devraient réagir aux attentats souvent horribles commis sur leur territoire. Les outils dont disposent les gouvernements pour formuler une stratégie antiterrorisme sont pluridimensionnels : action militaire et diplomatique, renseignement de sécurité, rétorsion économique et application de la règle de droit au moyen de l'appareil de justice pénale.

Depuis quelques années, certains analystes réputés affirment avec vigueur que l'intersection du terrorisme international avec les appareils de justice pénale basés sur le droit anglais provoque dans le système judiciaire une tension qui est tout simplement inacceptable et n'est pas conforme à l'intérêt public général¹. À leur avis, les réactions axées sur le droit pénal laissent trop de militants en liberté et favorisent l'idée qu'on peut attaquer les nations avec une relative impunité². Ils soutiennent aussi que les critères d'équité des procès tels que la divulgation d'information à la défense entretiennent les visées des groupes de militants déterminés à renverser les régimes démocratiques et qu'en ce sens « les procès (criminels) ne marchent pas pour le terrorisme. Ils marchent pour les terroristes »³.

- 1 * Bruce A. MacFarlane, c.r., associé professionnel de la Faculté de droit de l'Université du Manitoba et sous-procureur général du Manitoba (1993-2005). Je tiens à remercier les professeurs Michael Code et Kent Roach de l'Université de Toronto pour les avis éclairés qu'ils m'ont donnés sur une ébauche de cette étude. J'ai également bénéficié d'un débat sur ce thème par les directeurs des poursuites pénales lors de la rencontre bisannuelle des Heads of Prosecution Agencies in the Commonwealth qui s'est tenue à Montréal, au Québec, en juillet 2007. Je tiens enfin à remercier Christina Szurlej, étudiante de l'Université de Winnipeg, pour ses recherches et son aide. J'assume évidemment seul la responsabilité des opinions exprimées dans cette étude, qui ne représentent pas nécessairement celles de la commission ou du commissaire.
- Andrew c. McCarthy, "Terrorism on Trial: the Trial of Al Qaeda", 36 Case W. Res. J. Int'l L.513 (2005); Amos Guiora, "Targeted Killing as Active Self-Defence", Case W. Res. J. Int'l L.319 (2005); voir aussi Mark A. Drumbl, "Lesser Evils' on the War on Terrorism", Case W. Res. J. Int'l L.335 (2005); le recours au droit comme arme contre le terrorisme a fait l'objet d'un examen très détaillé lors d'un symposium d'une journée intitulé "Terrorism on Trial" auquel participaient des agents supérieurs des Nations Unies, d'anciens agents du gouvernement des États-Unis, des procureurs et avocats de renom ainsi que d'éminents journalistes et universitaires, qui s'est tenu à la Case Western Reserve University School of Law le 8 octobre 2004. On trouvera un excellent en résumé de la problématique et du symposium dans Michael P. Scharf, "Terrorism on Trial", 36 Case Res. J. Int'l 287 (2005).
- 2 McCarthy, *ibid.*, p. 518; voir aussi Scharf, *ibid.*, p. 289, où il note que les attentats du 11 septembre « ont provoqué un changement sismique dans la réaction des États-Unis face aux terroristes ».
- 3 McCarthy, *ibid.*, p. 521.

L'avis contraire n'est pas moins convaincant. Bien que le recours au droit pénal ne soit pas une forme de violence aussi brutale que le recours à la force militaire, le droit et l'appareil de justice pénale du Canada représentent l'institutionnalisation et la légitimation de la force coercitive par l'État. Comme l'indiquait Mark A. Drumbl, professeur associé de droit à la Washington and Lee University en 2004⁴ :

[traduction] Il ne faut pas sous-estimer le pouvoir du droit pénal de neutraliser, dissuader, punir et stigmatiser. Le terrorisme est un usage illégitime de la force, mais c'est aussi un crime, et il existe de nombreuses raisons convaincantes de le traiter comme tel, en plus de nous prévaloir de tout l'arsenal des moyens militaires disponibles pour le combattre lorsqu'ils sont nécessaires pour l'autodéfense, sont autorisés par le Conseil de sécurité des Nations Unies ou sont exigés pour neutraliser des criminels de guerre terroristes.

Prétendre que l'usage de la force et le recours à l'appareil judiciaire constituent des réponses mutuellement exclusives repose manifestement sur un postulat erroné. Les deux peuvent être invoqués séparément ou en tandem.

Au Canada, la pression hydraulique de l'opinion publique⁵ dans le sillage des attentats du 11 septembre contre les États-Unis a poussé le gouvernement fédéral à adopter la Loi antiterroriste⁶ où sont définies plusieurs infractions reliées au terrorisme, comme financer des activités terroristes⁷, utiliser ou posséder des biens à des fins terroristes⁸, participer sciemment à un groupe terroriste pour faciliter des activités terroristes⁹, et faciliter sciemment une activité terroriste¹⁰. Toutefois, le terrorisme revêt de nombreux aspects et un « procès terroriste » pourrait, comme dans le cas d'Air India, signifier des accusations de meurtre aussi bien que des allégations de trahison, de génocide, d'enlèvement, de détournement,

4 Mark A. Drumbl, *précité*, p. 335-336.

5 Pour employer la merveilleuse expression du juge Holmes dans son opinion dissidente sur *Northern Securities Co. c. US*, 193 US, 197 (1904), p. 400-401, reprise plus récemment dans *Payne c. Tennessee* 501 US 808 (1991) par Stevens J. et Blackman J. appuyant tous deux cette opinion.

6 Partie II.1 du *Code criminel*, adoptée en 2001, ch.41 art. 4.

7 *Ibid* art. 83.2.

8 *Ibid* art. 83.4.

9 *Ibid* art. 83.18.

10 *Ibid* art. 83.19.

d'utilisation d'explosifs ou même d'autres infractions reliées à des activités criminelles courantes.

La tension entre le terrorisme et le processus de droit pénal a également incité d'autres analystes à conclure que la structure des procès anglo-canadiens traditionnels — notamment le rôle du juge et du jury — devrait être modifiée pour tenir compte de la réalité de procédures souvent longues et complexes¹¹.

Tel est le thème de cette étude. 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 nationale¹²? Par exemple, devrait-on continuer à tenir ces procès avec des jurys tels que nous les connaissons actuellement ou devrait-on en modifier la structure? Devrait-on réduire la taille des jurys ou plutôt l'augmenter en ayant recours à des « suppléants »? Devrait-on constituer des « jurys spéciaux » spécialisés dans ce domaine ou maintenir une sélection aléatoire des jurés fondée sur des critères neutres?

Le procès devant juge et jury ou devant juge seul se tient traditionnellement devant un juge unique. Devrait-on changer ce système? Devrait-on envisager un comité de juges, sans jury, ou envisager un juge suppléant siégeant avec le juge et jury?

D'aucuns affirment que le vrai problème qui se pose ici est l'apparition de mégaprocès — et de procédures complexes — avec des accusés multiples, de nombreux chefs d'accusation et une liste de témoins garantissant quasiment que le procès durera de nombreux mois, voire de nombreuses années. Ne risque-t-on pas de voir certains procès ne jamais déboucher sur un verdict parce qu'ils se seront effondrés sous leur propre poids?

Avant d'aborder ces questions, je me propose d'établir le contexte en analysant un certain nombre de facteurs sous-jacents. Si l'on envisage d'apporter des changements cruciaux à l'appareil de justice

¹¹ Ce ne sont pas seulement les procédures judiciaires qui sont longues et complexes, ce sont aussi souvent les enquêtes criminelles menées par la police, les services de renseignement et les laboratoires judiciaires. Comme l'indique Scharf, *précité* p. 287, l'enquête de Lockerbie a duré trois ans. Celle d'Air India s'est étendue sur 20 ans.

¹² On trouvera une discussion utile de cette question dans McCarthy, *précité*, et Scharf, *précité*.

pénale, en vertu de quels principes fondamentaux devrions-nous les mesurer? Quels types de procès de terroristes se sont tenus pendant les dix ou vingt dernières années et quelles furent éventuellement leurs caractéristiques structurelles communes? Quelles sont les structures des procès dans la tradition anglo-canadienne depuis l'adoption du modèle contradictoire britannique aux XVIIIe et XIXe siècles, et quelles variantes ont été acceptées en droit ou en pratique depuis lors? Ne risque-t-on pas d'accroître le nombre d'erreurs judiciaires si l'on modifie des structures fondamentales qui existent depuis des siècles?

PARTIE II

Principes fondamentaux

Les questions soulevées dans cette étude ont été examinées dans le contexte de certains principes ou valeurs que j'estime fondamentaux. Ces principes ont été pris en compte en particulier lorsqu'il s'est agi de décider si un changement est nécessaire et d'évaluer le mérite des diverses propositions de réforme. Comme ils jouent un rôle important dans cette étude, je crois essentiel de les énoncer dès le départ pour que les thèses et opinions exprimées ensuite puissent être mieux comprises et évaluées¹³.

Les sept principes fondamentaux de la présente étude

a) La recherche de la vérité

Au début du siècle dernier, les tribunaux d'appel du Canada considéraient qu'une poursuite pénale ne doit pas être un combat entre des particuliers, mais [traduction] « une investigation dénuée de sentiments ou d'animosité de la part du procureur, dans le seul but de trouver la vérité¹⁴ ». Ces dernières années, ce « seul but » a été nuancé pour refléter la nécessité d'assurer un procès équitable.

Dans une opinion dissidente de 1989, le juge L'Heureux-Dubé affirme que le rôle du jury est « d'établir les faits » et, ajoute-t-elle, « une fois le témoignage permis, il appartient au jury d'accorder un certain poids ou une certaine valeur probante aux divers éléments déposés en preuve au procès. Le juge assiste le jury en déterminant dans quelle mesure la partie adverse peut attaquer ce témoignage, ce qui, dans le cas d'une preuve testimoniale, prend souvent la forme d'un contre-interrogatoire relativement à la crédibilité du témoin ». En conclusion, observe-t-elle, « un juste équilibre doit être recherché entre les différents intérêts en jeu, la découverte de la vérité demeurant un principe essentiel de l'administration de la justice pénale. Parmi ces intérêts, il y a lieu de mentionner notamment la mesure dans laquelle la crédibilité des témoins peut être testée au regard des risques possibles d'atteinte à l'équité du

¹³ Ces principes sont tirés de l'excellent travail de la Law Reform Commission of New South Wales de l'Australie : Report 48 (1986) "Criminal Procedure, the Jury in a Criminal Trial", cité à <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.msfi/pages/r48toc>.

¹⁴ *R. c. Chamandy* (1934), 61 CCC 224 (Ont.C.A.) p. 227.

procès, incluant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et l'importance du préjudice à l'accusé¹⁵ ».

La Cour suprême du Canada s'est exprimé avec plus d'autorité sur le but des procès criminels dans l'arrêt *R. c. Handy*¹⁶ où le juge Binnie s'exprime ainsi au paragraphe 44 : « Après tout, le procès criminel vise la recherche de la vérité ainsi que de l'équité envers un accusé », opinion qu'exprimera aussi la Cour d'appel de l'Ontario quelques semaines plus tard dans un arrêt où le juge Doherty, traitant d'une proposition d'exclusion d'éléments de preuve au titre de la Charte, se demande si la transgression de la Charte et l'exclusion de la preuve [traduction] « constituent un tribut trop lourd en regard de l'objectif du procès pénal qu'est la recherche de la vérité¹⁷ ».

S'il est vrai que la recherche de la vérité est à l'évidence un objectif souhaitable de la procédure pénale, elle ne doit pas être entreprise à n'importe quel prix. Comme l'affirme la Commission de réforme du droit de l'Australie¹⁸ :

[traduction] Les conséquences graves de la condamnation, la crainte de l'erreur, le souci des droits de l'individu et le risque d'abus du pouvoir gouvernemental ont limité la recherche de la vérité dans les affaires pénales.

De même, des arrêts récents au Canada font ressortir que la recherche de la vérité, objectif au demeurant important, doit se faire dans le respect des exigences d'un procès équitable¹⁹.

La confiance du public et la légitimité apparente de la procédure

En dernière analyse, l'appareil de justice pénale rend des comptes à la collectivité qu'il dessert. Son efficacité ainsi que son autorité morale à régler les litiges exigent la confiance du public. Avec le temps, le droit pénal

¹⁵ *R. c. Howard* [1989], 1 R.C.S. 1337.

¹⁶ 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, Binnie J. au nom des neuf membres unanimes de la Cour (dont le juge L'Heureux-Dubé).

¹⁷ *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 CCC (3d) 14 (Ont.C.A.), paragr. 47. La recherche de la vérité comme but du droit pénal a été soulignée par des cours d'appel supérieures du Canada, des États-Unis et du Commonwealth : *R. c. Noel*, 2002 SCC 67; *R. c. Darrach*, 2000 SCC 46; *R. c. Mills* (1999), 139 CCC (3d) 321 (SCC); *Portuondo c. Agard*, 529 U.S. 61 (2000); *James c. Illinois*, 493 US 307 (1990); *R. c. Apostilides* (1984), 53 ALR 445 (HC); *Police c. L.*, 1996 NSDCR LEXIS 28.

¹⁸ Australian Law Reform Commission, Evidence (ALRC) 26 Interim 1985 paragr. 58.

¹⁹ *R. c. Hart* (1999) W.C.B. Lexis 8435 paragr. 4; *R. c. Ludacka* (1996) W.C.B. Lexis 11926 paragr.2; *R. c. Hodgson* (1998), 127 CCC (3d) 449 (C.S.C.), L'Heureux-Dubé.

doit être capable d'assimiler et de refléter les normes de la collectivité, et le processus de détermination de la culpabilité doit concorder avec les normes contemporaines de la communauté générale.

La participation de la communauté à l'appareil de justice pénale est l'une des méthodes permettant d'assurer la confiance du public et l'apparence de légitimité. Tous les membres de la communauté doivent avoir la possibilité de participer comme jurés, sauf ceux qui sont clairement disqualifiés en droit. Il convient de souligner que la Cour suprême du Canada a constamment souligné, dans maints contextes différents, l'importance de la confiance du public dans l'administration de la justice pénale²⁰.

Le principe de confiance du public dans les procès de terroristes présente des défis particuliers. Il est particulièrement important que le public, au sens le plus large possible — la communauté internationale — non seulement ait confiance dans la procédure, mais aussi la considère comme étant légitime et ayant l'autorité morale de rendre un jugement équitable.

L'équité et la règle de droit

La caractéristique fondamentale de tout système de justice pénale est l'équité, notion qui revêt plusieurs aspects dans ce contexte. L'équité exige un élément de certitude et d'uniformité dans l'application du droit et dans la procédure, tout en assurant cependant assez de souplesse pour tenir compte des variations entre les causes ainsi que de circonstances différentes et changeantes. En règle générale, les cas où la souplesse se justifie sont déterminés par rapport aux normes contemporaines de la communauté. En assurant l'équité du procès, il importe non seulement que la justice soit rendue, mais aussi que la population en ait la conviction²¹. L'apparence de justice est donc une composante nécessaire de sa substance.

²⁰ Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; *Provincial Court Judges Association of New Brunswick c. New Brunswick et al.*, 2005 CSC 44; *R. c. Mapara*, [2005] 1 R.C.S. 358 paragr. 63; requête au titre de l'art. 83.28 du *Code criminel*, [2004] 2 R.C.S. 248; *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857 paragr. 23, 24, 29 et 50.

²¹ La Cour suprême du Canada a souligné que c'est l'un des principes les plus fondamentaux de notre jurisprudence, dont la meilleure formulation se trouve dans *R. c. Sussex Justices*, [1924] 1 KB 256, par Lord Chief Justice Hewart: *Chatel c. R.* [1985] 1 S.C.R. 39, paragr. 13. Il est intéressant de constater que, trois ans après la formulation de ce principe dans *Sussex Justices*, la même Cour a exprimé l'avis qu'il y avait une coquille dans cette fameuse citation, le juge Avory affirmant que le mot « seen » aurait dû être « seem » : *R. c. Essex Justices; ex parte Perkins*, [1927] 2 KB 475.

L'efficience

L'administration de la justice pénale doit être efficiente. Cela étant, on s'entend difficilement sur les critères permettant d'en mesurer l'efficience. Certes, l'efficience peut et doit sans aucun doute être mesurée essentiellement par rapport à la norme et à la qualité de la justice, mais d'aucuns affirment aussi avec vigueur qu'elle doit l'être en fonction du coût et de la durée de la procédure pénale. On peut probablement soutenir qu'une utilisation efficiente des ressources disponibles suppose que l'on s'en sert pour obtenir un résultat équitable de manière raisonnable au moindre coût possible et le plus rapidement possible. L'erreur, le double emploi, le gaspillage, l'injustice, le retard, l'incertitude et l'absence de confiance du public sont tous des indicateurs d'inefficience²².

La transparence et la publicité de la procédure pénale

Le droit pour l'individu de critiquer les institutions, les politiques et les méthodes de l'État est l'un des piliers de toute règle démocratique. Le droit de critiquer et d'exprimer un avis contraire est depuis longtemps considéré comme un rempart contre la tyrannie gouvernementale et la corruption²³.

Il est clair que les tribunaux, notamment les cours pénales, jouent un rôle central dans toute démocratie. C'est seulement par le truchement des tribunaux que l'individu peut contester le gouvernement et obtenir une décision exécutoire contre l'État.

Par conséquent, il est indispensable que les activités des tribunaux soient transparentes et puissent être critiquées par le public. Cet argument a été formulé avec force par Jeremy Bentham d'une manière qui a été approuvée par la Cour suprême du Canada, la Chambre des Lords, la Cour suprême des États-Unis, les cours d'appel de l'Australie ainsi que la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande²⁴ :

²² Law Reform Commission (New South Wales), *précité*.

²³ *Liberty of the Press* par James Mill (New York: Augustus M. Kelly, 1825, p. 18).

²⁴ *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Scott c. Scott* [1913] A.C.417 (H.L.); *Richmond Newspapers c. Virginia*, 448 US 555; *In Re Oliver*, 333 U.S. 257; *R. c. Tait* (1979) 24 A.L.R. 473 (F.C.A.); *John Fairfax Publications c. Ryde Local Court*, 2005 NSWCA 101; *Newton c. Coroner's Court* [2005] NZAR 118.

Dans l'obscurité du secret, de sinistres desseins de toutes sortes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire ne sont efficaces qu'en proportion de la publicité des débats. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice. La publicité est le souffle même de la justice. Elle est la plus grande incitation à l'effort, et la meilleure des protections contre l'improbité. Elle fait en sorte que celui qui juge est lui-même en jugement.

Ces derniers temps, la Cour suprême du Canada et d'autres tribunaux du Commonwealth ont affirmé que le principe de transparence des tribunaux est ancré à trois raisons principales. Premièrement et avant tout, l'accessibilité publique de notre appareil judiciaire est un facteur important de responsabilité devant le public²⁵. Elle favorise la confiance de la population envers l'appareil judiciaire ainsi que sa compréhension de l'administration de la justice²⁶. En outre, le principe des audiences publiques, fondement même de la justice, garantit que celle-ci est rendue de manière non arbitraire, conformément à la règle de droit²⁷.

La deuxième grande raison du principe de transparence concerne les fonctions de dissuasion et de réprobation publique du processus sentenciel. Dans les affaires pénales, le processus sentenciel joue une fonction cruciale importante qui est de permettre au public de déterminer quelle sanction mérite le crime et de juger si les sanctions sont empreintes d'uniformité et de proportionnalité²⁸.

La troisième raison est que le principe de transparence appuie d'autres valeurs démocratiques comme le droit à la liberté d'expression. Le raisonnement est le suivant : le droit du public à l'information sur les procédures judiciaires dépend de la possibilité pour les médias de rendre cette information publique. Le débat sur la scène publique exige que le public soit informé, facteur qui exige à son tour une presse libre et dynamique. Pour que les médias aient la liberté de diffuser l'information au public, il est essentiel qu'ils puissent avoir accès aux tribunaux et à leurs travaux²⁹.

25 *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité.

26 *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité.

27 *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité.

28 *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité.

29 *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, précité. En ce qui concerne le rôle des médias, de manière générale, voir Bruce A. MacFarlane, c.r., et Heather Keating, "Horrorific Video Tapes as Evidence: Balancing Open Court and Victim's Privacy" (1999), 41 CLQ 413.

f) L'équilibre entre les droits individuels et l'intérêt public

Les procès de terroristes entraînent inévitablement une collision entre les droits individuels et l'intérêt public. En ce qui concerne l'accusé, divers droits et libertés lui sont garantis par la Charte canadienne des droits et libertés, et l'essentiel de la procédure énoncée dans le Code criminel vise à lui assurer un procès équitable.

La plupart des actes de terrorisme du XXI^e siècle sont destinés à porter un coup général au gouvernement ou à la population et il est donc nécessaire de protéger la sécurité de la société dans son ensemble. Cette question prend un relief particulier lorsque des renseignements de sécurité nationale que le gouvernement tente de protéger sont jugées importantes pour assurer une défense exhaustive lors d'un procès. Elle se pose également dans le contexte des tentatives d'élimination ou de réduction du rôle des jurys dans les procès de terroristes. Comme nous le verrons dans les pages qui suivent, la participation du citoyen au processus de justice pénale permet au public de comprendre la machinerie de l'appareil judiciaire et assure également une plus grande acceptation à la fois du processus employé et du résultat du procès³⁰.

g) La réduction du risque de condamner des innocents

Au cours des siècles, l'appareil de justice pénale s'est doté d'un ensemble de règles et de procédures qu'il n'a cessé d'affiner pour assurer que les coupables d'actes criminels soient condamnés et les innocents, acquittés. Des éléments clés de l'appareil de justice pénale sont destinés à atteindre cet objectif. Ainsi, le fardeau de la preuve imposé à la Couronne — preuve au-delà de tout doute raisonnable — est le plus lourd qui existe en droit. En outre, la présomption d'innocence et les règles concernant le oui-dire, les preuves de moralité, l'obligation de la poursuite à divulguer les informations et le droit de l'accusé à être jugé par ses pairs sont des éléments qui visent tous à protéger l'accusé contre une condamnation injustifiée.

Tant que la culpabilité ou l'innocence devra être déterminée par des êtres humains — comme il se doit inévitablement —, il continuera d'y avoir des

³⁰ Voir Partie VII, *infra*, intitulée « Les procès de terroristes à l'avenir : possibilités de réforme ».

condamnations injustifiées. D'un point de vue réaliste, le défi qui se pose donc aux acteurs de l'appareil de justice pénale doit être de minimiser le nombre d'erreurs judiciaires³¹.

Il y a souvent un certain nombre de causes immédiates aux condamnations injustifiées, comme une erreur d'identification par un témoin visuel, une divulgation inadéquate par la poursuite, une fausse confession ou une erreur commise durant l'enquête policière. Il existe cependant quatre « circonstances prédisposâtes » ou environnementales critiques qui favorisent les condamnations injustifiées. Trois sont directement pertinentes³² dans le contexte actuel : la pression du public pour obtenir une condamnation dans les affaires graves et très médiatisées; l'impopularité de l'accusé, qui est souvent un « étranger » membre d'un groupe minoritaire; et ce qu'on appelle la « corruption pour une noble cause », c'est-à-dire l'idée que la fin justifie les moyens parce que le suspect a commis le crime et que des méthodes impropres sont justifiables pour assurer sa condamnation.

Dans ce contexte, il importe de se demander si et dans quelle mesure des changements aux structures fondamentales existant depuis des siècles dans l'appareil de justice pénale risquent d'exacerber la situation et de porter le risque d'erreurs judiciaires à un niveau inacceptable. J'examinerai cette question plus loin dans cette étude, mais, pour le moment, il suffit de dire qu'une analyse de risque est particulièrement importante pour évaluer toute modification pouvant être apportée au système de procès avec jury³³. Les condamnations obtenues au Royaume-Uni pendant les 10 années d'attentats de l'IRA — dont certaines se sont ensuite avérées être de terribles erreurs judiciaires — doivent rappeler à quiconque œuvre dans les appareils de justice pénale basés sur le droit anglais comment ces « circonstances prédisposantes » ou environnementales peuvent se conjuguer et se renforcer mutuellement pour aboutir à une condamnation erronée. Les tragédies de cette nature ne profitent à personne et ne peuvent qu'entamer la confiance du public dans l'appareil judiciaire.

31 Voir *Convicting the Innocent: A Triple Failure of the Justice System*, de Bruce A. MacFarlane, c.r., étude présentée lors de la conférence des Heads of Prosecution Agencies in the Commonwealth à Darwin, Australie, le 7 mai 2003. [Maintenant publiée dans : (2006) 31 *Manitoba Law Journal* 403].

32 La quatrième circonstance prédisposante concerne la conversion du processus contradictoire en un « jeu », le résultat étant que la recherche de la vérité finit par compter moins que les stratégies, les manœuvres et le désir de gagner à quasiment n'importe quel prix. Cette circonstance prédisposante peut également intervenir dans les affaires de terrorisme dans certaines circonstances.

33 Voir Partie VII, intitulée « Les procès de terroristes à l'avenir : possibilités de réforme ».

PARTIE III

Les précédents mégaprocès de terroristes

Dans cette partie, je me propose de situer la question de l'organisation des futurs procès de terroristes dans le contexte plus large des expériences judiciaires antérieures, au Canada et ailleurs dans le monde. Dans certaines des causes qui suivent, il était question de terrorisme dans sa forme « classique », comme l'attentat dans un avion au-dessus de Lockerbie. Je vais également étudier trois mégaprocès de gangs au Canada, car nous pouvons établir des parallèles entre ces types de cause et les procès de terroristes.

Mon intention n'est pas d'entreprendre un long exposé de chacune des ces affaires. Chaque présentation se limitera plutôt à un bref commentaire à propos de l'inculpation, les circonstances ayant mené au dépôt des accusations, la nature du tribunal ayant entendu l'affaire, les questions qui ont été soulevées et l'issue du procès. Dans la partie IV, je réunirai les éléments qu'ont en commun ces causes dont le périple couvre une période de 57 ans et touche cinq nations.

L'affaire Albert Guay

Le premier attentat à bord d'un avion au Canada, et un des premiers au monde, a eu lieu dans la province de Québec le 9 septembre 1949, tuant les 23 passagers et membres d'équipage³⁴. Cet incident présente de nombreux parallèles troublants avec l'attentat du vol 182 d'Air India bien que, comme je vais le démontrer, l'issue de ce procès fut bien différente.

Pendant la Deuxième Guerre mondiale, Albert Guay, originaire de la ville de Québec, a fait la connaissance puis épousé Rita Morel. Les Guay ont été heureux en ménage jusqu'à la naissance de leur premier enfant, alors que les dettes ont commencé à s'accumuler. Puis, M. Guay a rencontré une serveuse âgée de dix-sept ans qu'il a commencé à fréquenter; il lui a offert une bague de fiançailles, en utilisant une fausse identité. Leur relation a pris fin lorsque Mme Guay a découvert leur liaison. Albert Guay a alors décidé que la meilleure façon de pouvoir renouer avec sa petite amie était de se débarrasser de sa femme.

34

Certains ont soutenu que l'incident canadien était le premier attentat contre un avion en vol de l'histoire. En fait, il y a eu au moins deux incidents antérieurs, dont celui (apparemment pour des motifs similaires) aux Philippines, survenu en mai de la même année : « Affaire Albert Guay », Aviation Safety Network, <http://www.aviation/safety.net/database/record.php?id=19490507/o&lang=nl>

Guay a fait appel à un de ses employés, un horloger appelé Généreux Ruest; ensemble, ils ont fabriqué une bombe comprenant de la dynamite, des détonateurs, une pile et un réveille-matin. L'engin était pourvu d'un mécanisme à retardement. C'est Marguerite Pitre, la sœur de Ruest, qui avait acheté la dynamite dans une quincaillerie locale.

Puis, Guay a acheté un billet d'avion pour sa femme (ainsi qu'une police d'assurance vie d'une valeur de 10 000 \$, ce qui est une pratique courante à l'époque), et l'a convaincue d'aller chercher des choses pour lui à Baie-Comeau, au Québec. Pitre est passée prendre la bombe, cachée dans un colis, chez Guay et l'a apportée à l'aéroport. Le colis a été enregistré tout juste avant le décollage de l'avion à bord duquel se trouvait Mme Guay. Un employé de l'aéroport déclarera par la suite que le transport de toutes les marchandises à bord de l'avion avait été payé par des expéditeurs bien connus, à l'exception d'un colis. L'« exception » avait tout de même été acceptée à la dernière minute et rapidement placée à bord de l'avion, dans le compartiment à bagages. Pitre, qui avait apporté le colis, n'est pas montée à bord de l'avion, Albert Guay et Généreux Ruest non plus. Le colis apporté par Pitre était adressé à une personne fictive de Baie-Comeau.

L'avion s'est écrasé vingt minutes après le décollage. Dans le secteur de l'écrasement, quatre témoins, tous au sol et dans des endroits différents, ont entendu une explosion juste avant que l'avion commence à descendre. Par la suite, les tribunaux concluront que Mme Guay [traduction] « a été assassinée lors de l'explosion d'une bombe à retardement qui avait été apportée à l'aéroport, afin d'être placée à bord de l'avion, par Mme Pitre, la sœur de l'appelant (Ruest) qui a agi selon les ordres formels de Guay³⁵ ». L'écrasement a attiré l'attention du monde entier. C'était, à l'époque, le plus important massacre à avoir eu lieu en Amérique du Nord. Par la suite, un juge de première instance dira au jury que le désastre était [traduction] « un crime hideux, sans précédent dans nos annales judiciaires, un crime qui est révoltant pour l'âme et la conscience d'une honnête population³⁶ ». Pitre a fait une tentative de suicide dix jours après l'attentat et a avoué, alors qu'elle était hospitalisée, qu'elle avait participé au crime.

Guay a immédiatement tenté de toucher le montant de l'assurance vie qu'il avait contractée pour sa femme, mais il a rapidement été arrêté par la police et accusé du meurtre de sa femme.

³⁵ *Ruest c. La Reine*, (1952), 104 CCC 1 (C.S.C.).

³⁶ *Id.*, à la p. 7.

Les poursuites ont été intentées devant les tribunaux ordinaires et Guay, Ruest et Pitre ont finalement tous été accusés de meurtre, accusation qui, à l'époque, était obligatoirement passible de la peine de mort par pendaison.

Pour des raisons d'ordre tactique, le procureur de la Couronne a intenté des procès séparés aux trois accusés³⁷. Il était d'avis que l'un ou plusieurs des accusés pourraient être assignés comme témoins à charge contre Guay et, potentiellement, l'un contre l'autre. Guay a subi son procès le premier. En février 1950, le jury l'a déclaré coupable; il a été condamné à la pendaison et exécuté le 12 janvier 1951, à l'âge de 33 ans. Ruest, qui avait fabriqué la bombe, a également subi un procès avec juge et jury et, malgré l'appel qu'il avait interjeté devant la Cour Suprême du Canada qui a rendu une décision partagée, il a été exécuté le 25 juillet 1952. Marguerite Pitre a été accusée de meurtre et jugée avec juge et jury, reconnue coupable et exécutée le 9 janvier 1953. Elle a été la dernière femme à être pendue au Canada³⁸.

Alors que la preuve contre Guay était solide, celle contre Pitre et Ruest était moins claire. Dans leurs cas, la question était de savoir si et jusqu'à quel point tous deux étaient au courant de l'infâme complot ourdi par Guay. Est-ce que Ruest savait que la bombe allait servir à faire exploser un avion ou, comme il l'a prétendu, avait-il été amené à croire que la dynamite devait être utilisée pour faire sauter des souches d'arbre? Et est-ce que Pitre savait qu'elle transportait une bombe à l'aéroport ou, comme elle l'a soutenu, pensait-elle livrer une statue? La mens rea représentait donc un enjeu capital, et l'exposé au jury fait par le juge de première instance sur le fait que la poursuite avait le fardeau de la preuve, a constitué l'enjeu clé en appel.

Le dossier judiciaire du procès de Ruest est mieux connu, car sa cause est allée jusqu'à la Cour Suprême du Canada. Son procès a duré 16 jours. La poursuite a appelé soixante-dix-sept témoins, alors que la défense en a assigné onze. Plus de 100 pièces ont été versées au dossier de la

³⁷

³⁸

Pitre a été assignée pour témoigner contre Ruest

Les faits de cette terrible tragédie proviennent des sources suivantes : *Ruest c. La Reine*, (1952), 104 CCC 1 (C.S.C.); Bruce Ricketts, « The Worst Mass Murder in North America », [http://www.mysteriesofcanada.com/quebec/mass_murder.thm]; « Flight to Baie-Comeau », publié dans *Time Magazine*, le 3 octobre 1949; « Fame, of a Sort », publié dans *Time Magazine*, le 21 janvier 1951; « Judgement of Death », publié dans *Time Magazine*, le 4 août 1952; « The Clockwork Bomb Affair », [http://www.everything2.com/index.pl?node_id=1522582]; « Timeline: The Albert Guay Affair », [http://www.virtualmuseum.ca/exhibitions/myst/en/timeline/mcq/guay.html]; « Albert Guay: Mass Murderer », [http://www.famouscanadians.net/name/g/guayalbert.php].

cour. Pour la poursuite, la cause reposait en grande partie sur une preuve circonstancielle et constituait le casse-tête typique en matière de preuve.

Dans une décision partagée (7-2), le juge Fauteux (avec l'accord du juge en chef Rinfret et des juges Kerwin, Taschereau, Rand, Estey et Kellock) a jugé que bien que le juge de première instance ait pu mal s'exprimer lorsqu'il a laissé entendre que la preuve devait établir l'innocence de l'accusé afin de pouvoir prononcer un acquittement, l'ensemble de la preuve montrait inévitablement que l'accusé était coupable. Le juge Cartwright (avec l'accord du juge Locke) aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès en raison du fait que l'erreur a pu induire le jury en erreur au moment de rendre son verdict.

Bien que les trois accusés ont été condamnés à la peine capitale, je n'ai pu trouver matière à critique quant aux poursuites intentées ou aux conclusions auxquelles les différents juges et jurys sont arrivés dans cette trilogie comportant trois causes très difficiles. Au contraire, les juges et les jurys semblent avoir fait du bon travail lorsqu'il s'est agi de comprendre qui a fait quoi, bien que ce soit toujours un peu troublant lorsque le plus haut tribunal du pays en arrive à une décision partagée dans une cause dont l'enjeu est la peine de mort.

La campagne terroriste de l'IRA

Le 30 janvier 1972, lors du « Bloody Sunday », des parachutistes britanniques ont tué 13 catholiques non armés qui participaient à une marche pacifique pour les droits civiques à Londonderry, en Irlande du Nord. Le 21 juillet 1972, l'IRA a fait trembler Belfast en faisant sauter 22 bombes en 75 minutes, faisant neuf morts et 130 blessés. Une campagne de bombardement, alimentée par la situation politique, s'en est suivie tout au long de la décennie qui a suivi, faisant 3 637 morts dans ce que les Irlandais appellent maintenant « The Troubles³⁹ ».

La plupart des personnes tuées étaient des civils : des mères et des pères de famille, des gens qui faisaient leurs emplettes ou qui allaient au pub et des enfants. Le public était scandalisé et avait peur. Dans l'esprit de

³⁹ Pour un compte-rendu de ces événements, on peut se référer au texte de la conférence de Bruce A. MacFarlane, C.R., « Convicting the Innocent: A Triple Failure of the Justice System », prononcée dans le cadre du Heads of Prosecutions Agencies in the Commonwealth Conference [traduction : Colloque des directeurs des poursuites pénales du Commonwealth], tenu à Darwin, en Australie, le 7 mai 2003 (maintenant publié dans : (2006) 31 *Manitoba Law Journal* 403).

plusieurs, l'IRA était devenue l'« ennemi public numéro un ». C'est parmi ces citoyens que les enquêteurs de la police allaient être choisis pour enquêter sur les attentats de l'IRA au cours des nombreuses années qui allaient suivre. Et, faisaient précisément partie de ces mêmes groupes de citoyens, les juges et les jurys qui allaient entendre des causes qui, malheureusement, ont conduit à de terribles erreurs judiciaires en Grande-Bretagne dans les années quatre-vingt. J'examinerai la question des erreurs judiciaires plus loin dans ce texte, mais pour le moment, je vais spécifiquement me concentrer sur les tribunaux qui ont entendu ces causes en Angleterre et en Irlande du Nord.

Un des aspects les plus troublants des erreurs judiciaires relatives à l'IRA est le fait qu'elles aient eu lieu alors que la gamme complète de garanties offertes en droit criminel par le système judiciaire britannique était en place : les causes ont été instruites devant des tribunaux ordinaires, et non des tribunaux spéciaux, par des juges expérimentés et des jurys correctement constitués, et s'appuyaient sur le droit criminel bien établi qui s'applique à toute personne en Angleterre. Tous les accusés étaient représentés par des avocats compétents et pouvaient interjeter appel, au même titre que quiconque en Angleterre.

Dans le cas des Birmingham Six le jury a rendu un verdict unanime de culpabilité relativement aux 21 chefs d'accusation de meurtre. En 1991, la Cour d'appel a annulé les condamnations et libéré les accusés⁴⁰. Alors, qu'est-ce qui n'a pas fonctionné? S'exprimant au nom du tribunal, le Lord juge Lloyd a souligné que sur la foi des éléments de preuve déposés au procès, l'affaire était convaincante. Le jury a rempli son mandat. Néanmoins, deux éléments de preuve étaient suspects : la preuve scientifique concernant les traces laissées par les bombes et les interrogatoires menés par la police. Le tribunal a conclu que l'expertise médico-légale était incertaine, et que plusieurs enquêteurs de la police [traduction] « étaient à tout le moins coupables d'avoir trompé le tribunal⁴¹ ». La Cour d'appel a fait le commentaire suivant en ce qui concerne le rôle du jury⁴² :

[traduction] À tort ou à raison (nous pensons à tort) le procès avec jury constitue le fondement de notre système de justice criminelle. Dans un procès avec jury, les jurés non seulement examinent les faits, mais ils appliquent aussi la loi. Puisqu'ils sont appelés à appliquer la loi, les

40 (1991) 93 Cr. App. R. 287 (C.A.).

41 *Id.*, à la p. 318.

42 *Id.*, à la p. 311.

jurés sont instruits par le juge sur la loi pertinente. Mais la tâche d'appliquer la loi aux faits, et de rendre un verdict, appartient au jury, et seulement au jury. La primauté du jury dans le système de justice criminelle anglais explique pourquoi, historiquement, la Cour d'appel joue un rôle aussi limité.

[traduction] Aucun système ne peut être meilleur que son fondement humain. Comme n'importe quel autre système de justice, le système contradictoire peut faire l'objet d'abus. La preuve présentée peut être insuffisante. La preuve d'expert peut ne pas être bien documentée ou il peut y avoir des tentatives délibérées de miner le système en présentant une preuve fautive. Si les éléments de preuve se contredisent, il n'existe aucune façon de s'assurer que le jury tirera les bonnes conclusions. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'il y a conflit entre des preuves d'expert, comme c'était le cas ici. Aucun système humain n'est parfait.

Les Guildford Four ont été déclarés coupables de meurtre en 1975, par un tribunal constitué d'un juge et d'un jury, pour des attentats dans des pubs perpétrés par l'IRA et qui ont tué sept personnes. Ils ont interjeté appel trois ans plus tard, mais sans succès. En 1989, le ministre de l'Intérieur a déferé la cause à la Cour d'appel après la découverte de nouveaux éléments de preuve. Les condamnations ont été annulées en 1989, après que le directeur des poursuites pénales ait décidé de ne pas soutenir la condamnation des quatre accusés. Une enquête publique a eu lieu afin de faire la lumière dans cette affaire⁴³.

Il y a eu d'autres erreurs judiciaires en Angleterre concernant les attentats à la bombe perpétrés par l'IRA. Elles suivent le même schéma. Les Maguire Seven ont été reconnus coupables de possession d'explosifs en 1976. Ils avaient été accusés de s'adonner à la fabrication de bombes pour l'IRA dans le nord de Londres au milieu des années soixante-dix. Contrairement au procès des Guildford Four, la preuve scientifique a joué un rôle capital au procès des Maguire Seven. De nouveaux éléments de preuve ont surgi; le ministre de l'Intérieur a déferé la cause à la Cour

⁴³ Sir John May, *Report of the Inquiry into the Circumstances Surrounding the Convictions arising out of the Bomb Attacks in Guildford and Woolwich in 1974, Final Report* (1993-94 H.C.449).

d'appel, alors que le directeur des poursuites pénales a concédé que les condamnations étaient douteuses. Il faut souligner que la Cour d'appel est intervenue au motif très faible [traduction] « que la possibilité d'une contamination innocente ne peut être exclue⁴⁴ ».

Cependant, d'autres personnes avaient une autre opinion. Brian Ford, un expert de premier plan, a posé la question publiquement à savoir si les personnes impliquées dans ces affaires n'avaient pas serré les rangs, et il a exprimé ses craintes que les scientifiques de la poursuite ne constituent un service étatique dans le but d'obtenir des condamnations, plutôt que d'offrir une expertise scientifique indépendante⁴⁵. Il semble qu'il avait raison, et la saga de l'IRA n'a fait qu'empirer.

Judith Ward a été inculpée de 12 chefs d'accusation de meurtre et trois chefs d'accusation relatifs à des explosions. Elle a subi son procès avec juge et jury à la Wakefield Crown Court. Elle a plaidé non coupable de tous les chefs d'accusations, mais elle a été déclarée coupable relativement à tous les chefs d'accusation, à la suite d'un vote majoritaire quant à un chef et une décision unanime relativement à tous les autres. Elle a été condamnée à une peine d'emprisonnement totale de 30 ans. L'accusation reposait sur des aveux qu'elle aurait prétendument faits à la police et sur la preuve d'expert des scientifiques du gouvernement indiquant que des traces de nitroglycérine auraient été trouvées sur elle. Elle n'a interjeté appel ni de la condamnation ni de la peine.

Dix-sept ans plus tard, le ministre de l'Intérieur a déféré sa cause à la Cour d'appel pour un réexamen. Il a été dit qu'elle souffrait d'un désordre mental qui expliquait ses déclarations à la police. Il a aussi été affirmé que la police et la poursuite avaient toutes deux omis de divulguer des éléments de preuve qui auraient affecté le déroulement du procès. L'affirmation la plus sérieuse concernait la preuve scientifique. Dans un jugement unanime, le juge Glidewell, écrivant au nom du tribunal, a conclu que les trois scientifiques principaux du gouvernement assignés comme témoins de la poursuite au procès avaient intentionnellement induit le tribunal en erreur, qu'ils avaient agi de concert et qu'ils [traduction] « s'étaient fait justice à eux-mêmes et qu'ils avaient dissimulé à la poursuite, à la défense et au tribunal des choses qui auraient pu changer le déroulement du procès⁴⁶ ».

44 *R. c. Maguire*, (1992) 94 Cr. App. R. 133 aux p. 152-3.

45 [Laboratorynews<http://www.sciences.demon.co.uk/aforens.htm>].

46 *R. c. Ward*, [1993] 2 All E.R. 577 (C.A.).

Quelles leçons peut-on tirer des erreurs judiciaires dont a été victime l'IRA en Angleterre? Aux fins du présent rapport, la première et la plus importante leçon est que les structures judiciaires place en Angleterre à cette époque semblaient fonctionner relativement bien. Dans l'ensemble, il semble que les jurys aient agi de façon raisonnable sur la base des éléments de preuve qu'on leur avait fournis⁴⁷. Les erreurs judiciaires ont eu lieu pour des raisons distinctes et indépendantes des considérations structurelles. Premièrement, il était devenu évident que la « pression hydraulique » exercée par l'opinion publique a créé un climat dans lequel les autorités de l'État ont cherché à condamner des gens malgré l'existence d'éléments de preuve ambigus ou contradictoires. Deuxièmement, les scientifiques travaillant dans les laboratoires gérés par le gouvernement ont eu tendance à se sentir « ligués » avec la poursuite, ce qui a engendré la perception que leur rôle était de soutenir la thèse de la police plutôt que de fournir une analyse impartiale et fondée au plan scientifique⁴⁸.

L'Irlande du Nord

En 1973, le droit à un procès avec jury dans les cas d'infractions liées au terrorisme a été suspendu en Irlande du Nord⁴⁹.

À la suite au 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 criminels⁵⁰. 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 politique⁵¹.

47 Une mise en garde s'impose ici. Dans le cas des *Birmingham Six*, les accusés ont demandé l'autorisation de faire appel de leurs condamnations au motif que le juge Bridge, fonction qu'il occupait à l'époque, avait démontré une hostilité excessive à l'égard de la cause des accusés et qu'il avait clairement fait connaître sa perception des faits et des témoins au point de priver le jury de la possibilité de pouvoir former une opinion impartiale. La Cour d'appel a cependant rejeté cette requête : *R. c. McIlkenny*, (1991) 93 Cr. App. R. 287, à la p. 288.

48 Il faut noter que cette question a été soulevée au Canada dans le cadre de l'enquête publique relativement à l'affaire Driskell. L'ancien juge en chef LeSage a remis son rapport sur cette question au gouvernement du Manitoba en janvier 2007.

49 Le *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973* contient le cadre sous-jacent à toutes les lois contenant des dispositions d'urgence en Irlande du Nord depuis cette époque.

50 Anthony Jennings, « Justice Under Fire: The Abuse of Civil Liberties in Northern Ireland », 1988.

51 John D. Jackson, « The Restoration of Jury Trial in Northern Ireland: Can We Learn from the Professional Alternative? », (2001) *St. Louis-Warsaw Trans* 1 15.

Le raisonnement ayant conduit à la recommandation concernant les procès avec juge seul comportait deux aspects. Premièrement, la violence exercée par des organisations paramilitaires créait une menace continue d'intimidation, ressentie aussi bien par les jurés que par les témoins, et un [traduction] « juré qui a peur est un mauvais juré⁵² ». Deuxièmement, la commission Diplock avait attiré l'attention sur le risque que des jurés partiaux rendent des verdicts contraires à la preuve⁵³.

Une des hypothèses fondamentales sous-jacentes à l'établissement des tribunaux Diplock était le fait que le jury pouvait être retiré du système de justice criminelle dans certains types de causes sans perturber la caractéristique contradictoire essentielle de ces procès. La loi était sujette à controverse, et elle a reçu des appuis de différents camps. Certains ont fait valoir que les tribunaux Diplock pouvaient être une façon raisonnable d'aborder une situation extrême⁵⁴; d'autres ont soutenu que les procès avec juge seul avaient entraîné une augmentation du taux de condamnation, et que moins de cinq ans après l'établissement des tribunaux Diplock, 82 % de la population d'Irlande du Nord prônait le retour aux procès avec jury⁵⁵.

Cette perception d'illégitimité, largement répandue, était alimentée par le recours à des informateurs « de choc » et aux aveux obtenus sous la contrainte, qui ont contribué à un grand nombre de condamnations prononcées par les tribunaux Diplock⁵⁶. La question de savoir si le sentiment d'illégitimité émanait de l'utilisation des tribunaux Diplock ou provenait du recours à des informateurs de choc et aux aveux apparemment obtenus sous la contrainte, continue d'être une source de controverse au Royaume-Uni⁵⁷.

52 *Id.*, à la p. 16.

53 *Ibid.*

54 John D. Jackson, *loc. cit.*, note 18. Le professeur Jackson a noté qu'[traduction] « il y avait moins de preuve de la présence d'erreurs judiciaires particulières dans les procès Diplock comparativement à l'Angleterre et au pays de Gales où les procès avec jury avaient été maintenus pour toutes les causes criminelles graves... » et il a conclu qu'[traduction] « il a été affirmé que dans la célérité légitime de rétablir les procès avec jury en Irlande du Nord, ce serait une erreur d'ignorer complètement l'expérience des procès Diplock des trente dernières années ».

55 Michael P. O'Connor and Celia M. Rumann, « Into the Fire: How to Avoid Getting Burned by the Same Mistakes Made Fighting Terrorism in Northern Ireland », (2003) 24 *Cardozo L.Rev.* 1657, aux p. 1697-1699.

56 David Bonner, "Combating Terrorism: Supergrass Trials in Northern Ireland", (1988) 51 *The Modern Law Review* 23.

57 *Ibid.*

Deux professeurs adjoints de la faculté de droit de l'University of St. Thomas ont analysé l'expérience vécue en Irlande du Nord et ont conclu d'abord qu'aucune preuve n'était le double raisonnement ayant conduit à l'établissement des tribunaux Diplock; que rien ne prouvait que cette stratégie avait fait quoi que ce soit pour diminuer la violence politique en Irlande du Nord; et que certains avaient prétendu que ces tactiques antiterroristes avaient été décrites comme étant [traduction] « les meilleurs outils de recrutement que l'IRA ait jamais eus⁵⁸ ». Par conséquent, les auteurs en sont arrivés à la conclusion suivante⁵⁹ :

[traduction] L'élimination des procès avec jury, associée au recours systématique à des informateurs et aux aveux obtenus sous la contrainte, ont miné la confiance dans le système de justice sans réduire la violence. En fin de compte, ces politiques ont été un échec monumental.

Entre-temps, au fil des ans, le nombre de causes jugées par un juge seul en Irlande avait diminué, passant de plus de 300 causes par année à environ 60 par année. En 2006, le gouvernement a annoncé son intention d'adopter une loi qui établirait une présomption en faveur du procès avec jury en Irlande du Nord, tout en maintenant la possibilité de tenir des procès avec juge seul dans les cas où le directeur des poursuites pénales satisferait aux conditions d'un test légal encore à mettre au point, mais qui vraisemblablement tiendrait compte des préoccupations relatives à ce qui pourrait entraver ou pervertir l'administration de la justice. L'abrogation de la loi à l'origine du système Diplock était prévue pour le 31 juillet 2007⁶⁰, conformément au programme de « normalisation de la sécurité » annoncé en 2005.

L'attentat du World Trade Centre (1993)

Le 26 février 1993, une bombe puissante a explosé dans le parc de stationnement à étages de la tour nord du World Trade Centre à New York. L'attentat a tué six personnes et laissé un cratère d'une profondeur équivalente à six étages dans les planchers du sous-sol de l'édifice. Le but

⁵⁸ *Id.*, à la p. 1662.

⁵⁹ *Id.*, à la p. 1699.

⁶⁰ Northern Ireland Office, « Replacement Arrangements for the Diplock Court System: A Consultation Paper », août 2006.

de l'attentat était de détruire les fondations de la tour nord de manière à ce qu'elle s'écroule sur sa tour jumelle⁶¹.

Le cerveau de cet attentat était Ramzi Yousef, qui était né au Kuwait et qui y avait vraisemblablement grandi. Yousef était entré aux États-Unis en 1992, muni d'un faux passeport irakien et, dans les mois suivants, avait mis au point le plan pour la fabrication d'une bombe. Avec plusieurs autres personnes, Yousef, qui agissait à partir de son domicile à Jersey City, a commencé à assembler l'engin au mazout et au nitrate d'urée, d'une puissance de 1 500 livres, qui devait être posé au WTC. Il s'est envolé au Pakistan dans les heures qui ont suivi l'explosion.

Par la suite, Yousef est devenu un terroriste international dans le style du Jackal. Il a pris part aux plans visant à assassiner la première ministre du Pakistan, Benazir Bhutto. Le complot a échoué lorsque Yousef et une autre personne ont été interceptés par la police à l'extérieur de la résidence de Bhutto, au moment où ils posaient la bombe. En 1994, Yousef s'est rendu dans le Sud-Est asiatique où il a essayé de commettre un attentat à la bombe à l'ambassade d'Israël à Bangkok. Il a ensuite fait des plans dans le but d'assassiner le pape Jean-Paul II et le président des États-Unis, Bill Clinton. Ce plan n'a jamais été mis à exécution. À Manille, il a placé une bombe dans un centre commercial; l'engin a sauté plusieurs heures plus tard. Personne n'a été blessé. En 1994, il a été le cerveau de l'attentat lors du concours Miss Univers. Plus tard dans la même année, il a été le cerveau de l'attentat dans un restaurant rapide Wendy's. Deux semaines plus tard, le 1er décembre 1994, Yousef et un de ses amis ont perpétré un attentat à la bombe au Greenbelt Theatre à Manille. Onze jours après, Yousef a assemblé une bombe et s'est arrangé pour qu'elle explose à bord d'un avion faisant la liaison Manille-Tokyo. Un passager a été tué.

Pendant ce temps, le gouvernement des États-Unis a offert une récompense de deux millions de dollars pour la capture de Yousef. Un ami a dénoncé Yousef qui a été arrêté le 7 février 1995 par les autorités américaines et pakistanaïses, au Pakistan. Il a été renvoyé aux États-Unis et accusé en vertu des lois criminelles de l'État de New York. Il a été gardé en détention pendant son procès qui a eu lieu devant les tribunaux habituels.

⁶¹ Simon Reeve, *The New Jackals: Ramzi Yousef, Osama Bin Laden and the Future of Terrorism*, Northeastern University Press, 1999; Laurie Mylroie, "The World Trade Centre Bomb: Who is Ramzi Yousef? And Why it Matters", *The National Interest*, hiver 1995-96, [<http://www.fas.org/irp/world/iraq/956-tni.htm>]

Le 12 novembre 1997, Yousef a été déclaré coupable d'avoir organisé l'attentat de 1993, et en 1998, lui et un certain nombre d'autres personnes ont été condamnés à une peine d'emprisonnement de 240 ans chacun pour conspiration, attentat à la bombe contre un édifice servant au commerce interétats, attentat à la bombe contre une propriété et des véhicules appartenant à une agence des États-Unis, pose d'une bombe dans un commerce interétats, attentat à la bombe ou destruction d'un véhicule utilisé dans un commerce interétats, voie de fait contre des officiers fédéraux et deux chefs d'accusation pour utilisation et transport d'un engin destructeur dans le but de commettre un crime violent. À l'audience de la détermination de la peine, le juge Kevin Duffy du tribunal fédéral américain de première instance (siégeant avec un jury, y compris des jurés suppléants) a décrit Yousef comme [traduction] « un apôtre du mal » avant de recommander que toute la peine soit purgée en prison cellulaire. Finalement, dix conspirateurs et militants islamistes, dont Yousef, ont été condamnés pour leur participation à l'attentat. Un onzième accusé avait été précédemment déporté en Jordanie par le gouvernement américain. Il a été accusé, mais acquitté par un tribunal jordanien; il vit maintenant en Arabie Saoudite⁶².

Le 4 avril 2003, une formation plénière de trois juges de la Cour d'appel fédérale à New York a confirmé la condamnation de Yousef relativement à l'attentat de 1993 et au complot de 1994 visant à faire sauter une douzaine d'avions de ligne américains au-dessus du Pacifique (le complot « Bojinka », qui a échoué, et qui était le signe avant-coureur évident d'une conspiration qui devait prétendument avoir lieu au Royaume-Uni en août 2006)⁶³.

Dans son jugement confirmant la condamnation, la Cour d'appel des États-Unis du Deuxième circuit écrit ce qui suit :

[traduction] Le juge Duffy a présidé avec soin et d'une manière équitable et louable les deux procès longs et extraordinairement complexes contre lesquels un appel a été formé. L'équité des instances qu'il a présidées ne fait pas de doute⁶⁴.

62 Ramzi Yousef, [http://www.reference.com/browse/wiki/ramzi_yousef].

63 *US c. Yousef*, 327F. 3d 56, cert. den. 540 U.S. 933.

64 327F 3d 56 à la p. 291.

Yousef est maintenant détenu à la prison à sécurité maximum Super Max Prison ADX à Florence, au Colorado. Parmi les autres terroristes qui y sont détenus, on retrouve Terry Nichols, l'Unibomber. Timothy McVeigh y a aussi été détenu avant son exécution.

Il existe une suite intéressante à l'attentat du World Trade Centre. L'attentat de 1993 n'était qu'un acte manifeste dans une inculpation ou une série d'inculpation de différents membres d'Al-Qaeda dans les années 1990. Il y avait une inculpation globale désignant Oussama Ben Laden, qui alléguait que les accusés étaient membres d'une organisation terroriste internationale impliquée dans les attentats à la bombe perpétrés contre plusieurs ambassades des États-Unis. Bien que Ben Laden n'ait jamais été arrêté, les autorités le cherchaient activement dans le but de le juger aux États-Unis. Le dépôt de cette accusation, conjugué aux efforts pour tenter de trouver Ben Laden, est significatif dans le sens où cela illustre assez froidement autant les avantages que les désavantages découlant du fait de compter sur le système de justice criminelle pour contrer la menace du terrorisme international.

L'avantage est évident. Si les démarches pour le retrouver avaient été fructueuses, et si Ben Laden avait été jugé et condamné aux États-Unis, les attentats du 11 septembre n'auraient peut-être jamais eu lieu. Cependant, l'absence de succès démontre le net désavantage du fait de compter sur le système de justice criminelle. Les recueils de jurisprudence américains sont remplis de décisions judiciaires portant sur les différentes requêtes déposées par Ben Laden et ses coconspirateurs. Ben Laden a, entre autres, tenté d'obtenir le rejet de l'accusation portée contre lui sans comparaître en cour, le rejet de chefs d'accusation en particulier, la suppression d'allégations superfétatoires dans l'acte d'accusation, l'inhabileté de certains procureurs du gouvernement, la récusation de citoyens américains du tableau des jurés, le rejet de chefs d'accusation en raison de l'absence de compétence et le rejet de chefs d'accusation au motif que l'infraction qui y était décrite n'était pas prévue par la loi⁶⁵. En un mot, la tentative de poursuite contre Ben Laden s'est retrouvée dans une impasse et a enlisé le système de justice américain précisément au moment où Ben Laden et d'autres étaient en train de planifier l'attaque de 2001 contre les États-Unis.

⁶⁵ Par exemple, voir *US c. Usama Bin Laden et al*, 91 F. Supp. 2d 600; *US c. Usama Bin Laden*, 92 F. Supp. 2d 189; *US c. Usama Bin Laden*, 93 F. Supp. 2d 484 (2000).

L'attentat d'Oklahoma City

Le 19 avril 1995, une explosion foudroyante a éventré le Murrah Building à Oklahoma City, en Oklahoma, faisant 168 morts et des centaines de blessés. Dans les instants suivant l'explosion, les médias nationaux ont diffusé des croquis d'hommes du Moyen-Orient. Plusieurs groupes terroristes ont été mentionnés. Tout cela était logique à l'époque, puisque deux ans auparavant, le World Trade Centre de New York avait été la cible d'un attentat à la bombe par les terroristes islamistes. Il a fallu plusieurs jours avant que l'on démontre que ces premiers rapports étaient faux. Quatre-vingt-dix minutes après l'explosion, Timothy McVeigh a été arrêté alors qu'il était en route vers le nord d'Oklahoma City, après qu'il ait été intercepté parce qu'il conduisait un véhicule sans plaque d'immatriculation.

Le 10 août 1995, un grand jury fédéral a inculpé McVeigh et Terry Lynn Nichols de onze chefs d'accusation, d'un chef d'accusation d'avoir comploter dans le but d'utiliser une arme de destruction massive, huit chefs d'accusation de meurtre au premier degré et d'autres infractions aux lois américaines. Le gouvernement a déposé un avis d'intention de demander la peine de mort⁶⁶.

À partir de ce moment, un certain nombre de garanties du système de justice criminelle ont été déclenchées. Le 19 février 1996, le tribunal fédéral de première instance a accueilli les requêtes de McVeigh demandant que l'affaire soit renvoyée dans un autre district judiciaire; la cause a donc été transférée de l'Oklahoma à Denver, au Colorado. Le 25 octobre 1996, le tribunal a accueilli une requête pour diviser les procès de McVeigh et de Nichols, et a ordonné que McVeigh soit jugé le premier. Le procès de McVeigh a commencé avec un voir dire des futurs jurés le 31 mars 1997. Un jury composé de 12 personnes et de 6 jurés suppléants a été assermenté par le tribunal le 24 avril 1997, et les exposés introductifs ont commencé le même jour.

À cette étape-ci, je dois brièvement commenter le concept de « jurés suppléants » que l'on trouve en droit américain, puisque six jurés suppléants ont été nommés dans les affaires Yousef et McVeigh. Dans les longues procédures criminelles, les règles fédérales de procédure criminelle⁶⁷ permettent au tribunal jugeant au fond de constituer un jury comptant jusqu'à six jurés suppléants afin de remplacer l'un ou l'autre

66
67

United States c. Timothy James McVeigh, 153 F.3d 1166 (1998), cert. den. 1999 US lexis 1780.
Federal Rules of Criminal Procedure, Title VI. Trial, USCS Fed Rules Crim. Proc. Rule 24.

juré qui serait incapable de remplir ses fonctions ou qui aurait été déclaré inhabile à exercer ses fonctions. Les jurés suppléants doivent avoir les mêmes qualifications et doivent être sélectionnés et assermentés de la même manière que n'importe quel autre juré. Le tribunal peut retenir les jurés suppléants après que le jury se soit retiré pour délibérer. Si un juré suppléant remplace un juré après que les délibérations ont commencé, le tribunal doit donner comme instructions au jury de reprendre ses délibérations depuis le début. Il faut noter qu'avant que cette règle ne soit amendée en 2002, le juge de première instance ne pouvait pas remplacer un juré par un juré suppléant après le début des délibérations, parce qu'il n'était évidemment pas souhaitable de permettre à un juré qui ne connaît pas le contenu des délibérations antérieures de subitement se joindre au groupe et de prendre part au vote sans avoir pu profiter des précédentes discussions du groupe⁶⁸.

La preuve dans la cause de l'attentat d'Oklahoma City était terrifiante. Le Murrah Building a été détruit par une bombe de 3 000 à 6 000 livres, composée d'un explosif contenant du nitrate d'ammonium, transportée dans un camion loué. Au cours de l'automne 1994, McVeigh et Nichols ont cherché, acheté et volé tout le matériel nécessaire à la fabrication de la bombe. Ils ont ensuite loué un certain nombre de casiers de rangement au Kansas, où ils ont entreposé les composantes de la bombe. Pendant l'étape où la poursuite présente sa preuve, qui a englobé 23 jours de témoignage, la preuve a démontré que la bombe avait tué 163 personnes dans l'édifice et cinq personnes à l'extérieur. Parmi les victimes, se trouvaient 15 enfants qui étaient dans une garderie que l'on pouvait voir depuis la façade de l'édifice, et quatre enfants qui visitaient l'édifice. Huit fonctionnaires fédéraux chargés de l'application de la loi ont également perdu la vie. L'explosion a été ressentie et entendue à six milles à la ronde. McVeigh a déclaré par la suite qu'il voulait provoquer un soulèvement général aux États-Unis, et que l'attentat à la bombe se produirait le jour anniversaire de la fin du siège de Waco. McVeigh a justifié les inévitables pertes de vie en concluant que quiconque travaillait dans un édifice fédéral était coupable par association avec ceux qui étaient responsables de ce qui était arrivé à Waco⁶⁹.

L'attentat a produit un effet considérable sur la ville et sur les États-Unis. La bombe a fait plus de 800 blessés et a détruit ou endommagé plus de

⁶⁸ *US c. Lamb*, 529 F. 2d 1153 (9th Cir. 1975); voir aussi mon commentaire sur cette question dans la partie VII, D, *infra*.

⁶⁹ *United States c. Timothy James McVeigh*, précité, note 33, à la p. 1177.

300 édifices dans les environs, privant plusieurs centaines de personnes de leur logis et obligeant la fermeture des bureaux au centre-ville d'Oklahoma City. Plus de 12 000 personnes ont pris part aux opérations de sauvetage et de secours dans les jours qui ont suivi l'explosion; plusieurs d'entre elles ont souffert du syndrome de stress post-traumatique par la suite.

Le point de mire à l'échelle nationale a atteint son paroxysme le 23 avril 1995, lorsque le président Bill Clinton a pris la parole à Oklahoma City. Il a critiqué les animateurs d'émission-débat à la radio d'avoir prétendu que les fonctionnaires fédéraux agissaient illégalement. Dans le sillage de l'attentat, les écoles ont renvoyé les enfants plus tôt et ont reçu l'ordre de rester fermées partout au pays. Les médias nationaux se sont emparés du fait que 19 des victimes étaient des enfants, dont la plupart étaient à la garderie de l'édifice.

Jusqu'aux attentats du 11 septembre 2001, l'attentat à la bombe d'Oklahoma City était le pire acte de terrorisme à survenir à l'intérieur des frontières américaines. C'était la plus grosse cause criminelle de l'histoire des États-Unis. Les agents du FBI avaient mené 28 000 interrogatoires, réuni 3,5 tonnes d'éléments de preuve et presque un milliard d'éléments d'information à propos de cette cause.

Timothy McVeigh a été condamné à la peine de mort pour l'attentat, après avoir été déclaré coupable d'avoir assassiné des fonctionnaires fédéraux chargés de l'application de la loi, et d'autres infractions. Il a été exécuté par injection mortelle dans une prison américaine le 11 juin 2001. Terry Nichols a été déclaré coupable de 160 chefs d'accusation de meurtre au premier degré, plus d'autres accusations criminelles, mais il a échappé à la peine de mort parce que les délibérations du jury étaient dans une impasse. Le juge Steven Taylor l'a condamné à la prison à vie sans possibilité de libération conditionnelle.

La catastrophe de Lockerbie

Le 21 décembre 1988, le vol 103 de la Pan Am en provenance de Francfort en Allemagne de l'Ouest fit une escale de routine à l'aéroport international d'Heathrow à Londres pour prendre quelques passagers à destination de l'aéroport J.F. Kennedy de New York. Trente-neuf minutes après le décollage d'Heathrow, l'avion explosa en plein vol au-dessus de

la petite ville écossaise de Lockerbie⁷⁰. En l'espace de quelques minutes, 243 passagers de 21 pays, 16 membres d'équipage et 11 villageois furent tués. Lors de l'explosion, le carburant de l'appareil lança une boule de feu d'une centaine de mètres dans les airs qui creusa un cratère de sept mètres de profondeur, tout en éparpillant les restes humains et l'épave de l'avion sur une vaste étendue de la campagne écossaise⁷¹. La majeure partie de la ville de Lockerbie fut détruite. Jusqu'à présent, cette explosion et l'écrasement subséquent constituent le pire massacre en Grande-Bretagne.

Il s'en est suivi une gigantesque enquête criminelle. Plus de quatre millions de morceaux de la carcasse de l'appareil étaient dispersés sur une superficie de 2 200 kilomètres carrés dans le nord de l'Angleterre et le sud de l'Écosse. L'enquête scientifique a mobilisé 22 organismes distincts et l'enquête policière a fait appel à 70 forces de l'ordre sur quatre continents. On a interrogé 15 000 personnes dans 20 pays, on a pris 35 000 photos et l'on a réuni 180 000 éléments de preuve, afin les mettre à l'abri et de les conserver avant leur présentation devant un tribunal⁷². Après une enquête laborieuse de deux ans, une piste a commencé à s'ébaucher.

Un fragment de circuit imprimé, plus petit qu'un ongle, a été découvert parmi les débris épars dans le comté de Cumbrie dans le nord-ouest de l'Angleterre⁷³. L'accusation a soutenu que ce fragment provenait du détonateur électronique de la bombe, dissimulé dans un appareil de radio Toshiba et placé dans la soute. D'autres preuves ont permis de remonter jusqu'à deux agents secrets présumés du gouvernement libyen ayant antérieurement travaillé pour le compte de Libyan Airlines à Malte. Le 13 novembre 1991, un juge écossais a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre d'Abdel Basset Ali Mohammed Al-Megrahi et de Lamén Khalifa Fhimah et, le lendemain, un grand jury américain de Washington D.C. les mettait tous deux en accusation pour meurtre⁷⁴.

70 La terrible tragédie survenue à Lockerbie a fait l'objet de nombreuses publications. Parmi les commentaires les plus pertinents, on retiendra : Caryn L. Daum, « The Great Compromise: Where to Convene the Trial of the Suspects Implicated in the Flight Pan Am 103 bombing over Lockerbie, Scotland », 23 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 131 (1999); les jugements de première instance et d'appel se trouvent sur Internet : <http://www.scotcourts.gov.uk/library/lockerbie/index.asp>; Michael P. Scharf, « Terrorism on Trial: The Lockerbie Criminal Proceedings », *ILSA J. Int'l and Comp. L.* 355 (2000); Robert Black, « Lockerbie: A Satisfactory Process but a Flawed Result », 36 *Case W. Res. J. Int'l L.* 443 (2004); David R. Andrews, « A Thorn on the Tulip—A Scottish Trial in the Netherlands: The Story Behind the Lockerbie Trial », 36 *Case W. Res. J. Int'l L.* 307 (2004); Julian B. Knowles, « The Lockerbie Judgments: A Short Analysis », 36 *Case W. Res. J. Int'l L.* 473 (2004)

71 *Ibid.*

72 David R. Andrews, *précité*, à la page 308.

73 Michael P. Scharf, *précité*, à la page 359; Robert Black, *précité*, à la page 444.

74 David R. Andrews, *précité*, à la page 308.

Même s'ils n'avaient pas de traité d'extradition avec la Libye, les États-Unis et le Royaume-Uni ont immédiatement demandé à ce pays de leur livrer les deux suspects pour qu'ils soient jugés. Invoquant « l'atmosphère de lynchage » qui régnait aux États-Unis et au Royaume-Uni concernant cette affaire, la Libye a refusé de s'exécuter en regard de ces demandes de remise⁷⁵. Au cours des semaines suivantes, ce pays n'a démontré aucune volonté de livrer les accusés pour le procès ou de reconnaître son implication dans ces actes terroristes. Par conséquent, le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté deux résolutions afin de faire pression sur la Libye à l'effet de livrer les suspects, accepter la responsabilité des agents libyens, divulguer toute information connue d'elle sur ces crimes et payer une indemnisation adéquate. Ces résolutions prévoyaient également d'importantes sanctions économiques à l'encontre de la Libye⁷⁶.

L'affaire entra alors dans une impasse. En novembre 1994, le président Nelson Mandela proposa l'Afrique du Sud comme lieu neutre pour la tenue du procès, mais l'ancien premier ministre britannique John Major refusa cette offre, réitérée au successeur de Major, Tony Blair, par deux fois en 1997. Lors de la seconde tentative, on prétend que Mandela lui aurait formulé une mise en garde selon laquelle « aucune nation ne devrait être à la fois le plaignant, l'accusation et le juge » dans l'affaire Lockerbie⁷⁷.

Grâce aux efforts diplomatiques conjugués des Nations Unies, des États-Unis, du Royaume-Uni et de la Libye, il a été finalement possible de parvenir à un compromis. Selon les termes de cet accommodement, les ressortissants libyens seraient jugés en territoire neutre, les Pays-Bas, devant des juges écossais (sans jury) en appliquant le droit et la procédure criminelle écossais. Il s'agirait du premier procès criminel écossais portant sur des accusations graves sans jury⁷⁸. En vertu du droit écossais, il fallait une législation spéciale pour autoriser un tribunal écossais à siéger à l'extérieur du pays. La législation requise prévoyait que, aux fins de conduire la procédure criminelle contre les deux accusés, la Haute cour de justice d'Écosse pourrait siéger aux Pays-Bas en vertu

75 Michael P. Sharf, *précité*, à la page 356.

76 David R. Andrews, *précité*, à la page 810.

77 Procès de l'attentat aérien du vol Pan Am 103, http://www.en.wikipedia.org/wiki/pan_am_flight_103_bombing_trial. (Remarque : je n'ai pu trouver aucune autre source attribuant cette citation à Mandela); de manière générale, consulter « Strategic Moral Diplomacy: Mandela, Qaddafi, and the Lockerbie Negotiations », Lyn Boyd-Judson, volume 1 Foreign Policy Analysis (mars 2005).

78 « Scots Law Under the Microscope », John P. Grant, professeur à la faculté de droit, Université de Glasgow, *The Journal*, mai 1999, à la page 18 : <http://www.journalonline.co.uk/article/1001112.aspx>.

de telles dispositions⁷⁹; je reviendrais sur les détails de cet instrument extraordinaire, ci-dessous⁸⁰. Robert Black, professeur de droit à l'Université d'Édimbourg a été l'artisan de ce compromis, avec l'aide du secrétaire au Foreign Office de l'époque, Robin Cook⁸¹.

Dès les premiers jours, il parut évident que les règles de la preuve et la procédure écossaise régissant le procès différaient des règles en vigueur aux États-Unis sur plusieurs points concrets. À titre d'exemple, selon la jurisprudence écossaise, il n'est pas besoin de confirmer une cause probable lors d'une enquête préliminaire avant le procès. De la même manière, l'appareil judiciaire écossais se distingue par le fait que personne ne peut être condamné pour un crime sans corroboration des faits. Selon la procédure pénale écossaise, les déclarations extrajudiciaires sont admises lorsqu'un témoin est décédé, disparu ou refuse de se présenter au procès. La différence la plus marquante concerne probablement les types de verdict susceptibles d'être rendus : « prouvé », « non prouvé » et « non coupable ». En Écosse, un défendeur reconnu coupable ne peut être condamné à la peine de mort et un procureur écossais ne peut faire appel d'un acquittement sur une question d'ordre purement juridique⁸².

Il importe de revenir sur certaines des structures mises en place lors du procès de Lockerbie. Au lieu d'instruire l'action devant un jury de 15 membres comme d'habitude, l'affaire fut entendue devant un tribunal de trois juges. Sur les motifs d'une telle décision, les versions divergent. Selon un écrit de Michael P. Scharf, professeur de droit, directeur du Centre for International Law and Policy et ancien avocat-conseil auprès des Nations Unies, c'est à « la demande de la défense » que l'affaire aurait été instruite devant un tribunal de trois juges plutôt qu'un jury⁸³. David R. Andrews qui, à titre de conseiller juridique du Département d'État était « l'éminence grise » américaine dans la mise sur pied du procès, a écrit que le lord procureur général d'Écosse était prêt à se passer d'un jury en se fondant sur le fait qu' [traduction] « il ne serait guère pratique qu'un groupe de citoyens écossais s'absente du pays durant pratiquement une année ». Andrews mentionne également que, mis à part la décision d'opter pour un tribunal de trois juges plutôt qu'un jury normal, le lord

79 Julian B. Knowles, *précité*, à la page 473.

80 Texte réglementaire, 1998, no 2251, « The High Court of Judiciary (Proceedings in the Netherlands) (United Nations) order », 1998.

81 « Pan Am Flight 103 Bombing Trial », *précité*, à la page 2; Robert Black, *précité* dans « FN d1 »; consulter « Scots Law Under the Microscope », *précité*.

82 Michael P. Scharf, « Terrorism on Trial: The Lockerbie Criminal Proceedings », 6 ILSA J. Int'l and Comp. L. 355 (2000).

83 Michael P. Scharf, *précité*, à la page 358.

procureur général [traduction] « maintenait catégoriquement qu'il ne devait y avoir aucune autre divergence avec la procédure et le droit pénal écossais ». Cela exigeait l'adoption d'une mesure législative sous forme de « décret » préparé par le lord procureur général sans requérir le vote du Parlement⁸⁴.

En vertu du décret 1998 (adopté en conseil) sur la Haute cour de justice siégeant aux Pays-Bas (Nations Unies), la poursuite criminelle contre Al-Megrahi et Fhimah devait être conduite expressément selon la loi relative aux mises en accusation devant la Haute cour de justice d'Écosse⁸⁵. Le lord juge-greffier devait nommer les trois juges pour faire fonction de tribunal et désigner, par ailleurs, l'un d'entre eux comme président. Un vote à la majorité devait statuer sur les questions d'ordre juridique. À la fin du procès, le verdict, faisant l'objet d'une décision unanime ou majoritaire, devait être lu devant la cour par le président du tribunal⁸⁶.

Le lord juge-greffier devait également nommer un juge suppléant pour siéger avec le tribunal. Ce dernier pouvait prendre part à toutes les délibérations, mais sans droit de vote concernant les décisions. Au cas où l'un des juges nommés à l'origine viendrait à décéder ou serait absent, ce juge suppléant assumerait les fonctions du juge décédé ou absent⁸⁷. En cas d'appel du verdict, le procès serait instruit soit aux Pays-Bas soit en Écosse et par cinq juges écossais⁸⁸. Une note explicative à la fin de ce décret, indiquée comme ne faisant pas partie dudit décret, précise que : [traduction] « Ce décret a été rendu en application de la Loi sur les Nations Unies de 1946 en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies »⁸⁹.

J'ai étudié de manière extrêmement détaillée tout le contexte de l'affaire de Lockerbie pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la possibilité d'en arriver à une action en justice se heurtait à des obstacles énormes. Ensuite, comme je l'exposerais plus tard, il existe une sorte de consensus chez certains universitaires et d'autres personnes concernées dans cette affaire selon lequel un procès dans un pays tiers et neutre ne devrait pas être considéré comme une option pour les affaires de terrorisme et être essentiellement considéré comme un [traduction] « cas d'espèce ». Enfin, la décision de se passer d'un jury ne découlait pas de manœuvres

84 David R. Andrews, *précité*, à la page 313; voir également « Scots Law Under the Microscope », *précité*.

85 Texte réglementaire, *précité*, paragr. 3.

86 *Ibid.*

87 *Ibid.*, au paragraphe 7.

88 *Ibid.*, au paragraphe 14.

89 *Ibid.*

d'intimidation ou du risque de constituer un jury partial — comme dans les cas des tribunaux Diplock — en fait, l'établissement d'une juridiction en pays tiers provenait, après coup, de la décision de tenir un procès à des milliers de kilomètres de l'endroit où était survenue l'infraction.

Le procès s'ouvrit le 3 mai 2000 en présence des lords Sutherland, Coulsfield et McLean. Le 31 janvier 2001, après 130 jours d'audience, la cour a reconnu à l'unanimité le premier accusé, Al-Megrahi, coupable de meurtre et a déclaré le second accusé, Fhimah, non coupable. Al-Megrahi a été condamné à une peine de prison à perpétuité, assortie de la recommandation d'une incarcération de 20 ans minimum⁹⁰. Il est intéressant de remarquer également qu'un certain nombre de sites Web offraient un suivi vidéo en direct et que la BBC diffusait les audiences en direct à la fois en anglais et en arabe sur Internet⁹¹.

Al-Megrahi a interjeté immédiatement appel de cette accusation. La cour d'appel se composait de cinq lords juges-commissaires qui siégeaient sur le tribunal écossais aux Pays-Bas. Elle était présidée par lord Cullen, un éminent juriste qui était alors le doyen des juges écossais. Les audiences se sont tenues du 23 janvier au 14 février 2002 et la cour a rejeté unanimement l'appel, le 14 mars 2002, dans un jugement dépassant 200 pages⁹².

Pour des raisons qui restent nébuleuses, l'appel de la sentence imposée fut scindé de l'appel de l'accusation, et au moment de la rédaction de la présente étude, il est encore en instance de jugement⁹³.

Dans un communiqué, diffusé après que la cour d'appel ait rejeté l'appel contre la condamnation, le lord procureur Colin Boyd a déclaré, entre autres, que « la décision de ce jour mettait fin aux poursuites judiciaires de la juridiction écossaise aux Pays-Bas ». Après avoir remercié tous les organismes du gouvernement des États-Unis qui avaient aidé l'Écosse ainsi que la police, le service judiciaire et le service pénitentiaire écossais de même que le gouvernement hollandais, le lord procureur a mentionné qu'« au cours des deux années écoulées, l'appareil judiciaire écossais avait été soumis à une surveillance internationale sans précédent et avait bien supporté ce regard direct ».

90 On trouvera la transcription complète du jugement lors de première instance (et de l'appel) sur : <http://www.scotscourts.gov.uk/library/lockerbie/index/asp>

91 *Ibid.*

92 On trouve le jugement d'appel sur Internet : voir la note de bas de page 90, *précité*. Une intéressante critique de ce jugement est fournie par Robert Black, *précité*, à la page 447.

93 BBC News, 8 juin 2006 : <http://www.news.bbc.co.uk/1/hi/scotland/5061170.stm>

Au fil des années, le ton optimiste et les louanges du lord procureur ont néanmoins suscité quelques réserves. Les verdicts prononcés à la fois par le tribunal de première instance et la cour d'appel ont fait l'objet de critiques acerbes et, de fait, les procédures judiciaires ne sont pas parvenues à une conclusion. Le 23 septembre 2003, les avocats représentant Al-Magrahi ont déposé une demande au nom de leur client devant la Commission écossaise de révision des condamnations pénales, requérant une révision de sa condamnation. En vertu de la loi écossaise, si la Commission de révision des condamnations pénale pense, après enquête approfondie, qu'une erreur judiciaire pourrait s'être produite et que, dans l'intérêt de la justice, il importe de procéder à un renvoi devant les tribunaux, elle peut porter l'affaire devant la Haute cour. Une fois saisie, la Haute cour statue sur l'affaire comme s'il s'agissait d'un appel normal⁹⁴. En raison de l'importance de la procédure de première instance et de l'appel, la Commission a demandé et obtenu des ressources importantes pour conduire l'enquête.

Je n'ai pas l'intention de me lancer dans une analyse des résultats de l'affaire, ni de décortiquer les divers commentaires publiés. Je me bornerai à mentionner que les détracteurs ont été véhéments et les critiques virulentes. Robert Black, professeur de droit écossais à la faculté de droit d'Édimbourg depuis 1981 et, de son propre aveu, [traduction] « souvent considéré comme l'artisan du dispositif selon lequel un tribunal écossais siège aux Pays-Bas pour juger les Libyens accusés de l'attentat de Lockerbie » a prétendu et [traduction] « continuera de soutenir qu'une honteuse erreur judiciaire a été perpétrée et que l'appareil de justice pénale a été gravement entaché »⁹⁵. En 2005, un ancien chef de la police écossaise a signé une déclaration alléguant qu'on avait fabriqué la preuve majeure dans le procès de Lockerbie. L'officier, maintenant à la retraite, prétend que le minuscule fragment du circuit imprimé, crucial pour condamner Al-Megrahi, avait été dissimulé par des agents états-unien⁹⁶.

La fin de 2005 a été marquée par l'intervention politique. Lord Fraser of Carmyllie, premier lord juge ayant lancé le mandat d'arrêt contre l'unique Libyen condamné dans l'attentat de Lockerbie, a élevé un doute sur

⁹⁴ Commission écossaise de révision des condamnations pénales, revue de presse sur : <http://www.sccrc.org.uk/news>

⁹⁵ Robert Black, *précité*, à la page 451.

⁹⁶ « Police Chief- Lockerbie Evidence was Faked », <http://www.news.scotsman.com/index.cfm?id=1855852005> (28 août 2005, *Scotland on Sunday* par Marcello Mega).

l'intégrité du principal témoin du procès. L'ancien ministre conservateur décrivait Tony Gauci — dont le témoignage était essentiel dans l'affaire — comme [traduction] « légèrement cinglé » et « pas vraiment une lumière ». Tout en tenant à préciser que cela ne signifiait pas pour autant qu'il considérait Al-Megrahi comme innocent, Fraser a indiqué qu'il devrait être libre de quitter l'Écosse pour purger le reste de sa peine en Libye⁹⁷. À la suite des commentaires de Fraser, le 23 octobre 2005 *The Times*, dans un éditorial d'opinion, a adopté le point de vue selon lequel il fallait réexaminer soigneusement le cas, afin d'établir si l'on disposait de preuves suffisantes pour rouvrir l'affaire⁹⁸.

Durant les audiences, le secrétaire général de l'ONU avait nommé le professeur H. Koechler en tant qu'observateur des Nations Unies au procès de Lockerbie. Par la suite, ce dernier a qualifié le procès de [traduction] « mise en scène judiciaire » classique, propre de l'ère de la Guerre froide et décrit le résultat comme une [traduction] « erreur judiciaire spectaculaire »⁹⁹.

Le 28 juin 2007, la Commission écossaise de révision des condamnations pénales rendait sa décision sur la demande de réouverture du procès déposée par Al-Megrahi. Elle autorisait cette demande pour un motif très ponctuel : la preuve ne corroborait pas les faits essentiels de l'affaire. Par conséquent, il existait une possibilité d'erreur judiciaire et, dans l'intérêt de la justice, l'affaire devait être renvoyée devant la Haute cour. Néanmoins, la Commission rejetait les théories de complot qui circulaient depuis des années concernant cette affaire. Sur ce point, la Commission précisait¹⁰⁰.

[traduction] Nombre de reportages publiés au cours de cette révision se sont bornés à reproduire certains arguments de la défense à l'origine reçus par la Commission au début de ses travaux et constituant la base d'une partie importante de l'enquête de cette Commission. Comme indiqué dans ce communiqué, après une investigation complète et rigoureuse, la Commission en est venue à affirmer que ces conclusions étaient sans bien-fondé et non corroborées. Plus particulièrement, la Commission n'a pu trouver aucun

⁹⁷ <http://www.timesonline.co.uk/article/0,,2090-1839307,00.html>.

⁹⁸ « It is time to look again at Lockerbie », Magnus Linklater, *The Times*, 26 octobre 2005 : <http://www.timesonline.co.uk/article/0,,1062-1843063,00.html>.

⁹⁹ I.P.O. Service d'information, déclaration du Dr Hans Koechler, observateur international au procès de Lockerbie, émise le 14 octobre 2005 : <http://www.i-p-o.org/nr-lockerbie-14oct05.htm>.

¹⁰⁰ Communiqué de presse, « Abdel Basset Ali Mohammed Al-Megrahi », émis par la Commission de révision des condamnations pénales d'Écosse le 28 juin 2007, parag. 7.2.

fondement permettant de penser à une fabrication de preuve de la part de la police, de la Couronne, des experts en criminalistique et autres représentants des organismes officiels ou gouvernementaux.

Peut-on tirer quelque leçon du procès de Lockerbie? David R. Andrews, « l'éminence grise » américaine, qui fut intimement mêlé dans l'affaire, formule les intéressantes observations suivantes¹⁰¹ :

en considérant l'objectif d'un procès écossais dans un pays tiers, l'effort s'est soldé par un succès retentissant;

néanmoins, le coût s'est avéré colossal — ce procès a coûté plus de 150 millions de dollars US et il a mobilisé pratiquement tous les niveaux de gouvernement au Royaume-Uni, aux États-Unis et aux Pays-Bas;

certains parents des victimes l'ont perçu comme une conclusion satisfaisante, d'autres par contre l'ont vécu comme une souffrance supplémentaire, puisque le véritable coupable, Muammar Kadhafi, n'a pas été tenu responsable;

cette initiative a permis à la Libye de faire amende honorable en ce qui concerne ses activités terroristes : au lendemain du procès, la Libye a versé environ 10 millions de dollars US à chacune des familles;

ce modèle de procès dans un pays tiers ne devrait pas être repris à la légère, s'il ne l'est jamais. La mise sur pied d'un tel tribunal spécialisé est un processus extrêmement laborieux et lent. Dans le contexte politique et pratique que nous vivions avec la Libye, une telle solution convenait et s'est révélée efficace, mais à l'avenir, il est difficile d'imaginer une situation qui se prêterait à une solution similaire.

Enfin, et surtout, le fait de recourir à des structures ou des audiences spéciales a rendu le procès particulièrement vulnérable aux critiques injustes, et non fondées, de [traduction] « mise en scène judiciaire » concoctée en vue de desseins politiques. Malheureusement, ce type de raisonnement peut, semble-t-il, être avancé en dépit de l'éminence et l'indépendance des juristes qui ont entendu la cause.

¹⁰¹ David R. Andrews, *précité* à la page 318.

7. L'explosion du vol d'Air India

Le 23 juin 1985 à l'aube, une bombe située dans la soute arrière faisait exploser à mi-parcours le vol d'Air India 182 transportant 329 passagers. Les débris de l'appareil et les corps de quelques victimes furent retrouvés dans l'Atlantique sur la côte de l'Irlande. Il n'y eut aucun survivant¹⁰².

Comme suite à l'enquête policière multinationale, on réussit à établir que deux valises non accompagnées avaient été enregistrées à l'aéroport international de Vancouver, le matin du 22 juin 1985, sur deux appareils.

En octobre 2000, Ripudaman Singh Malik et Ajaib Singh Bagri étaient accusés d'une série d'infractions en vertu du Code criminel alléguant leur implication dans un complot en vue d'assassinat et la pose de bombes dans un avion. Débutant en avril 2003, leur procès se poursuivit durant environ 16 mois, soit approximativement 230 jours d'audience. Motivant sa décision, le juge du procès insista sur le fait qu'en dépit de la longueur et de la complexité de la cause, tout comme de la durée écoulée, [traduction] « il n'était pas question de réduire les normes de la preuve requise dans tout procès criminel (preuve hors de tout doute raisonnable) ».

Parfaitement conscient de l'horreur des crimes concernés, le juge a précisé que¹⁰³:

[traduction] Les mots n'arrivent pas à exprimer l'abomination insensée de tels crimes. Il s'agit d'un acte de terrorisme barbare — sans précédent dans l'histoire récente de l'aviation — qui dérive du fanatisme le plus abject et le plus inhumain, faisant des centaines de victimes innocentes : hommes, femmes et enfants.

Deux autres individus avaient participé à ce double attentat. L'un d'eux, Inderjit Singh Reyat, fut déclaré coupable, à l'issue d'un procès, de deux chefs d'accusation d'homicide lors de la seconde explosion au Japon¹⁰⁴. Talwinder Singh Parmar, cocomploteur non inculpé dans la poursuite, considéré comme le cerveau de cette conspiration, fut tué en Inde le 14 octobre 1992¹⁰⁵. À l'issue du procès, Malik et Bagri ont tous deux été

102 Le résumé des faits dans cette affaire est essentiellement extrait de la décision de Josephson, J. rapporté dans *R. c. Malik and Bagri*, 2005 BCSC 350 (CanLII)

103 *Ibid.*, paragr. 1254

104 *Ibid.*, paragr. 1277

105 *Ibid.*, paragr. 1256 et 1275

acquittés en s'appuyant sur le fait que la Couronne n'avait pu prouver, hors de tout doute raisonnable, leur culpabilité.

De prime abord, il faut souligner un certain nombre d'éléments. Tout d'abord, le procès s'est déroulé selon les lois et la procédure criminelles normales et devant des tribunaux ayant compétence en la matière. En dépit des aveux concernant les faits, le procès s'est poursuivi durant presque 18 mois. Si les accusés n'étaient pas passés aux aveux, il y a lieu de croire que le procès aurait duré environ trois ans. L'affaire a été soumise à un juge siégeant seul, néanmoins les accusés avaient le choix d'un procès devant un juge avec un jury. Un jury pour un procès d'une telle importance aurait-il été équitable pour la Couronne ou la défense? Cela continue de faire débat.

À la fin du procès, le procureur général et l'un des principaux avocats de la défense ont décidé d'analyser l'affaire conjointement, en insistant sur les enseignements à tirer d'un mégaprocès complexe.

Robert Wright, c.r. et Michael Code ont présenté un volumineux document intitulé *Air India Trial: Lessons Learned* [traduction] (Le procès Air India - conclusions à tirer) lors du Sommet de la Justice de 2005 à Toronto, Ontario le 22 novembre 2005. Ce document, unique en son genre au Canada, s'avère extrêmement utile pour comprendre les difficultés posées par un mégaprocès terroriste. Messieurs Wright et Code méritent des louanges pour cet extraordinaire document.

Ce rapport sur les enseignements à tirer se divise en deux grandes parties : la première concernant les questions d'ordre administratif et de gestion de la poursuite et la seconde portant sur les questions relatives au litige.

Les questions d'ordre administratif et de gestion de la poursuite portaient sur : la gestion de projet, le personnel, les installations, les communications, la divulgation de la Couronne à la défense, les services aux victimes et aux témoins, la technologie, la sécurité et les relations extérieures. Je ne compte pas m'attarder sur cette partie, néanmoins je formulerai quelques observations. Tout d'abord, le rapport souligne l'importance de garantir un soutien en matière de poursuite au plus haut niveau [traduction] « pour avoir une approche de gestion propre d'un mégaprocès ». Second point à retenir, il convient d'avoir [traduction] « une approche de gestion de projet pour une justice grand format, incluant : gestionnaire, équipe, planification, budget, évaluation des risques, mise en œuvre, suivi et évaluation. »

La portion du texte portant sur les questions relatives au litige concerne directement les éléments à l'étude dans le présent document. Wright et Code ont immédiatement fait ressortir un point essentiel dans les mégaprocès de terrorisme : doivent-ils se dérouler avec ou sans jury? Les auteurs font remarquer [traduction] « les avantages importants de négocier un nouveau choix pour un procès devant un juge seul » et recommandent que le juge en chef du tribunal soit désigné lors des discussions de la phase précédant l'instruction. Ils recommandent également ce nouveau choix, en partant de la sélection par consensus d'un juge du procès et non sur décision du juge en chef. Selon les auteurs, la Couronne et la défense trouveraient avantage à négocier un nouveau choix de procès devant un juge seul car, dès les débuts, il existerait une relation plus cohésive entre les parties :

[traduction] Le fait que dès le début la Couronne et la défense s'habituent à œuvrer de concert et en bonne collaboration, afin d'en arriver à un procès équitable, constitue un avantage intangible et à long terme pour l'administration de la justice. La réussite du mégaprocès devient un objectif commun pour les deux parties qui s'approprient le juge choisi.

En outre, le procureur général doit avoir une personnalité souple, pragmatique et résiliente. Les auteurs font remarquer qu'une longue poursuite suscite inévitablement des mécontentements, certains passablement importants. Néanmoins, le procureur général doit rester au-dessus de ces querelles accusatoires et doit initier des discussions menant à la résolution des questions sur lesquelles les parties devraient arriver à se mettre d'accord. Si on pinaille pour des vétilles, le mégaprocès n'en finira jamais. ([traduction] c'est nous qui soulignons).

D'un point de vue purement pratique, les auteurs insistent sur le fait que l'importance des ressources influe inévitablement sur le comportement lors d'un litige entre les avocats de la Couronne et ceux de la défense et qu'il faut trouver le juste équilibre entre manque ou pléthore de temps et d'argent. La sagesse conduit à formuler le conseil :

[traduction] Si la Couronne n'a pas d'autres responsabilités et charge tous les agents de la force publique à sa disposition d'enquêter sur des points mineurs et sans importance, cela risque de retarder indûment le procès. De

la même manière, les avocats de la défense qui se voient allouer des montants substantiels sur les fonds publics *ad vitam æternam* n'auront que peu d'intérêt à revenir à leur pratique habituelle alors que les provisions semblent pratiquement inépuisables. En conclusion, il faut en arriver à un juste milieu entre trop et pas assez de ressources pour la Couronne comme pour la défense.

D'autres recommandations concernent :

la portée des aveux concernant l'approche de la Couronne à la divulgation;

l'importance de nommer une personne tant sur l'équipe de la Couronne que celle de la défense pour traiter des questions de divulgation;

le rôle essentiel de la divulgation électronique dans un processus de divulgation;

les solutions créatives à trouver au problème des refus de pièces — incluant, à titre d'exemple, l'autorisation pour un avocat de la défense de consulter les documents pertinents ou leur résumé refusés en alléguant une rupture de la confidentialité.

Fort heureusement, lors du procès d'Air India, les avocats compétents et posés étaient prêts à collaborer pour aboutir à une solution raisonnable dans un contexte contradictoire. Il n'en ira pas toujours ainsi. Cette expérience fait ressortir un nombre de difficultés et de problèmes cruciaux :

- Certains mégaprocès deviendront-ils ingérables, empêchant ainsi d'atteindre une conclusion équitable?
- Que peut-on espérer des jurés? Peut-on s'attendre, par exemple, à ce qu'ils renoncent à leur vie pour se consacrer entièrement à un procès durant trois ans? Comment se protéger contre d'éventuels problèmes de santé, tant pour les jurés que le juge ou les avocats, susceptibles de torpiller effectivement un mégaprocès terroriste?

- Lors d'un procès complexe s'étalant sur plusieurs années, quelles ressources et quels moyens mettre à la disposition des jurés pour s'assurer qu'ils considèrent la totalité de la preuve au moment de rendre un verdict?
- Quel cadre juridique et pratique faut-il pour garantir qu'un procès pluriannuel en arrive à un verdict, particulièrement dans les affaires traitées devant un juge et des jurés?

8. Mégaprocès de bandes

Les procès de terroristes diffèrent sensiblement des mégaprocès de bandes, mais ils présentent cependant certaines similarités. Pour cette raison, je pense qu'il convient d'analyser rapidement quelques-uns des récents mégaprocès de bandes au Canada. Certains se sont avérés être des réussites, d'autres se sont soldés par des échecs retentissants.

L'affaire des Manitoba Warriors

L'un des premiers mégaprocès contre une bande criminelle concernait l'affaire *R. c. Pangman et al*, auquel on se réfère habituellement comme le « cas des Manitoba Warriors¹⁰⁶ ». Le 4 novembre 1998, 35 accusés ont été directement inculpés lors d'une opération policière d'infiltration intitulée Opération Northern Snow. L'inculpation comptait plus d'une centaine de chefs d'accusation : trafic de cocaïne, complot pour vente de cocaïne et infraction au Code criminel incluant l'appartenance à une organisation criminelle. En substance, la Couronne alléguait que les accusés constituaient le noyau dur d'une bande de rue de souche autochtone solidement établie à Winnipeg et contrôlant une bonne partie du trafic de cocaïne de la ville. L'affaire a fait l'objet d'une poursuite conjointe par une équipe de procureurs fédéraux et provinciaux¹⁰⁷ et, lors de certaines étapes, on comptait jusqu'à dix avocats de la défense autour de la table. Aucune installation n'existait pour instruire cette poursuite, ce qui a donc obligé la province à construire un nouveau palais de justice. Il était prévu que le procès dure deux années devant un juge et un jury; la cause était devenue un véritable cauchemar sur le plan logistique.

¹⁰⁶ Il existe plusieurs décisions rapportées concernant cette affaire, mais les deux principales sont les suivantes : *R. c. Pangman* (2000), 144 Man. R. (2d) 204 (C.A.); *R. c. Pangman* (2001), 154 C Cr (3d) 193 (Man.C.A.).

¹⁰⁷ Par une mise en accusation directe signée à la fois par le sous-procureur général du Canada et le sous-procureur général du Manitoba.

Deux raisons fondamentales expliquent le déraillement de cette affaire. Premièrement, l'équipe de la défense a immédiatement formé un « comité de motions » qui, durant les 15 mois suivants, a formulé une série de requêtes avant l'instruction destinée à défaire la poursuite sur des questions fort éloignées du fond même de la poursuite. Une motion demandant de répartir les accusés en plusieurs procès plus simples à gérer a été acceptée¹⁰⁸, toutes les autres se voyant rejetées.

La seconde raison de ce déraillement se doit à une politisation de l'affaire. À la télévision nationale, un député (autochtone) de l'opposition du Manitoba a soutenu que les imputations découlaient de motifs raciaux et a qualifié les nouvelles installations récemment inaugurées de [traduction] « Palais de justice indien ». Quelques jours après la diffusion de cette émission, lors d'une élection générale dans la province, le gouvernement essuyait une défaite, l'opposition formant le nouveau gouvernement et le député en question s'est retrouvé sur le conseil des ministres. Le procureur général a répliqué en menaçant de poursuivre le nouveau ministre pour diffamation, ce qui a contribué à envenimer l'atmosphère. Une fois encore, une intervention politique dans une cause faisant déjà l'objet d'une controverse publique compliquait les exigences d'un procès équitable, tout spécialement devant un jury.

Une fois les motions terminées et le nouveau palais de justice prêt pour le procès, quelques-uns des accusés firent cavalier seul et enregistrèrent un plaidoyer de culpabilité relatif à certains chefs d'accusation. Il s'agissait de membres situés au bas de la hiérarchie de l'organisation criminelle et, grâce à la détention préventive, ils arrivaient presque à la fin de leur sentence après la décision sans appel concernant l'accusation. La défense modifia rapidement sa stratégie et les autres accusés enregistrèrent un plaidoyer de culpabilité et furent condamnés à des peines d'emprisonnement allant de six à neuf ans¹⁰⁹.

En dépit du fait que 34 des 35 accusés ont été reconnus coupables ou ont plaidé la culpabilité et ont été condamnés des peines d'emprisonnement, les médias et le public ont considéré que ce mégaprocès s'était soldé par un échec. Dans leur idée, on a construit un nouveau palais de justice expressément pour un procès qui n'a jamais eu lieu. La Couronne a négocié hors cour sur la poursuite, y compris sur les chefs d'accusation

108 *R. c. Pangman* (2000), 149 Man. R. (2d) 68 (Q.B.)

109 *R. c. Pangman* (2001) 154 C Cr (3d) 193 (Man.C.A.). Pour lire une critique de l'affaire, consulter Don Stuart, *Canadian Criminal Law*, 4e ed, Carswell, Toronto, 2001, page 649

d'organisation criminelle, laissant persister l'impression que les inculpations avaient été motivées par des raisons politiques¹¹⁰. Le coût total de la poursuite s'est chiffré à 8,9 millions de dollars, sur lesquels 3,2 millions de dollars ont été consacrés à l'assistance juridique des accusés pour un procès qui n'a jamais été instruit.

Le complot des Zig Zag Crew

Les Zig Zag Crew étaient, et demeurent, une bande à la solde des Hells Angels au Manitoba. Il s'agit de criminels pratiquant l'extorsion, le trafic d'armes et le recouvrement de dettes de drogue sur le terrain.

En mai 2002, la police a déposé une dénonciation imputant huit membres du Zig Zag Crew pour 60 chefs d'accusation selon le Code criminel, y compris celui de complot pour meurtre. L'affaire concernait essentiellement une guerre de motards qui s'était déroulée deux ans auparavant dans les rues de Winnipeg. Souhaitant éviter un mégaprocès, la Couronne fit tout son possible pour réduire l'ampleur du cas en restreignant le nombre des accusés de huit à cinq et le nombre des chefs d'accusation de 60 à 36. Les inculpés furent placés en détention provisoire avant l'instruction, soit parce qu'aucune demande de libération n'avait été déposée, soit parce qu'ils n'avaient pas été admis à caution. La poursuite pour la Couronne se fondait essentiellement sur le témoignage prévu d'un informateur de police, assorti de l'interception de dizaines de milliers de communications privées.

Au cours des deux années suivantes, l'affaire s'est retrouvée dans une impasse. Les avocats de la défense ont déposé des motions à répétition sur diverses questions, y compris sur le prétendu droit de leurs clients à choisir des avocats en pratique privée par le biais de l'aide juridique de la province, de même que le soi-disant droit de leurs avocats à percevoir des honoraires très supérieurs aux tarifs de l'aide juridique. Cette affaire a provoqué une crise de l'aide juridique dans la province, la majorité des avocats du Manitoba ayant suspendu leurs services jusqu'à ce que le gouvernement provincial offre des honoraires supérieurs.

La divulgation par la Couronne s'est heurtée à des difficultés. Elle s'est effectuée sous forme de pièces à conviction reçues par la police et s'est poursuivie durant deux années. L'avocate de la Couronne a informé de son

¹¹⁰ *Ibid.*, paragr. 6

intention de requérir une mise en accusation directe, mais cette requête a tardé durant des mois, par conséquent le procès a été simplement ajourné à répétition devant la Cour provinciale.

Au tout début de 2004, on a commencé à démêler les fils de cette affaire. L'effondrement de la preuve est devenu manifeste dès le printemps, lorsque le témoin vedette de la Couronne, ne faisant pas l'objet de la protection des témoins, a commencé à refuser de collaborer. Il a indiqué qu'il reviendrait sur son témoignage s'il n'obtenait pas satisfaction à certaines de ses demandes. Après analyse de l'affaire, la Couronne en a conclu que la poursuite ne pouvait se justifier et a suspendu les instances en juin 2004. Les accusés, qui venaient de passer deux années en détention préventive, ont été immédiatement relaxés et accueillis à leur sortie de prison par une foule de partisans, de photographes des médias et une limousine à carrosserie allongée. On n'a jamais approché d'un verdict et la facture pour cette affaire s'est approchée des 3 millions de dollars, dont 1,5 million de dollars affecté à la représentation juridique pour un procès qui, une fois encore, n'avait pas été instruit.

Mégaprocès Chan en Alberta

En 2003, une poursuite de proportions colossales en matière de drogue s'est effondrée sous l'effet de son propre poids dans cette province¹¹¹. Le 8 septembre 2003, le juge Sulyma a mis fin aux procédures avant même la constitution d'un jury en se justifiant par le fait que la police et la Couronne avaient mal compris leurs obligations de divulgation et qu'une divulgation tardive et partielle avait porté atteinte au droit des accusés à un procès équitable¹¹². Même si l'acte d'accusation n'avait pas fait l'objet d'un procès et qu'aucun verdict n'avait été prononcé, les contribuables ont dû payer un montant astronomique : 20 millions de dollars en honoraires de défense et 2 millions de dollars pour construire un nouveau palais de justice à haute sécurité¹¹³.

Dès le début, la Couronne a décidé de présenter la cause sous forme de mégaprocès : 36 personnes étaient inculpées sur une seule dénonciation pour un total de 21 chefs d'accusation en matière de drogue. Une

¹¹¹ L'affaire a donné lieu à plusieurs décisions, dont les suivantes : *R. c. Chan* (2001) 160 C Cr (3d) 207 (ABQB); *R. c. Chan* (2002) 164 C Cr (3d) 24 (ABQB); *R. c. Chan* (2002) 168 C Cr (3d) 396 (ABQB); *R. c. Chan* (2002) 169 C Cr (3d) 419 (ABQB); *R. c. Chan* (2003) 172 C Cr (3d) 349 (ABQB); *R. c. Chan* (2003) ABQB 759

¹¹² *R. c. Chan*, 2003 ABQB 759

¹¹³ *Globe and Mail*, 10 septembre 2003

nouvelle dénonciation a été déposée imputant 37 individus pour un total de 34 infractions. Deux mois plus tard, une nouvelle dénonciation sous serment était déposée contre les 37 accusés, pour un total de 41 infractions. On préféra inculper directement 35 des accusés, pour 39 chefs d'accusation. Les plaidoyers de culpabilité, les suspensions des instances et une ordonnance en vue d'un procès distinct réduisirent le nombre des accusés à 11¹¹⁴.

La divulgation à la défense s'est révélée être un exercice plus que laborieux. En raison du volume de cette divulgation, on a décidé de la fournir sous format électronique. Un ensemble de 39 CD a donc été préparé. Néanmoins, le 8 juin 2000, le juge Maher a ordonné que la divulgation se fasse en copie papier. L'Unité de remise de l'information de la police s'est retrouvée devant la redoutable tâche d'imprimer les copies, car en avril 2003, le système informatique contenait 153 651 pages de divulgation, ce qu'on estimait à environ 180 000 pages imprimées.

Après le début du procès, 36 boîtes de documents ont été trouvées dans les bureaux de la GRC et deux autres dans le sous-sol d'un des enquêteurs. La diffusion de ce matériel a commencé bien après le début du procès et s'est poursuivie jusqu'à la date de la motion¹¹⁵.

Faisant remarquer que les inculpés étaient emprisonnés dans l'attente de leur jugement depuis presque une année et que la découverte d'un volume impressionnant de matériel pratiquement un an après le début des instances n'était [traduction] « rien moins que scandaleux »¹¹⁶, on a suspendu les poursuites à l'égard de chacun des accusés en se fondant sur l'atteinte à leur droit, en vertu de l'article 11 (b) de la Charte des droits et libertés, d'être jugés dans un délai raisonnable. La couverture médiatique de l'époque prédisait l'abandon des mégaprocès et l'un des avocats de la défense, un ancien avocat de la Couronne déclara : [traduction] « Depuis le commencement, j'ai dit que bien trop de personnes faisaient l'objet de bien trop d'inculpations et que le tout mis ensemble devenait beaucoup trop lourd »¹¹⁷.

114 *R. c. Chan, précité*

115 *Ibid.*, paragr. 612, 619

116 *Ibid.*, paragr. 636

117 *Globe and Mail, précité*, citation d'Hersh Wolch

Conclusions à tirer des mégaprocès de bandes

Ces procès à grand déploiement, ainsi que d'autres, plus récents, permettent de tirer au moins quatre leçons importantes.

En premier lieu et avant tout, la Couronne porte la responsabilité de présenter la cause afin qu'elle demeure gérable et puisse raisonnablement être examinée par un juge et un jury. De manière générale, le nombre des accusés ne devrait pas dépasser huit et, si possible, être inférieur. Cela revient à identifier les principaux meneurs et les poursuivre en premier¹¹⁸. Cela signifie également que les inculpés de moindre importance devront être jugés séparément. Dans le même esprit, le nombre des chefs d'accusation devrait être raisonnable et décrire les principales allégations de la Couronne. Autant que faire se peut, on évitera de mêler les infractions substantielles et les inculpations de complot dans la même mise en accusation pour éviter d'avoir à instruire le jury sur les trois éléments de l'intégrité selon Stephen Carter concernant l'exception du cocomploteur à la règle du oui-dire qui s'applique aux accusations de complot, mais pas nécessairement aux inculpations de fond comme le trafic de drogue¹¹⁹. Enfin, en présentant une affaire qui — par son importance, sa durée et sa complexité — excède la capacité des installations judiciaires où se déroule le procès, on ne sert généralement pas l'intérêt public.

En second lieu, et dans la mesure du possible, les documents à divulguer devraient être prêts ou pratiquement prêts à fournir à la défense au moment de déposer l'accusation. Dans les affaires où la police a longuement mené enquête et peut décider du moment où présenter les chefs d'accusation, cela s'avère plus souvent possible — beaucoup moins dans les poursuites concernant un attentat terroriste où les accusations doivent être portées immédiatement

En troisième lieu, le gouvernement du Canada devrait envisager un amendement au Code criminel pour habiliter la Couronne à faire la divulgation en format électronique, sous surveillance judiciaire. Nous sommes bien entrés dans XXI^e siècle et le maniement des ordinateurs

¹¹⁸ Il n'existe aucune obligation de poursuivre une personne en l'absence de toute preuve : *R. c. Catagas* [1978] 1 W.W.R. 282 (Man.C.A.) à la page 287

¹¹⁹ *R. v. Carter* (1982), 67 C Cr (2d) 568 (C.S.C.); *R. c. Mapara* (2005), 195 C Cr (3d) 225 (C.S.C.)

et des logiciels font partie des compétences de base des avocats en exercice¹²⁰.

Finalement, les mégaprocès de bandes criminelles mettent en évidence l'importance cruciale d'un contrôle judiciaire de la gestion des causes et le besoin de renforcer les pouvoirs du Code criminel afin de réorienter les procès devant jury. Je reviendrais sur ce point au chapitre VII, Les procès terroristes à l'avenir — options de réforme, quelques considérations non structurelles et au chapitre VIII, Résumé et conclusions.

9. Affaires récentes

Un grand nombre d'affaires relatives à des actes de terrorisme récents sont toujours pendantes devant les tribunaux, dont certaines ont été constituées au cours de la préparation de ce rapport. Je vais les présenter brièvement en mettant l'accent sur les aspects structurels connus des procès. Elles fournissent, à tout le moins, une idée du climat dans lequel se déroulent les procès pour actes de terrorisme au XXI^e siècle et des nouveaux défis que ceux-ci présentent.

a) Momin Khawaja : le présumé fabricant de détonateurs canadien

En mars 2004, les services de police canadiens et britanniques ont arrêté huit hommes soupçonnés de conspiration en vue de perpétrer des attentats à la bombe. Ces attentats auraient eu pour cibles le plus grand centre commercial d'Europe, le Bluewater Centre, situé dans l'est de Londres, ainsi qu'une boîte de nuit londonienne très fréquentée et des trains britanniques¹²¹. Les accusés auraient planifié ces attentats au Royaume-Uni en représailles au soutien des Britanniques à la politique américaine. La poursuite alléguait que les accusés étaient fins prêts et

¹²⁰ Élément intéressant, la Cour d'appel de l'Alberta a émis un avis à l'intention de la profession en ce qui concerne les appels électroniques devant cette cour. Toute question relative aux faits et renseignements pertinents dans le cas de procès dépassant dix jours doit être soumise sous format électronique à moins d'indication contraire. Pour les poursuites de courte durée, le dépôt de documents par voie électronique requiert l'autorisation du tribunal. La version électronique des faits doit comporter un hyperlien avec les autorités et le dossier d'appel. <https://www.albertacourts.ca/ca/efiling/>

¹²¹ The Fifth Estate, « The Canadian », <http://www.cbc.ca/fifth/thecanadian.html> (« The Fifth Estate »); « Ottawa Man Built 30 Detonators, UK Terror Trial Hears », Ian McLeod and Sarah Knapton, CanWest News Service, Ottawa Citizen, vendredi 21 juillet 2006 (« Ottawa Citizen »); « Accused Ottawa Terrorist Reveres bin Laden, UK Court Hears », Ian McLeod et al, CanWest News Service, jeudi 20 juillet 2006 (« Canada Com »); « Guns, Jihad Books Found in Ottawa Home of Accused Terrorist », Ian McLeod et al, CanWest News Service, Ottawa Citizen, mercredi 19 juillet 2006 (« Ottawa Citizen 2 »); « Northeast Intelligence Network, UK Terror Suspects », 25 mars 2006 (« Northeast Intelligence Network »).

qu'ils s'étaient procuré tout le matériel nécessaire pour mettre leurs plans à exécution. La police a saisi plus de 600 kilogrammes d'engrais au nitrate d'ammonium dans un dépôt de stockage de l'ouest de Londres — le même composant utilisé dans l'attentat à la bombe de l'Oklahoma¹²². Sept des accusés ont subi leur procès à la Cour criminelle centrale d'Angleterre (Old Bailey) pour l'organisation de l'attentat avec deux coconspirateurs non accusés — le premier au Canada et l'autre aux États-Unis. Le Canadien, Mohamed Momin Khawaja, aurait fabriqué 30 détonateurs télécommandés, d'une portée d'environ deux kilomètres, pour faire exploser les bombes dans la région de Londres¹²³. Khawaja n'a pas été mis en accusation au Royaume-Uni, mais il est toutefois la première personne à avoir été accusée en vertu de la nouvelle Loi antiterroriste décrétée en 2001¹²⁴.

Les trois pays concernés dans cette affaire ont déposé des accusations, chacun en vertu de ses propres lois criminelles applicables à toute personne, et ont tenu les procès dans les tribunaux criminels habituellement saisis de ce type d'affaires. Le procès au Royaume-Uni, que l'on dit être le plus important depuis les attentats du 9/11¹²⁵ a débuté en février 2006, devant un tribunal constitué d'un juge et d'un jury de 12 membres qui a rendu un verdict de culpabilité à l'endroit de cinq des accusés¹²⁶. L'accusation reposait principalement sur des rapports de surveillance de la police, des saisies, des courriels interceptés, des renseignements provenant de disques durs d'ordinateurs et sur des preuves alléguées par un coconspirateur non accusé.

L'accusé canadien a opté pour un procès avec juge seul à la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Une requête préalable au procès voulant faire déclarer inconstitutionnelles certaines dispositions de la Loi antiterroriste a obtenu un certain succès, reportant la date du procès prévu pour débiter en janvier 2007. Des appels interlocutoires sur différentes questions soulevées, tant par la Couronne que par l'accusé, ont repoussé davantage la tenue du procès, maintenant prévu pour l'automne 2007, au plus tôt¹²⁷.

122 « Ottawa Citizen », précité; « Northeast Intelligence Network », précité.

123 « Ottawa Citizen », précité.

124 Article 83.18 et article 83.19 du *Code criminel*, L.C. 2001, ch. 41, art. 4; voir aussi « The Fifth Estate », précité; et « Ottawa Citizen », précité.

125 « Northeast Intelligence Network », précité.

126 « Canada Com », précité; « Ottawa Citizen 2 », précité; *BBC news*, « Five get life over UK bomb plot », 30 avril 2007.

127 « R. c. Khawaja », (Dossier no: 04-G30282); « Ottawa Citizen », 30 mai 2007.

b) Les attentats à la bombe de Londres (juillet 2005)

Le 7 juillet 2005, quatre bombes ont explosé à courts intervalles dans la ville de Londres, en Angleterre — trois d'entre elles dans le métro et l'autre dans un autobus à impériale¹²⁸. Cinquante-six personnes ont été tuées, dont les quatre auteurs des attentats-suicide, et environ 700 personnes ont été blessées. Un rapport ultérieur du ministère de l'Intérieur (Home Office) sur l'attentat a qualifié celui-ci [traduction] « d'acte terroriste aveugle » qui a tué ou mutilé [traduction] « des personnes âgées et jeunes, Britanniques et non Britanniques, chrétiens, musulmans, juifs, des personnes d'autres religions et des agnostiques¹²⁹ ». C'était l'acte de terrorisme le plus meurtrier au Royaume-Uni depuis la tragédie de Lockerbie en 1988, et l'attentat à la bombe ayant fait le plus de victimes depuis la Deuxième Guerre mondiale¹³⁰.

Exactement deux semaines plus tard, le 21 juillet 2005, un certain nombre de personnes ont tenté — sans succès — de faire exploser des bombes dans trois stations du métro de Londres et dans un autobus à impériale. Les détonateurs des quatre bombes ont explosé, sans toutefois déclencher les engins principaux. Il n'y a pas eu de décès, et personne n'a été blessé¹³¹.

Les forces de police ont institué une enquête de grande envergure. Plus de mille détectives londoniens ont été affectés à la prévention d'autres attentats. Scotland Yard a interrogé 12 500 témoins potentiels, saisi 26 000 pièces à conviction, dont 142 ordinateurs, et passé en revue plus de 6 000 heures de bandes de surveillance en circuit fermé (CCTV)¹³².

128 Un rapport ultérieur du ministère de l'Intérieur sur les attentats a précisé que les trois bombes dans le métro ont explosé [traduction] « presque simultanément » et que celle dans l'autobus a explosé 57 minutes plus tard; « Report of the Official Account of the Bombing in London on 7th July 2005 », 11 mai 2006 (London : The Stationery Office), à la page <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/7-July-report.pdf?view=Binary>.

129 *Ibid* à la page 4.

130 « Home Office Report », précité; FoxNews.com « Report : Fifth Man Planned to Take Part in London Train Bombings », dimanche 23 juillet 2006 : <http://www.foxnews.com/story/0,2933,205159,00.html> (« Fox News »); Guardian Unlimited, « One Year On, A London Bomber Issues a Threat From the Dead », vendredi 7 juillet 2006, The Guardian; <http://www.guardian.co.uk/attackonlondon/story/0,,1814654,00.html> (« Guardian »); Guardian Unlimited, « Police Anti-terror Efforts at All-time High », lundi 3 juillet 2006, The Guardian; <http://www.guardian.co.uk/attackonlondon/story/0,,1811828,00.html> (« Guardian 2 »).

131 « Jurist »; Legal News and Research, « UK Police Charge 17th Person for Failed London Bombings », vendredi 27 janvier 2006; <http://www.jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/01/uk-police-charge-17th-person-4.php> (« Jurist »); CNN.Com, « UK Police : Latest Bombers Failed », vendredi 22 juillet 2005; <http://www.cnn.com/2005/WORLD/europe/07/21/london.tube/> (« CNN.Com »).

132 « Home Office Report », précité à la page 26.

En mars et mai 2007, sept personnes au total ont été arrêtées et accusées [traduction] « d'avoir commandité, préparé des actes de terrorisme ou incité à commettre des actes de terrorisme », relativement aux attentats à la bombe du 7 juillet, et 17 autres personnes ont été arrêtées et inculpées par rapport au second attentat qui avait avorté¹³³. Ces affaires sont entendues devant les tribunaux ordinaires, et le premier procès a été reporté de septembre 2006 à une date non précisée en 2007 en raison de la situation qui a été décrite comme un [traduction] « engorgement du rôle des procès de terroristes ». Les autorités ont déclaré qu'il y avait [traduction] « actuellement un nombre record de 90 terroristes présumés en attente de procès dans les prisons extrêmement surpeuplées du Royaume-Uni¹³⁴ ».

c) Les arrestations reliées au terrorisme en Ontario

Le 2 juin 2006, les forces de l'ordre canadiennes ont arrêté 17 personnes (12 adultes et cinq jeunes) qui ont été inculpées d'infractions reliées au terrorisme et aux armes à feu. D'après la police, les accusés seraient des sympathisants d'Al Qaida qui auraient été formés pour perpétrer des actes terroristes ou auraient formé des personnes à cette fin dans les régions rurales près de Toronto¹³⁵. Un dix-huitième accusé a été arrêté le 3 août 2006 à son domicile de Mississauga, en Ontario, et inculpé¹³⁶.

Les autorités policières et de la Couronne ont fait preuve de très grande discrétion quant à l'information divulguée avant le procès relativement à cette affaire. Il a été toutefois allégué que de nombreux accusés avaient été formés ensemble, et qu'ils planifiaient une série d'attentats visant des cibles non précisées dans le sud de l'Ontario¹³⁷. Les autorités ont déterminé que la tour du CN et le réseau de transport urbain de Toronto n'étaient pas visés, mais n'ont pas écarté la possibilité d'un attentat contre l'édifice du Parlement à Ottawa¹³⁸. Les premiers renseignements semblent indiquer que le groupe s'était procuré, au cours d'une opération d'achat infiltrée

133 « Home Office Report », précité; Guardian Unlimited, 3 juillet 2006, précité. À noter aussi que le 7 juillet 2006, date marquant le premier anniversaire de l'attentat meurtrier, le numéro deux d'Al Qaida, Ayman al-Zawahiri, a déclaré que deux des auteurs des attentats-suicide avaient appris à fabriquer des bombes dans des camps d'Al Qaida; « Guardian », précité.

134 « Crisis as Terrorist Trials Hit Log Jam », <http://www.timesonline.co.uk/article/0,,2-2392704,00.html> .

135 CBC News, « Plot Suspects Appear in Court », 3 juin 2006, <http://www.cbc.ca/stories/canada/national/2006/06/03/terror-suspects.html> .

136 ctv.ca, « Police Charge 18th Terror Suspect in Ontario », 4 août 2006; http://www.ctv.ca/servlet/ArticleNews/story/CTVNews/20060803/ansad_asari_060803/200 .

137 ctv.ca, précité; Canada.com, « First Adult Terror Suspect Accused of Planning Attacks in Ontario Gets Bail », Press Canadienne, 20 juillet 2006; « Plot Suspects Appear in Court », précité.

138 The Australian, « Canada Plot Probe Goes Global », 7 juin 2006; <http://www.theaustralian.news.com.au/story/0,20867,19387232-2703,00.html> .

par la GRC, trois tonnes de nitrate d'ammonium — c'est-à-dire trois fois la quantité de la matière explosive utilisée à Oklahoma City et qui a fait 168 morts 11 ans plus tôt¹³⁹.

Tous les accusés ont été inculpés en vertu des lois habituelles (le Code criminel et la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents), dans des tribunaux ordinaires. L'équipe de la poursuite est constituée de six avocats du ministère du Procureur général de l'Ontario et du ministère de la Justice Canada. Les accusés adultes ont choisi de subir leur procès avec juge et jury, et les premières indications portent à croire que les motions préalables au procès pourront s'étendre de plusieurs mois jusqu'à un an, plus ou moins; la durée du procès qui suivra est estimée à environ deux mois. La question de la divulgation revêt une importance capitale, et l'on peut raisonnablement supposer que surgira une tension inhérente à l'obligation de la poursuite de divulguer tous ses éléments pertinents de preuve face à l'urgence, tout aussi importante, de l'organisme de sécurité de maintenir confidentielles certains renseignements touchant la sécurité nationale, comme cela s'est produit lors de la tenue d'autres procès de terroristes.

d) Complot aérien au Royaume-Uni (2006)

Vingt-quatre jeunes Britanniques ayant un bon niveau de scolarité ont été arrêtés au Royaume-Uni le 10 août 2006, par rapport avec un présumé complot visant à perpétrer des attentats-suicide à bord d'au moins 10 vols transatlantiques¹⁴⁰. Les autorités britanniques et américaines soupçonnaient qu'une matière explosive liquide ou sous forme de gel devait être introduite illégalement à bord des avions dans des bagages à main, puis reliée, en cours de vol, à des détonateurs ayant l'apparence d'articles électroniques courants, comme des flashes d'appareils-photo¹⁴¹. Les autorités ont déclaré que les suspects planifiaient de causer un nombre maximal de pertes de vie en faisant exploser les avions en vagues

139 BBC News, 4 juin 2006, « Canada Charges 17 Terror Suspects », <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5044560.stm>; *The Globe and Mail*, « The Making of a Terrorist Mole », vendredi 14 juillet 2006, à la page 1.

140 *The Globe and Mail*, 11 août 2006, à la page 1; *National Post*, 11 août 2006, à la page 1; *Winnipeg Free Press*, 11 août 2006, à la page 1.

141 La matière explosive liquide la plus courante est la nitroglycérine, composant principal de la dynamite. Quelques millilitres à peine suffisent pour percer une ouverture dans le fuselage d'un avion. En haute altitude, et prenant en compte que la cabine est pressurisée, une ouverture de ce type provoquera l'explosion de l'appareil en quelques secondes. C'est ce qui s'est produit en 1994 lorsque Al Qaida a fait exploser un appareil d'une société japonaise en route pour l'aéroport de Narita au moyen d'une allumette et d'une pile de neuf volts : *Winnipeg Free Press*, *ibid*, aux pages A-6 et A-7.

simultanées au-dessus de l'Atlantique, ou possiblement au-dessus de grandes villes américaines¹⁴².

Le secrétaire d'État à la Sécurité intérieure des États-Unis, Michael Chertoff, a annoncé que ce plan portait la marque d'Al Qaida, et Paul Stephenson, commissaire adjoint de Scotland Yard, a déclaré que [traduction] « on avait l'intention de réaliser un massacre d'une ampleur inimaginable¹⁴³ ».

Alors que la police et les responsables de la sécurité exerçaient la surveillance des activités du groupe depuis déjà un certain temps¹⁴⁴, l'imminence de l'exécution du plan est devenue manifeste lorsqu'ils ont appris que certains membres du groupe s'apprêtaient à faire une « répétition¹⁴⁵ ». Dans les circonstances, la police n'avait pas entièrement le contrôle sur le moment choisi pour les arrestations ni, à un moindre degré, sur la nature des accusations à être portées. Cette situation obligera les autorités à se livrer à un jeu de « rattrapage » en ce qui concerne la préparation du procès, les dossiers de pièces à communiquer et l'évaluation des données devant être gardées confidentielles en raison de préoccupations relatives à la sécurité nationale, etc.

Au moment de la rédaction de ce rapport, un total de 25 personnes étaient incarcérées en vertu de la Loi sur le terrorisme (2006) qui autorise la détention préventive pour une période allant jusqu'à 28 jours, période qui peut être prolongée si requête est présentée aux tribunaux¹⁴⁶. Quinze des personnes arrêtées ont été inculpées d'infractions criminelles — principalement de conspiration de meurtre, de préparation d'actes de terrorisme, de possession d'articles utiles à une personne préparant un acte de terrorisme et de défaut de révéler des renseignements qui auraient fourni des moyens concrets propres à éviter un acte de terrorisme. Les comptes de 19 des suspects ont été gelés par la Banque d'Angleterre¹⁴⁷.

142 The Globe and Mail, National Post et Winnipeg Free Press, précités.

143 Winnipeg Free Press, précité.

144 Les premiers renseignements de la police ont indiqué que les personnes arrêtées étaient \ [traduction] « pour la plupart nées en Grande-Bretagne, et d'origine pakistanaise », et que les arrestations effectuées [traduction] « résultaient de la surveillance d'un réseau islamiste suspect, qui a été amorcée l'an dernier (2005) : National Post, précité, à la page 1.

145 The Globe and Mail, National Post et Winnipeg Free Press, précités.

146 *Loi sur le terrorisme* 2006, Ch.11 (Angleterre) [Sanction royale reçue le 30 mars 2006]. L'article 23 de la Loi prévoit la prolongation de la période de détention préventive.

147 Jurist Legal News and Research, 29 août 2006, « UK Police Charge Three More Suspects in Airplane Bomb Plot » : <http://www.jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/08/uk/police/charge/three/more/suspects.php>; Jurist Legal News and Research, 23 août 2006, « British Judge Allows Second Extension of Detentions for Uncharged Terror Suspects » : <http://www.jurist.law.pitt.edu/paperchase/2006/08/british/judge/allows/second/extension.php>; CBC News, « Bank of England Releases Names of Bomb Plot Suspects », 10 août 2006 : <http://www.cbc.ca/story/world/national/2006/08/10/bombing-aircraft.html>.

En septembre 2006, le procureur a avisé la Cour criminelle centrale que le procès pourrait vraisemblablement débiter au printemps 2008¹⁴⁸.

Nous pouvons dresser un parallèle sur plusieurs points importants entre l'affaire du complot au Royaume-Uni et celle du complot en Ontario. Dans les deux cas, les suspects sont des jeunes provenant de la classe moyenne, ayant généralement reçu un bon niveau d'instruction, nés et élevés en Occident, bien intégrés dans leur collectivité, et qui seraient des extrémistes « locaux » inspirés par Al Qaida, sans nécessairement être aux ordres de cette organisation. Contrairement aux auteurs des tragédies de Lockerbie et d'Air India, ils sont prêts à se suicider pour leur cause et à devenir des martyrs. Lorsqu'un complot est contrecarré avant son terme, les suspects peuvent être arrêtés par les autorités locales, et il n'y a pas lieu de les extraditer vers un autre pays. Les procès peuvent alors être ouverts rapidement s'il n'y a pas un trop grand nombre de motions préalables. La plupart du temps, toutefois, ces procès se trouvent soumis aux mêmes pressions que les mégaprocès de groupes d'accusés, comportant plusieurs chefs d'accusation, des motions préalables aux procès, des problèmes relevant de la divulgation de preuves et des revendications de confidentialité relatives à la surveillance électronique et à la sécurité nationale, propres à engendrer un facteur considérable de compression.

e) L'affaire Pickton

Il y a environ cinq ans, Robert Pickton était arrêté et inculpé de plusieurs chefs d'accusation pour meurtre. Depuis lors, il a été inculpé de 26 chefs d'accusation pour meurtre au premier degré de femmes, dont un bon nombre étaient des prostituées du quartier « Downtown Eastside » de Vancouver. Les procédures préliminaires longues et complexes qui ont suivi l'arrestation de Pickton se sont déroulées presque entièrement sous le coup d'une ordonnance de non-publication¹⁴⁹.

Les tribunaux de Colombie-Britannique ont divisé les chefs d'accusation. L'accusé subira d'abord un procès pour six chefs de meurtre au premier degré et sera jugé sur les 20 chefs restants à une étape ultérieure.

L'accusé a choisi un procès avec juge et jury, qui a débuté en janvier 2007.

148 Foxnews.com, 4 septembre 2006, « Trials in British Airplane Bomb Plot Unlikely until 2008 : Prosecutor Says ».

149 *R. c. Pickton*, [2002] B.C.J. No. 2830 (P.C.)

Le procès pourra déterminer si les lois canadiennes sont en mesure de faire face à un procès aussi long, complexe et qui soulève tant l'intérêt du public que celui-ci, pour plus d'une raison. Tout d'abord, l'on redoutait que, malgré l'ordonnance de non-publication, des personnes et des organismes puissent publier les preuves découlant de l'enquête préliminaire sur Internet. En effet, un examen des plus puissants moteurs de recherche a confirmé qu'il y avait eu des centaines de milliers d'appels de fichiers à ce sujet. Toutefois, la grande majorité des internautes s'informe simplement des progrès dans cette affaire, et même le plus passionné des chercheurs aurait beaucoup de mal à trouver de comptes rendus détaillés des preuves réunies au cours de l'enquête préliminaire.

Ensuite, l'on s'attendait, lors de la constitution du jury qui a débuté en décembre 2006, à ce que la tâche de trouver 12 personnes pouvant aborder cette affaire avec objectivité soit inévitablement très difficile. Dans les faits, le jury complet, y compris deux jurés suppléants, a été constitué en deux jours. Le juge de première instance a prévenu les jurés que les témoignages qu'ils allaient entendre pourraient être « explicites ».

Il est important de faire remarquer qu'au début des procédures, le juge de première instance a décidé que la défense disposerait d'environ 15 minutes pour présenter ses remarques préliminaires au jury, immédiatement à la suite de celles de la poursuite. L'accusé n'est cependant pas tenu d'indiquer à ce moment s'il a l'intention ou non de témoigner pour sa propre défense au cours du procès. L'avocat de la défense avait avisé le tribunal que la défense préférerait faire ses remarques au jury avant que la preuve ne soit présentée de façon à ce que les dépositions des témoins de la Couronne puissent être considérées sous un angle différent. Dans la Partie VIII de ce rapport, je fais l'observation que la recherche en psychologie cognitive laisse entendre que si l'on indique à une personne comment situer l'information qu'elle est sur le point de recevoir, elle sera en mesure de mieux se rappeler les faits ultérieurement, de mieux interpréter des données complexes et aura un plus grand niveau de satisfaction dans le traitement de l'information. Il appert que la décision du juge à cet égard est en accord avec ce principe.

Enfin, le tribunal est confronté à deux défis majeurs dans cette affaire. Premièrement, la durée du procès est estimée à un an. Seulement deux des jurés peuvent être congédiés en cours de procès, et dans ce cas, un non-lieu devra être prononcé. Avant même le début du procès, un candidat juré s'est désisté le deuxième jour de la sélection pour des motifs d'ordre

financier. Une fois la sélection terminée, l'avocat de la défense a fait part de son inquiétude quant au congédiement de jurés en cours de procès, ce qui obligerait à instruire un nouveau procès. Il a ajouté : [traduction] « Il s'agit là d'un système potentiellement faible et inefficace¹⁵⁰ ». En second lieu, si la preuve présentée au cours du premier procès se révèle effectivement « explicite », il sera encore plus difficile de satisfaire aux exigences d'un procès équitable au cours du deuxième procès pour les 20 autres chefs d'accusation de meurtre. Le procès est actuellement en cours devant les tribunaux en Colombie-Britannique.

f) Sauvé et Trudel : l'échec d'un mégaprocès pour meurtre au premier degré

Le 12 janvier 2007, un juge de la Cour supérieure de l'Ontario mettait fin au plus long et plus coûteux procès criminel de l'histoire canadienne, basant sa décision sur le fait que la mise en examen pour meurtre au premier degré a violé le droit des accusés à subir leur procès dans un délai raisonnable, tel que le garantit l'article 11 (b) de la Charte des droits et libertés.

L'accusation portait sur le meurtre de deux membres du crime organisé à Ottawa, en 1990. Les deux accusés, ainsi que les témoins clés de la Couronne, avaient déjà un casier judiciaire très chargé. La preuve de la Couronne reposait considérablement sur le témoignage d'un dénommé D.G., trafiquant de drogues et toxicomane. D.G. a passé 30 jours à la barre des témoins, en grande partie en contre-interrogatoire. Il a admis avoir menti à la police, fabriqué des preuves et fait de fausses déclarations à l'enquête préliminaire. Deux autres témoins de la Couronne, également membres du crime organisé, ont passé respectivement 16 et 17 jours à la barre des témoins, la plupart du temps en contre-interrogatoire.

Ce procès était très épineux, vu qu'il impliquait des accusés qui étaient des criminels, des témoins eux-mêmes criminels, des informateurs dans un établissement de détention, des témoins qui se sont rétractés et d'autres qui ont modifié leurs propos après le procès. La Cour d'appel a plus tard fait la déclaration suivante sur cet état de choses : [traduction] « Un grand nombre de témoins avaient des liens étroits avec le crime organisé d'Ottawa, et la présentation équitable de leur preuve a posé de sérieux problèmes... Nous avons tenté d'aborder cette affaire en tenant compte des nombreuses difficultés auxquelles ont été confrontés le juge

¹⁵⁰ ctv.ca, « Eleven Jurors Chosen for Pickton Murder Trial in January », 11 décembre 2006.

et les avocats au cours du procès. Cette cour a toutefois l'obligation de voir à ce que la loi soit appliquée adéquatement, de façon à ce que les appelants aient subi un procès qui n'engendre pas une grave injustice ou une erreur judiciaire. Cette obligation ne disparaît pas parce qu'un procès, comme c'est le cas ici, a été exceptionnellement long et complexe, ou parce qu'un nouveau procès alourdirait l'administration de la justice. »

Sauvé et Trudel ont été reconnus coupables des deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré par un tribunal composé d'un juge et d'un jury. En 2004, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné à l'unanimité la tenue d'un nouveau procès, basant cette décision principalement sur les lacunes dans la preuve de la Couronne et le défaut du juge de donner au jury des directives claires et précises à l'effet qu'il aurait été dangereux de prendre en considération certains aspects de la preuve de la Couronne. En accordant un nouveau procès, la Cour d'appel a toutefois fait remarquer qu'il « s'en était fallu de peu ». L'affaire a néanmoins été reportée devant un tribunal de première instance pour une nouvelle audience.

La décision du nouveau juge d'ordonner une suspension d'instance découlait principalement du temps qu'il a fallu pour mener l'affaire au verdict final : au cours des procédures, deux témoins non crédibles ont été retirés de la preuve de la Couronne; l'enquête préliminaire a été exceptionnellement longue — deux ans et demi — en raison « presque entièrement » de problèmes relatifs à la divulgation de preuves par la Couronne; l'affaire a coûté près de 30 millions de dollars, poursuite et défense combinées, et a presque paralysé le Programme d'assistance juridique de l'Ontario; il a fallu quatre ans pour préparer les transcriptions de la cour; des preuves qui auraient corroboré l'accusation n'étant plus disponibles, la preuve de la Couronne reposait principalement sur un témoin qui n'avait aucune crédibilité; et certains témoins sont demeurés dans le Programme de protection des témoins, étant payés pour témoigner. Le juge a chiffré le délai déraisonnable imputable à la Couronne à trois ans et demi. Conséquemment, la mémoire des témoins clés a subi les « ravages » du temps, et le préjudice causé aux accusés est devenu « évident ». La Couronne n'a pas appelé de cette décision.

Cette affaire représente la plus récente illustration d'un mégaprocès pour de très graves chefs d'accusation qui a tout simplement échoué pour cause de lourdeur de procédure — dans le cas présent, en raison du temps exceptionnellement long pour juger l'affaire entièrement et équitablement.

PARTIE IV

Problèmes structureaux liés aux procès de terroristes

Cette partie portera essentiellement sur les problèmes et les modèles structureaux émergeant des dossiers abordés dans la partie III. L'échantillonnage de dossiers étant relativement restreint, il importe d'éviter les déductions excessives. Néanmoins, comme nous le démontrerons, il semble véritablement se dégager des problèmes et des modèles utiles. Bien que cette partie comporte six modèles ou thématiques, il ne s'agit pas de compartiments entièrement étanches. On y observera donc certains chevauchements.

Les tribunaux et les lois ordinaires sont privilégiés

En général, les gouvernements s'en remettent à leurs tribunaux et à leurs lois criminelles ordinaires pour gérer les actes terroristes. L'Irlande du Nord et Lockerbie constituent des exceptions, et dans ces cas particuliers, des motifs impérieux nécessitaient que l'on déroge à la norme. L'Irlande du Nord s'est retrouvée au cœur d'une campagne terroriste qui a duré deux décennies et, conformément à une recommandation judiciaire, s'est mise à éviter les procès avec jury. Lockerbie a considérablement dérogé à la norme, mais cette situation a soulevé des questions de légitimité qui continuent de faire l'objet de débats.

Les dossiers horribles suscitent souvent de l'anxiété quant à la structure du tribunal et à la possibilité de tenir un procès équitable

La « pression hydraulique » qu'exerce l'opinion publique dans les dossiers revêtant un caractère particulièrement horrible risque fort de contaminer et de déformer le processus normal de décision des jurés, des policiers, des procureurs, des scientifiques, voire peut-être même des juges. Plusieurs facteurs peuvent rendre les citoyens furieux, bien qu'habituellement, il s'agisse de la nature horrible du crime, de la ou des victimes, ou encore de l'impopularité du défendant. Une population en colère peut compromettre le déroulement d'un procès équitable. Des dérogations à la norme, pourvu qu'elles s'effectuent dans le respect du cadre juridique global établi, peuvent se révéler nécessaires pour éviter un déni de justice. Pour favoriser la tenue d'un procès équitable, il est possible de procéder à un changement du lieu de l'audience (McVeigh; Lockerbie), à la séparation des accusés et des chefs d'accusations, (mégaprocès des bandes), au refus des preuves émanant de délateurs (Irlande du Nord) et

au recours à des procès sans jury (Irlande du Nord; Lockerbie). Il importe toutefois de se rappeler que la déformation est susceptible de se produire et se produit souvent à l'extérieur des tribunaux, avant même le début du procès¹⁵¹. Comme nous en faisons état plus bas, les tribunaux d'appel de l'Angleterre et des États-Unis ont insisté sur l'importance de respecter la primauté du droit, y compris le rôle du jury, même devant le chaos et le terrorisme.

Le terrorisme au XXIe siècle a changé et requiert désormais de nouvelles pratiques au chapitre du déroulement de la procédure

Les kamikazes et les conspirations décentralisées au nom de questions idéologiques ou de programmes politiques, dont l'origine se situe à des milliers de kilomètres des actes de terrorismes commis, ont modifié l'allure des procès de terroristes. Comme l'ont prouvé les événements du 11 septembre, la conspiration du Royaume-Uni (2006) et la conspiration de l'Ontario (2006), il peut se révéler long et extrêmement coûteux, voire plus ou moins possibles, que de tenter de rendre les auteurs de tels crimes coupables par l'entremise du système judiciaire criminel. Habituellement, la preuve qui pèse contre l'accusé est de nature circonstancielle, reposant principalement sur des documents, sur des conversations privées interceptées, sur la surveillance à long terme, sur la circulation de courriels, sur les données conservées dans les ordinateurs et, parfois, sur le témoignage d'une personne ayant participé à la conspiration. Pour des raisons de temps et de complexité, il y a lieu de se demander sérieusement si la structure juridique canadienne traditionnelle (constituée d'un juge et de 12 jurés) est pertinente ou s'il ne vaudrait pas mieux opter pour de nouvelles pratiques qui garantiraient l'atteinte d'un verdict fondé sur un examen équitable de la preuve. Le fait de tabler sur le processus criminel soulève également des questionnements à savoir si les véritables responsables sont effectivement jugés, ou si, comme l'allègue Lockerbie, ce ne serait pas seulement des acteurs secondaires qui se retrouveraient

151 Comme nous le soulignons ci-dessous, il y a lieu de croire que les jurés ayant œuvré dans les procès dont j'ai fait l'analyse, et peut-être, de façon plus large, dans l'ensemble du Commonwealth, ont, règle générale, bien évalué les dossiers qui leur étaient confiés. Les échecs, le cas échéant, étaient le plus souvent causés par d'autres éléments du système judiciaire criminel, comme des trahisons de la part de témoins, une conduite blâmable de la poursuite ou par une omission de divulguer. Dans un récent article, Bennett Gershman soutient que les jurys ont habituellement raison, mais que les verdicts peuvent se révéler erronés en raison de facteurs intrinsèques susceptibles d'avoir corrompu l'intégrité du procès : Bennett L. Gershman, « How Juries Get It Wrong—Anatomy of the Detroit Terror Case », 44 Washburn L J 327 (2005). Deux membres de la Société internationale de la réforme du droit pénal, respectivement du Canada et de l'Angleterre, en arrivent à une conclusion semblable dans « Juries: How Do They Work? Do We Want Them? », de Michael Hill, c.r. et David Winkler, c.r. (Décembre 2000), à la page 3.

au banc des accusés¹⁵². Dans bien des cas, de telles situations sont attribuables à la confiance qu'accorde le système de justice criminelle à la preuve à la fois admissible et accessible pour le système juridique.

Considérations d'ordre structurel

Les juges d'appel du Royaume-Uni et des États-Unis ont insisté sur la nécessité de respecter la primauté du droit et le rôle du jury, même devant d'horribles actes de terrorisme ou de trahison. Cela dit, le Royaume-Uni, les États-Unis, l'Irlande du Nord et l'Écosse ont adapté la structure de leur système judiciaire aux exigences propres aux dossiers de longue durée comportant une certaine complexité. Dans le cas de l'Irlande du Nord, on a également procédé à des adaptations en fonction des défis immédiats que comportaient les procès de terroristes. Ces adaptations ont, entre autres, permis le recours à des juges suppléants, à des jurés suppléants, à un élargissement du nombre de jurés aptes à entendre le procès, à l'utilisation d'un procès devant un juge seul au lieu d'un procès devant juge et jury, et au changement du lieu de l'audience. Certaines de ces innovations structurelles, comme le changement du lieu de l'audience ou le recours à des jurés suppléants, n'ont pas semblé affecter les perceptions liées à l'intégrité du processus judiciaire. Par contre, il se peut que d'autres mesures, comme le recours au procès devant un juge seul, aient eu de telles répercussions.

Les mégaprocès, peu importe leur nature, requièrent une attention particulière

Le premier mégaprocès au Canada¹⁵³ fut probablement dans le dossier connu sous le nom de la « Conspiration du dragage »¹⁵⁴ tenu en Ontario à la fin des années 1970. Dans ce dossier, une vingtaine d'individus et de personnes morales faisaient l'objet de sept chefs d'accusation de

152 David R. Andrews, « A Thorn on the Tulip—A Scottish Trial in the Netherlands: The Story Behind the Lockerbie Trial », 36 Case W. Res. J. Int'l L. 307 à 318 (2004).

153 La définition de ce qui constitue un « mégaprocès » est quelque peu évasive et il faut reconnaître qu'il existe diverses perspectives sur la question. Un nombre significatif de facteurs, pris individuellement ou combinés, peuvent donner lieu à un mégaprocès — songeons particulièrement au nombre d'accusés, au nombre de chefs d'accusation, à la complexité de la preuve et au temps que nécessitera la tenue du procès, y compris la preuve de la défense. Dans ce texte, lorsque nous parlons de mégaprocès, nous faisons généralement référence à un procès qui durera plusieurs mois, soit habituellement 9 mois ou plus, voire plusieurs années.

154 [1] R. c. McNamera et coll. (no.1) (1981), 56 CCC (2d) 193 (Ont.C.A.), confirmé à 19 CCC (3d) 1 (S.C.C.); Cet élément a été abordé dernièrement, dans le Rapport 2006 du Comité consultatif sur les procès criminels à la Cour supérieure de l'Ontario, réalisé en mai 2006 et rendu public en octobre 2006, au paragraphe 308 : http://www.ontariocourts.on.ca/superior_court_justice/reports/ctr/ctreport.htm.

conspiration visant des allégations quant à une affaire de collusion de soumissionnaires qui aurait duré huit ans.

Le procès a nécessité 197 journées d'audience, qui se sont déroulées sur 15 mois. Une fois l'enquête close, le procureur de la défense s'est adressé au jury durant sept jours et le procureur de la Couronne, 11 jours. L'exposé au jury a duré sept jours et les objections à l'exposé, 11 jours. Le jury a par la suite délibéré durant 14 jours.

Pour situer le contexte, le jury a amorcé ses délibérations trois mois après avoir entendu la fin de la plaidoirie du procureur de la défense.

Les 20 accusés ont été inculpés de 53 infractions. Le jury a prononcé un verdict de culpabilité contre 13 des accusés, a trouvé plusieurs accusés non coupables de neuf accusations et a été incapable de prononcer un verdict sur quatre des chefs d'accusation.

Dans un jugement unanime qui occupe 320 pages de jurisprudence, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le verdict du jury sur la plupart des chefs d'accusation, à l'exclusion de sept d'entre eux, pour lesquels elle a ordonné de nouveaux procès. Cette décision a été confirmée par la Cour suprême quatre ans plus tard.

Le jury, dans le dossier du Dragage, a bien réussi à déterminer qui avait fait quoi, avec qui et en lien avec quels chefs d'accusation. De nos jours, toutefois, le dossier aurait été perçu comme étant un acte d'accusation surchargé, qui aurait nécessité la séparation des accusés et des chefs d'accusation¹⁵⁵. Les mégaprocès, depuis lors, ont connu un succès mitigé. Certains se sont effondrés sous leur propre poids. Depuis l'adoption de la Charte, ils recèlent une mine d'or de requêtes pour les avocats de la défense. Des avocats compétents et raisonnables peuvent faire d'un mégaprocès un succès, mais peut-on raisonnablement croire que les mégaprocès seront animés d'un tel sens de la collaboration à l'intérieur d'un cadre accusatoire? De plus, l'État peut-il souvent demander à ses citoyens de mettre de côté une année ou deux de leur vie pour entendre un seul et même procès?

¹⁵⁵ Dans la partie VII (« Certaines considérations non structurelles »), nous abordons qu'il est de la responsabilité de la Couronne d'éviter de surcharger une accusation, en nous basant sur la thèse suivant laquelle il en va de l'intérêt de la justice de faire en sorte qu'un procès soit équitable, bien maniable et à la portée d'un jury non-initié. *R. c. Ng* (1999), 138 CCC (3d) 188 (BCCA) paragr. 34. Voir, plus particulièrement, la décision éclairante dans *R. c. Pangman* (2000), 149 Man. R. (2d) 68 (QB), qui analyse le jugement de principe en la matière aux États-Unis : *US c. Casamento*, 887 F. 2d 1141 (2d cir.N.Y., 1989), cert. den. 493 U.S. 1081.

La durée d'un mégaprocès semble directement proportionnelle au risque de n'en arriver à aucun verdict : il peut arriver que le juge, des jurés ou des témoins décèdent ou soient victimes d'une maladie; il se peut que certains cocomploteurs ayant auparavant accepté de témoigner pour la Couronne disparaissent ou retirent leur collaboration; il est possible que des témoins de la défense déménagent et ne puissent plus être joints.

En ce qui a trait aux mégaprocès, j'ai volontairement insisté sur des procès sans lien avec le terrorisme, car les risques de nullité de procès ou d'incapacité d'établir un verdict émanent non pas de l'existence d'accusations portant sur des activités terroristes, mais bien des risques liés à la durée et à la complexité croissante des instances criminelles. Les observations et les idées sur lesquelles porteront la partie VIII de ce rapport, ne porteront donc pas sur les procès liés au terrorisme à proprement parler, mais bien sur des procédures à l'endroit d'actes terroristes qui comportent des risques en raison de leur durée et de leur complexité.

Ingérence occasionnelle des politiciens dans des procès criminels

Lorsque les chemins des politiques partisans et du système judiciaire criminel se croisent, c'est mauvais signe. Parfois, mais fort heureusement très rarement, des procureurs généraux ont dû démissionner à la suite d'ingérence politique active dans certaines causes criminelles¹⁵⁶. Des commentaires de nature politique émis avant ou durant un procès au criminel sont susceptibles de faire dérailler le procès, comme ce fut le cas dans le cadre d'une poursuite judiciaire au Canada. Dans ce cas précis, l'accusé était un inspecteur de la GRC, accusé d'avoir volé des enregistrements informatiques contenant la liste des membres du Parti québécois. La défense avait appelé un ancien agent de la GRC qui était responsable des opérations dans le dossier des séparatistes/terroristes au Québec au moment de l'infraction reprochée. À l'Assemblée nationale, le premier ministre avait alors non seulement dénoncé les actes du témoin, dont il attaquait la crédibilité par des propos colorés et abusifs, mais également ceux des avocats de la défense, du gouvernement fédéral et de la GRC. La diatribe, d'une durée de 20 minutes, avait été largement reprise dans les médias. Le juge d'instance avait alors suspendu les procédures, soulevant l'impossibilité de tenir un procès équitable. Cette décision fut par la suite soutenue par la Cour d'appel, mais infirmée

¹⁵⁶ Bruce A. MacFarlane, c.r. « Sunlight and Disinfectants: Prosecutorial Accountability and Independence Through Public Transparency », (2002), 45 C.L.Q. 272 à 278 (note 15) et 283-4.

par la Cour suprême, laquelle estimait prématurée une suspension des procédures, puisque l'on ne pouvait prouver qu'il serait impossible de procéder à la sélection d'un jury impartial¹⁵⁷.

Mis à part ce dossier, il existe au Canada peu de cas d'ingérence politique dans des dossiers criminels. Selon certaines autorités, ce phénomène serait attribuable à l'intégrité des titulaires de fonctions au Canada¹⁵⁸.

Les politiciens sont davantage susceptibles de s'ingérer dans des dossiers criminels comportant des considérations d'ordre politique, ou encore dans des dossiers auquel un politicien donné aura été mêlé. Voilà, de toute évidence, ce qui s'est produit dans le procès de Lockerbie. On dit qu'un ancien lord procureur général (soit l'équivalent, à peu de choses près, de notre procureur général), qui avait autorisé très tôt la tenue de procédures, aurait formulé des remarques semant le doute quant au bien-fondé du verdict. Cette situation fait actuellement l'objet d'un examen de la part de la Scottish Criminal Cases Review Commission.

Plus récemment, le premier ministre du Royaume-Uni, Tony Blair, se déclarait en défaveur de la peine de mort dans le cas de Saddam Hussein, se plaçant ainsi en désaccord par rapport à la position des États-Unis. Bon nombre de chefs d'État européens se sont dits d'accord avec le point de vue de Blair, et plusieurs ont fait valoir qu'ils s'opposaient à la peine de mort, mais ont accueilli favorablement le procès et la condamnation de Saddam Hussein, à l'instar des premiers ministres de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande¹⁵⁹.

La situation, toutefois, est la suivante : les procès pour terrorisme jouissent d'une grande visibilité et constituent souvent des procédures lourdes d'émotions, capturant ainsi l'attention de la population. Ils soulèvent d'importantes questions de sécurité publique, et les élus courent le risque de compromettre le dossier en tentant, peu judicieusement, de garantir à la population qu'un tel incident ne se reproduira plus ou que le dossier a bien été pris en main. Malgré les risques sur le plan judiciaire, l'impératif politique de l'ingérence et le désir de satisfaire la population semblent parfois irrésistibles.

157 *R. c. Vermette* (1998), 41 C cr (3d) 523 (C.S.C.).

158 MacFarlane, précité, à la page 278 (note 15) citant le professeur Edwards, grandement considéré comme l'un des grands spécialistes du Commonwealth en ce qui concerne les fonctions du procureur général.

159 Winnipeg Free Press, 7 novembre 2006, « Blair Opposes Death Penalty ». L'ancien dictateur irakien a été exécuté le 29 décembre 2006 après son procès, l'audience de détermination de la peine et un appel subséquent devant le plus haut tribunal irakien.

PARTIE V

La structure d'un procès selon une perspective historique canadienne-anglaise

Dans cette partie, nous aborderons les éléments structurels d'un procès criminel au Canada selon une perspective historique, en insistant sur les procès devant un juge avec jury.

Des racines anglo-saxonnes

Sir William Blackstone, dans son classique traité de droit anglais¹⁶⁰, soutient que « ...les fondateurs du droit anglais, anticipant l'avenir avec justesse, ont fait en sorte qu'aucun homme ne puisse être appelé à répondre devant le roi de quelque crime capital que ce soit, à moins d'avoir préalablement fait l'objet d'une accusation de la part d'une douzaine de ses semblables ou plus, constituant le grand jury, et que le bien-fondé de chaque accusation, que ce soit sous forme de mise en accusation, d'information ou d'appel, soit ensuite confirmé par un suffrage unanime effectué auprès de 12 de ses semblables et voisins, choisis aléatoirement et se trouvant au-dessus de tout soupçon. » Selon lui, le jury constitue le « grand rempart de la liberté de tous les Anglais », puisqu'il sert de barrière entre la liberté du peuple et la prérogative de la Couronne et puisqu'il assure un équilibre par rapport aux juges nommés par le gouvernement¹⁶¹. Par présomption, un jury était donc constitué de 12 des « semblables et voisins du prévenu, choisis aléatoirement ».

Une transition vers le Canada

Dans le premier manuel de droit criminel au Canada, publié en 1835, W.C. Keele, un avocat de Toronto, mentionne que le droit criminel de l'Angleterre a été adopté statutairement au Canada en 1774 et, plus particulièrement dans le Haut-Canada, en l'état où étaient les textes de loi en date du 17 septembre 1792¹⁶². Keele souligne toutefois la possibilité de

160 *Commentaries on the Laws of England* (Londres : 1765, première édition, 4e Volume) à la page 349 (*Les Commentaries* de Blackstone ont fait l'objet de 23 éditions au Royaume-Uni et de 13 aux États-Unis. La dernière édition date de 1897.)

161 *Ibid.*

162 *The Provincial Justice or Magistrates Manual, Being a Complete Digest of the Criminal Law, and a Compendious and General View of the Provincial Law; With Practical Forms, for the Use of the Magistracy of Upper Canada*, par W. c. Keele, avocat à la Cour suprême de droit de Westminster (Toronto: the U.C. Gazette Office, 1835) à 254. Keele naquit en Angleterre en 1798 et migra au Canada pour s'installer près de Toronto. Il a exercé le droit dans le sud de l'Ontario et publié des ouvrages sur plusieurs aspects du droit, bien qu'il soit principalement connu pour son analyse du droit criminel. Son ouvrage a fait l'objet de cinq éditions, dont la dernière date de 1864.

constituer un « jury particulier » aux fins d'un procès portant sur un acte d'accusation ou sur une poursuite civile, sans qu'il y ait de requête devant le tribunal. Le greffier de la paix devait alors fournir au shérif « une liste des personnes valant 200 livres ou plus. » Le shérif y tirait alors 40 noms, après quoi chacune des deux parties pouvait en retirer 12. Les 16 personnes restantes étaient alors convoquées comme « jurés particuliers » en vue du procès¹⁶³.

À quoi pouvait ressembler un procès dans le Canada d'autrefois? Le premier compte rendu mot à mot que j'ai pu trouver portait sur le conflit perpétuel qui opposait le Comte de Selkirk, qui devint par la suite Lord Selkirk, et la Compagnie du Nord-Ouest dans les « Territoires indiens », l'actuelle région de Winnipeg (Rivière-Rouge), dans l'Ouest canadien. Ce compte rendu figure dans un ouvrage relativement rare, intitulé *Report of the Proceedings Connected with the Disputes Between the Earl of Selkirk and the North-west Company, at the Assizes, held at York, in Upper Canada, in October 1818 (from minutes taken in court)*¹⁶⁴.

Essentiellement, le Gouverneur Robert Semple fut tué le 19 juin 1816 près de la Rivière-Rouge. En vertu d'une loi spéciale adoptée à cette fin en 1803, le procès eut lieu à York, dans le Haut-Canada, au lieu de se dérouler dans les « Territoires indiens¹⁶⁵. » Un grand jury fut convoqué pour déterminer s'il y avait lieu de procéder à des mises en accusation. Le juge en chef Powell, le juge Campbell et le juge Boulton, de même que deux juges de paix, présidaient l'instance. Après avoir entendu les témoignages, le grand jury procéda à la mise en accusation de 13 personnes, puis, le 23 octobre 1818, prononça un non-lieu à l'endroit de trois des accusés¹⁶⁶.

Le procès s'amorça le 6 octobre 1818. Il s'apparentait, à plusieurs égards, aux procès d'aujourd'hui, bien que l'on constate quelques différences manifestes. Le procureur général et le solliciteur général comparaissaient personnellement pour la Couronne. Les accusés étaient représentés par trois avocats; 12 hommes étaient assermentés comme jurés; mais il est à noter que les trois procès distincts qui se sont déroulés dans le dossier étaient présidés par un tribunal de trois juges de la cour supérieure, en l'occurrence, le juge en chef et les juges Campbell et Boulton.

163 *Ibid.* à la page 255. On dit que cette procédure est fondée sur le droit statutaire anglais : 48 G.3, c.13.

164 Londres : McMillan, Bow-Street, 1819.

165 *Ibid.*, annexe, page 46.

166 *Ibid.* à la page 6.

Les deux avocats de la Couronne livrèrent l'exposé introductif au jury, après quoi on procéda aux interrogatoires et aux contre-interrogatoires des témoins, puis aux plaidoiries liées à l'admission de la preuve. À la fin des procédures, l'exposé du jury fut fait par le juge en chef dans le cadre du premier procès, puis par le juge Boulton dans le cadre du deuxième et du troisième procès. Les trois juges qui constituaient le tribunal ont manifestement pris une part active à l'ensemble du procès : durant l'exposé du juge Boulton au jury dans le cadre du deuxième procès, le solliciteur général s'est levé pour soulever une objection d'ordre juridique, mais c'est le juge en chef qui lui a répondu, au nom du tribunal¹⁶⁷.

Il est difficile de savoir, à partir du compte rendu de ce procès, si et dans quelle mesure l'ensemble des procès sérieux étaient autrefois entendus par un tribunal de juges au Canada : aucun avocat n'en a évidemment fait mention et la question ne figure pas dans le compte rendu. Rappelons toutefois que ce procès avait été rapatrié des « Territoires indiens », et qu'il portait sur le meurtre du gouverneur local. Il s'agissait donc d'un procès d'une notoriété considérable. Ajoutons, en complément, que dans le cadre de chacun des trois procès, le jury a acquitté tous les accusés après à peine une heure de délibération.

La codification de la loi criminelle en 1892

Lors de l'entrée en vigueur de son Code criminel, en 1893, le Canada devint le premier État de l'Empire britannique à promulguer un code national de droit criminel. La codification constituait pour le moins une étape révolutionnaire, qui a permis aux législateurs et aux juristes de transcender l'univers des précédents et de repérer plus facilement les faiblesses caractérisant les lois existantes. Sir John A. Macdonald, en tant que tout premier ministre de la Justice du Canada, considérait la codification des lois criminelles comme étant une façon de renforcer les liens entre les provinces¹⁶⁸.

Le Code criminel de 1892 venait étayer de certitude la structure du système de justice criminelle. Il comportait également une certaine possibilité de souplesse en fonction des considérations régionales et de la situation du Canada qui, à l'époque, constituait une jeune nation dont la population était peu dense.

¹⁶⁷ *Ibid.* à la page 140 (« Trial of the Accessories »).

¹⁶⁸ De façon générale, voir *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, par Desmond H. Brown. (Toronto: The Osgoode Society, 1989); *The Birth of a Criminal Code: The Evolution of Canada's Justice System* (Toronto: University of Toronto Press, 1995).

Le Code comportait la définition d'une « cour supérieure de juridiction criminelle » pour chaque province et territoire¹⁶⁹. Toutes les cours de juridiction criminelle au Canada avaient compétence pour juger toutes les infractions relevant de leur juridiction, mais ne pouvaient juger aucune infraction entièrement commise dans une autre province¹⁷⁰. Le tribunal avait le pouvoir d'ordonner un changement du lieu de l'audience dans la mesure où le procès devait se dérouler dans un autre district ou dans un autre comté à l'intérieur de la même province¹⁷¹.

Le Code criminel de 1892 maintenait le rôle du grand jury. On prévoyait l'assermentation d'au moins 12 grands jurés et d'au plus 23. La loi stipulait toutefois clairement qu'un grand jury légalement constitué pouvait bel et bien comporter de 12 à 23 jurés. Cependant, au moins 12 d'entre eux devaient en arriver à un verdict d'accusation fondée. Autrement, le jury se devait de déclarer un non-lieu¹⁷².

On avait retenu, pour les procès, le modèle britannique traditionnel de 12 jurés¹⁷³, non sans certaines variations, toutefois. Au Manitoba et au Québec, un accusé avait droit à un « jury mixte », constitué à parts égales de jurés anglophones et francophones¹⁷⁴. Antérieurement au Code de 1892, un étranger avait le droit d'être jugé par un jury dit de *medietate linguae*, ce qui supposait la tenue d'un procès avec un jury constitué à parts égales de citoyens et d'étrangers, si l'on arrivait à trouver un nombre suffisant de ceux-ci. Le nouveau Code criminel a aboli cette pratique¹⁷⁵. Par la suite, le Code criminel permit que l'on puisse n'assermenter que six jurés en Alberta, au Yukon et dans les Territoires du Nord-Ouest¹⁷⁶. On apporta ultérieurement au Code criminel des modifications permettant exceptionnellement qu'un accusé, s'il y consentait, soit jugé par un juge d'une juridiction de cour supérieure en Alberta sans jury¹⁷⁷.

On a en outre fait preuve de souplesse dans l'étayage structurel des appels en matière criminelle. Alors qu'il n'existait aucune transcription ni

169 *The Criminal Code*, 1892 [55-56 Vict., c.29, a.3(y)].

170 *Ibid.*, article 640.

171 *Ibid.* article 651.

172 *The Criminal Code of Canada*, par Henri Elzear Taschereau, réimprimé avec une préface de l'honorable Fred Kaufman (Toronto: The Carswell Company, 1980) à la page 734 (« Taschereau »).

173 Article 667 (3) du *Code criminel* de 1892. Il s'agissait d'une partie de l'article 419 du projet de code anglais de 1878 qui, pour sa part, tire son origine de la législation anglaise : 39 et 40 Vict. C.78, a.19.

174 *Ibid.* aux pages 772 et 774.

175 *Ibid.* à la page 771.

176 L'historique plutôt coloré et quelque peu inégal de cette disposition se trouve dans la première édition de *Martin's Criminal Code* (Cartwright and Sons : 1955, aux pages 688-670).

177 *Ibid.*; voir également *R. c. Bercov* (1949) 96 CCC 168 (Alta.C.A.).

aucun registre du procès initial, le juge de première instance se retrouvait souvent en formation plénière dans le cadre d'appels portant sur leurs propres jugements. Il n'est pas étonnant de constater que dans certaines causes, le juge de première instance émettait un avis dissident lorsque l'on permettait d'en appeler de leur jugement, mais ce n'était pas toujours le cas. Il arrivait souvent que le juge de première instance collabore à infirmer son propre jugement. Cette pratique avait, de toute évidence, été adoptée en raison du nombre restreint de juges disponibles et des exigences liées à leur déplacement d'un grand centre judiciaire à l'autre¹⁷⁸. Tout cela prouve cependant que depuis longtemps, le Canada a toujours fait preuve d'une souplesse considérable dans sa façon de concevoir la structure d'un procès criminel.

Le cadre juridique actuel

En vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, tout individu inculpé d'une infraction a le droit, sauf dans le cas des infractions militaires, « de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave¹⁷⁹. » À cet égard, il est à noter que pratiquement toutes les infractions stipulées dans la partie II.I du Code criminel concernant le terrorisme visent une sentence maximale d'emprisonnement de cinq ans, de dix ans, de 14 ans ou d'emprisonnement à perpétuité, ce qui engendre le déclenchement de cette disposition¹⁸⁰. De plus, les infractions criminelles traditionnelles dont un terroriste est susceptible d'être inculpé, comme un meurtre ou un détournement d'avion, sont toutes passibles de peines d'emprisonnement maximales de cinq ans ou plus.

Depuis l'adoption de la Charte, les tribunaux d'appel du Canada insistent sur l'importance du procès avec jury. Dans le cadre d'un dossier¹⁸¹, Blair, J.A. relate l'histoire des procès avec jury en Angleterre, aux États-Unis et au Canada et s'exprime en ces termes :

[traduction] Cette histoire démontre que le droit au procès par jury constitue non seulement une composante essentielle de notre système judiciaire criminel, mais

178 McClung, J.A. fait état de cette pratique en Ontario et dans l'Ouest canadien entre 1868 et 1912 dans *R. c. Robinson* (1989), 51 CCC (3d) 452 (Alta.C.A.), à la page 473 (note 8).

179 Article 11 f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

180 Il existe quelques exceptions : les actes criminels liés au blocage des biens et la mystification d'activités terroristes peuvent être traités par procédures sommaires.

181 *R. c. Bryant* (1984), 16 CCC (3d) 408 (Ont.C.A.) à la page 423.

également une importante garantie constitutionnelle des droits de la personne dans notre société démocratique. Dans tous les pays de common law, le procès par jury, pour cette raison, est considéré comme étant pratiquement sacro-saint et il est rare que l'on y fasse obstacle.

Le point de départ, dans le Code criminel, figure à l'article 471, qui stipule que [traduction] « [S]auf disposition expressément contraire de la loi, tout prévenu inculpé d'un acte criminel doit être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury ». Toutefois, le Parlement a édicté des exceptions à cette règle générale, dont certaines ne sont pas toujours conditionnelles au consentement de l'accusé quant à un autre mode d'enquête. Dans les dernières années, le nombre de procès devant jury a diminué à un point tel que dans de nombreuses régions du Canada, le procès par jury constitue désormais non plus la règle, mais l'exception.

La plupart des actes criminels ne figurant pas à l'article 469 du Code criminel (lequel inclut notamment le meurtre, la trahison et la piraterie) permettent au prévenu de choisir le mode d'enquête, comme le stipule l'article 536(2) du Code et, à certaines conditions, le prévenu peut modifier son choix. Le procureur général dispose d'une certaine marge de discrétion lui permettant de déroger à cet article et d'exiger un procès par jury, conformément à l'article 568 du Code¹⁸². En général, toutefois, l'intention derrière les diverses dispositions du Code consiste à donner au prévenu le droit de déterminer le mode d'enquête dont il fera l'objet s'il est accusé d'un acte criminel.

En vertu des dispositions actuelles du Code criminel, le nombre de jurés devant constituer un jury au Canada demeure, en principe, de 12¹⁸³. Ce nombre n'est toutefois pas figé constitutionnellement en vertu des anciens principes de common law britannique et canadienne¹⁸⁴. Il s'agit davantage d'un point de départ susceptible d'être législativement modifié, selon les circonstances¹⁸⁵.

Si, par exemple, le juge de première instance estime, dans le cadre d'un procès, qu'il est opportun « dans l'intérêt de la justice » de procéder à la

182 Au moins un tribunal a conclu que cette disposition était constitutionnellement garantie : *R. c. Haneson* (1987), 31 C cr (3d) 560 (Ont.H.C.J.).

183 Article 643 (1) et article 631(5) du *Code criminel*.

184 *R. c. Genest* (1990), 61 CCC (3d) 251 (Que.C.A.), à 260-61.

185 Par exemple, l'Alberta est passée d'un jury constitué de six membres à un jury de 12 membres en 1969: S.C. 1968-69, c.38, a.50.

nomination d'un ou deux jurés suppléants, le juge pourra l'ordonner¹⁸⁶. S'il est impossible, malgré l'observation des dispositions du Code criminel, de constituer un jury complet et de pourvoir les postes de jurés suppléants, le tribunal peut assigner toute personne, qu'elle soit légalement compétente ou non, afin d'obtenir un jury complet et, le cas échéant, de pourvoir les postes de jurés suppléants¹⁸⁷. Les jurés suppléants sont tenus d'assister au début du procès. S'il manque alors des jurés, on leur substituera des jurés suppléants jusqu'à ce que les jurés soient au nombre de 12. Les jurés suppléants auxquels l'on n'attribue alors pas la place d'un juré sont par la suite dispensés¹⁸⁸. Conformément à ce qui figure ci-dessous, un procès criminel s'amorce lorsqu'un accusé est confié au jury¹⁸⁹.

Si un juré doit être remplacé, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, avant que le jury n'ait entendu quoi que ce soit de la preuve, mais une fois que les jurés suppléants ont été libérés, le juge président peut choisir un juré suppléant dont le nom figure au tableau, ou en nommer un de vive voix¹⁹⁰. Une fois que le procès est commencé, le juge peut libérer un juré, sans lui substituer qui que ce soit, si le tribunal est convaincu que ledit juré ne devrait pas, par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, continuer à agir comme juré¹⁹¹. Lorsque, au cours d'un procès, un juré décède ou est libéré en vertu des dispositions de 644 (1), le jury demeure régulièrement constitué, pourvu que le nombre de jurés ne devienne pas inférieur à dix¹⁹².

La politique juridique criminelle fédérale est donc tout à fait claire : le procès doit s'amorcer en présence de 12 jurés, lesquels doivent être nommés de la façon traditionnelle, ou parmi les jurés suppléants, ou de vive voix¹⁹³. Si, après le début du procès, l'un ou plus d'un des 12 jurés doivent quitter par suite de maladie ou pour une autre cause raisonnable, le jury peut poursuivre ses travaux tant et aussi longtemps que les jurés sont au moins au nombre de dix. Lorsqu'il n'y a plus que 9 jurés, il devra y avoir nullité de procès.

186 A.631 (2.1) du *Code criminel*.

187 Article 642(1) du *Code criminel*.

188 Article 642.1 du *Code criminel*.

189 *R. c. Basarabas* (1982), 2 CCC (3d) 257 (S.C.C.) à 266.

190 Article 644(1.1) du *Code criminel*.

191 Il est question plus bas de ce pouvoir de libération, prévu à l'article 644(1) du *Code criminel*.

192 Article 644(2) du *Code criminel*.

193 *R. c. Wellman* (1996), 108 CCC (3d) 372 (BCCA) (avant l'entrée en vigueur du système de suppléants); voir, de façon générale, les articles 642 et suivants.

Une telle situation risque d'entraîner de sérieuses répercussions dans le cas des mégaprocès de terroristes. En vertu du cadre juridique actuel, la plupart des mesures de protection législatives sont concentrées à l'avant-plan, avant l'amorce d'un procès. Une fois que celui-ci est commencé, il suffit que deux jurés soient libérés pour que l'on se voie dans l'obligation d'ordonner une nullité de procès. Dans le cas d'un procès d'une durée de 18 mois ou de deux ans, les risques liés à une telle situation sont considérables et pour le moins dérangeants.

On tire donc un trait dans le sable : le procès ne s'amorce que lorsque l'accusé est confié au jury, le jury est informé de l'accusation et du plaidoyer, ainsi que de son devoir de déterminer si l'accusé est coupable ou non coupable des actes dont il est accusé¹⁹⁴. La Cour suprême du Canada explique en ces termes la raison d'être de cette règle¹⁹⁵ :

[traduction] ...Il n'y a aucune bonne raison de refuser à un accusé le droit à un jury complet lorsqu'aucune preuve n'a encore été soumise. Un accusé ne doit pas être privé de son droit d'être jugé par un jury de 12 personnes à la légère. Ce ne serait pas souhaitable d'amorcer un procès avec moins de 12 jurés... le fait d'anticiper le moment où le procès devra se dérouler avec un juré en moins, au-delà de ce que commande le bon sens et de ce que stipule textuellement le Code, fait augmenter les risques, dans le cadre d'un procès de longue durée, dans l'éventualité où d'autres jurés seraient victimes d'une maladie, d'une nullité de procès, faute du nombre de jurés minimal requis.

Quelques éléments supplémentaires sont à noter en ce qui concerne le jury dans notre cadre juridique actuel. D'abord, à défaut de comparaître à son procès ou en s'absentant de son procès, un accusé perd son droit à un procès par jury à moins qu'il ne puisse prouver l'existence de motifs légitimes quant à son défaut de comparaître ou à son absence¹⁹⁶.

Deuxièmement, le tribunal peut prendre des mesures pour assurer la sécurité des jurés ou des jurés suppléants, de même que la confidentialité de leur identité. S'il estime que cela est dans l'intérêt de la bonne

194 *R. c. Basarabas* (1982), 2 CCC (3d) 257 (S.C.C.) à 266 (7-0).

195 *Ibid.* à 265-6.

196 Article 598 du *Code criminel*. La Cour a reconnu que cette disposition était garantie constitutionnellement : *R. c. Lee* (1989), 52 CCC (3d) 289 (S.C.C.) (5:2).

administration de la justice, le tribunal peut ordonner au greffier de n'appeler le juré que par son numéro et, advenant une telle ordonnance, le tribunal peut également ordonner la non-publication de l'identité d'un juré ou d'un juré suppléant, ainsi que de toute information susceptible d'en révéler l'identité¹⁹⁷. Cette disposition fait l'objet d'une application particulière dans les dossiers portant sur le terrorisme et sur le crime organisé.

Troisièmement, lorsqu'un jury est incapable de s'entendre sur un verdict, le juge peut libérer le jury et soit ordonner un nouveau procès, soit ajourner le procès moyennant des conditions semblant appropriées¹⁹⁸. Enfin, un jugement ne peut être suspendu ni invalidé après la reddition du verdict si l'on invoque pour seul motif une irrégularité dans la constitution du jury¹⁹⁹.

Jusqu'ici, nous n'avons fait qu'examiner le rôle du jury dans le cadre juridique actuel. Il importe également de soulever quelques éléments en ce qui a trait au rôle et du maintien du juge de première instance dans le cadre des procès criminels de longue durée.

L'article 669.2 du Code criminel comporte des dispositions détaillées quant à la continuation des procédures dans les cas où le juge de première instance décède ou, pour une autre raison, devient incapable d'entendre le procès jusqu'à la reddition d'un verdict.

La règle générale consiste à confier la poursuite du procès à un autre juge de la même instance²⁰⁰. Si un verdict a déjà été rendu par le jury ou par le juge devant lequel le procès s'est amorcé, le juge devant lequel les procédures se poursuivent peut infliger une peine à l'accusé si celui-ci a été jugé coupable²⁰¹. Si le procès est amorcé et qu'aucun verdict n'a été rendu, le juge devant lequel les procédures se poursuivent doit recommencer le procès comme si aucune preuve n'avait encore été présentée²⁰². S'il s'agit d'un procès par jury, le juge devant lequel les procédures se poursuivent peut choisir de continuer les procédures ou de recommencer le procès²⁰³. Si le juge choisit de poursuivre les procédures,

197 Article 631(3.1) and (6) du *Code criminel*. Voir également *R. c. Jacobson*, (2004), 196 CCC (3d) 79 (Ont. S.C.J.).

198 Article 652(1) du *Code criminel*.

199 Article 670 du *Code criminel*.

200 Article 669(1) du *Code criminel*.

201 Article 669.2(2) du *Code criminel*.

202 Article 669.2(3) du *Code criminel*.

203 Article 669.2(4) du *Code criminel*.

la preuve présentée antérieurement au tribunal est réputée avoir été présentée au juge devant lequel se poursuivent les procédures²⁰⁴.

Le fait que le juge puisse décider de continuer les procédures ou de recommencer le procès dans le cadre d'un procès par jury constitue l'élément le plus problématique de ces dispositions. Si l'on se trouve au 22e mois d'un procès dont on évaluait la durée à 24 mois, il peut être tentant, à certains égards, de recommencer, puisque ce sera le juge devant lequel les procédures se seront amorcées qui aura pris toutes les décisions et entendu tous les témoins²⁰⁵.

D'un autre côté, toutefois, on peut être aussi fortement tenté de poursuivre le procès, bien que l'on puisse être davantage porté à envisager la situation sous l'angle pratique et financier. En réalité, dans certains cas, il peut être difficile de recommencer un procès de très longue durée une fois que celui-ci s'interrompt peu avant la reddition d'un verdict : les témoins se sont dispersés, certains risquent de ne plus être disponibles et il se peut que ceux qui, à l'origine, avaient consenti à collaborer avec les autorités aient, depuis, décidé de ne plus être mêlés au dossier. Une disposition prévoit également que la poursuite et l'accusé peuvent, ensemble, décider qu'une partie, mais pas forcément l'ensemble de la preuve, soit présentée à nouveau devant le juge devant lequel se poursuivront les procédures dans le cas d'un procès par jury²⁰⁶. Comme nous en faisons état plus haut, la collaboration entre les procureurs de la poursuite et de la défense peut revêtir un rôle crucial dans la gestion efficace et la résolution des procès de longue durée. Encore une fois, cependant, notre propos ne vise pas tant la gestion des procès pour terrorisme, que les risques liés au déroulement de mégaprocès.

204 Article 699.2(5) du *Code criminel*.

205 Un juge d'instance peut exprimer un point de vue sur les questions factuelles concernant le dossier, afin d'aider le jury : *R. c. Steinberg*, [1931] S.C.R. 421; *R. c. Boulet*, [1978] 1 S.C.R. 332, ce qui suppose qu'il peut également formuler un « commentaire loyal » quant à la crédibilité d'un témoin : *R. c. Buxbaum* (1989), 70 C.R. (3d) 20 (Ont.C.A.), lv. ref. 37 O.A.C. 318 n, pourvu que l'exposé au jury ne soit pas [TRADUCTION] « fondamentalement déséquilibré » : *R. c. Mears* (1993), 97 Cr. App. R. 239 (P.C.), et pourvu, également, que le juge fasse clairement comprendre au jury que celui-ci a le droit et la responsabilité de former sa propre opinion, et qu'il est libre de rejeter les opinions exprimées : *R. c. Broadhurst* [1964] A.C. 441 (P.C.) at 464; *R. c. Gunning*, [2005] 1 S.C.R. 627, paragr. 27 et 31.

206 Article 669.2(5) du *Code criminel*.

PARTIE VI

Le rôle du procès par jury

Dans ce texte, nous avons, à certains égards, abordé le rôle du jury dans le cadre d'un procès criminel. Dans cette partie, nous prendrons un certain recul dans le but d'analyser les principes fondamentaux qui sous-tendent le principe du procès par jury dans un État démocratique.

Nous nous livrerons à cet exercice pour deux raisons. D'abord, certaines modifications doivent manifestement être envisagées quant au principe du procès par jury dans le cadre des procès pour terrorisme, et en particulier s'il s'agit de mégaprocès. Ensuite, si l'on doit envisager des modifications, il importe d'avoir une bonne compréhension des éléments centraux qui caractérisent le procès par jury. Ainsi, toute réforme à venir sera compatible avec les garanties décrites à l'article 11 f) de la Charte canadienne des droits et libertés. Autrement dit, il est important de bien savoir où se situent les frontières constitutionnelles. Ainsi, les modifications apportées se produiront à l'intérieur, et non à l'extérieur, desdites frontières.

Le jury moderne est censé constituer un échantillonnage représentatif de la société, choisi en toute honnêteté et en toute équité²⁰⁷. Par sa prise de décision collective, le jury constitue un excellent enquêteur²⁰⁸. Le processus de délibération est la pierre angulaire du principe du procès par jury²⁰⁹. En raison de son caractère représentatif, le jury tient le rôle de la conscience de la collectivité²¹⁰. Le jury peut agir et agit en tant que bastion

207 *R. c. Sherratt* (1991), 63 CCC (3d) 193 (SCC) at 203 [5-0 sur ce sujet]; Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, « Le jury en droit pénal » (Ottawa: 1980), à la page 5; *Law Reform Commission* (Nouvelle-Galles-du-Sud), Rapport 48 (1986) — *Criminal Procedure: The Jury in a Criminal Trial*, paragraphe 2.1; *Williams c. Florida*, 399 U.S. 78 à 100.

208 *R. c. Sherratt*, précité; Commission de réforme du droit du Canada, précité; *Law Reform Commission* (Nouvelle-Galles-du-Sud), précité; *Williams c. Florida*, précité; *R. c. Pan* [2001] 2 SCR, au paragraphe 43.

209 *R. c. Sims*, [1992] 2 SCR 858; *R. c. G (RM)*, [1996] 3 SCR 362 au paragraphe 17.

210 *R. c. Sherratt*, précité; Commission de réforme du droit du Canada, précité, à la page 8; *Law Reform Commission* (Nouvelle-Galles-du-Sud), précité; *Williams c. Florida*, précité.

final contre les lois abusives et leur exécution²¹¹. De manière significative, l'existence du jury constitue également une façon de faire connaître davantage le système judiciaire criminel auprès de la population. La participation de la population améliore d'ailleurs le niveau de confiance de la société à l'endroit du système judiciaire dans son ensemble²¹². Si l'on résume ce principe simplement, [TRADUCTION] « Douze membres de la collectivité ont œuvré ensemble à l'atteinte d'un verdict unanime²¹³. »

La Cour suprême du Canada a très bien résumé le principe en 2001, dans un jugement unanime (9-0)²¹⁴ :

[TRADUCTION] En jouant un rôle d'enquêteurs dans le cadre d'un procès criminel, les jurés, tout comme les juges, apportent avec eux dans la salle des jurés l'ensemble de leurs connaissances et de leur expérience personnelle. Leurs délibérations bénéficient de la combinaison d'expérience et de perspectives propre à l'ensemble des jurés. Il se peut que l'un des jurés se souvienne d'un détail de la preuve qu'un autre aurait oublié, ou sache répondre à une question qui laisse un autre juré perplexe. Par l'entremise du processus de prise de décision collective, la preuve et son importance peuvent faire l'objet de profondes discussions dans le cadre des travaux du jury, devant mener à l'atteinte d'un verdict unanime.

-
- 211 *R. c. Sherratt*, précité; Commission de réforme du droit du Canada, précité, à la page 11; *Law Reform Commission* (Nouvelle-Galles-du-Sud), précité. Il existe toutefois ici une nuance importante : comme on demande au jury de prononcer un verdict général de culpabilité ou de non-culpabilité, celui-ci a le pouvoir de prononcer un verdict d'acquittement, ce qui revêt un caractère pervers, puisque cela [TRADUCTION] « heurte les faits et le droit en plein dans les dents ». Cela ne signifie toutefois pas que le procureur de la défense peut demander au jury d'annuler une loi ou une loi adoptée par le Parlement en refusant d'appliquer la loi que le juge d'instance leur a demandé d'exécuter : *R. c. Morgentaler* et autres (1985), 22 CCC (3d) 353 (Ont. C.A.), à la page 431 et suivantes. Tout récemment, la Cour suprême du Canada confirmait que les jurys n'étaient pas autorisés, *de plein droit*, à refuser d'exécuter la loi — mais qu'ils avaient le *pouvoir* de leur faire lorsque leur conscience ne permet aucune autre avenue : *R. c. Krieger*, 2006 SCC 47, au paragraphe 27.
- 212 *R. c. Sherratt*, précité; Commission de réforme du droit du Canada, précité, aux pages 13-17; *Law Reform Commission* (Nouvelle-Galles-du-Sud), précité; *Ng c. R.* [2003] HCA 20, par Kirby J., note 75; *Williams c. Florida*, précité.
- 213 *R. c. G* (RM), précité, au paragraphe 13; *R. c. Pan*, précité, au paragraphe 41.
- 214 *R. c. Pan*, précité, au paragraphe 43. Dans ce dossier, le tribunal souligne, au paragraphe 99, que [TRADUCTION] « l'obligation de prononcer un verdict unanime constitue une caractéristique centrale de notre système de jury. » Le tribunal n'a pas atteint la conclusion que la règle de l'unanimité était garantie constitutionnellement, bien que la portée y soit. Dans la partie VII, ci-dessous, notre propos sur une éventuelle migration vers des verdicts majoritaires est fondé sur l'hypothèse d'une ouverture à une possible réforme de la question.

Des tribunaux d'appel du Canada, des États-Unis et de l'Australie ont souligné que les caractéristiques inhérentes aux procès par jury ne sont pas immuables. Elles peuvent changer en fonction des besoins contemporains et s'adapter aux circonstances et aux situations modernes²¹⁵.

Celadit, un nouveau consensus semble émerger quant aux caractéristiques minimales irréductibles du procès par jury. Parmi celles-ci, jugées essentielles et irréductibles, figurent les suivantes²¹⁶ : l'indépendance du jury; son caractère représentatif; le choix aléatoire des jurés; les délibérations de groupe encadrées; les défis qui se posent pour les jurés; et, du moins en Australie et peut-être au Canada, un verdict unanime²¹⁷.

Cependant, un certain nombre de traits caractéristiques (à ne pas confondre avec les attributs jugés essentiels) du jury ne sont pas immuables, et l'on n'aurait d'ailleurs su vouloir qu'elles le soient. Songeons, notamment, aux éléments suivants : un jury entièrement constitué d'hommes, et plus particulièrement, d'hommes propriétaires d'une résidence; l'obligation, pour les jurés, de demeurer séquestrés pendant toute la durée du procès et la nécessité de conserver les 12 jurés du début à la fin, sans quoi une nullité de procès devra être prononcée²¹⁸.

Dans le cadre d'un procès criminel de longue durée, l'on risque fort de perdre des jurés pour une foule de raisons. Dans la partie V, nous avons abordé les tentatives assez modestes du Canada en ce qui a trait à la gestion des mégaprocès par jury. Nous estimons utile, à ce stade, d'analyser la façon dont d'autres juridictions s'y prennent pour éviter l'échec d'un procès faute du maintien d'un nombre acceptable de jurés.

215 *R. c. Genest* (1990), 61 CCC (3d) 251 (Que.C.A); *Williams c. Florida*, précité; *Ng c. La Reine*, précité; « The Constitutional Jury- "A Bulwark of Liberty" ? », par James Stellios, 27 Sydney L. Rev. 113 (2005).

216 *R. c. Sherratt*, précité; « The Constitutional Jury- "A Bulwark of Liberty" ? », précité, à la page 8; *Ng c. La Reine*, par Kirby, J. précité; *Brownlee c. La Reine* (2001) 207 CLR 278; *Williams c. Florida*, précité; *Cheatle c. R.* (1973) 177 CLR 541; *Colorado c. Burnette*, 775 P. 2d 583 (1989); *R. c. Ronen et autres*, 2004 NSWSC 1294 (2005); et certains ajouteraient, avec conviction, le caractère inviolable et confidentiel des délibérations d'un jury : *Stokes c. Maryland*, 843 A.2d 64 (2004).

217 *Cheatle c. The Queen*, précité; *Brownlee c. The Queen*, précité; *R. c. Pan*, précité.

218 *Ng c. The Queen*, précité; *Law Reform Commission Report* (Nouvelle-Galles-du-Sud), précité; *Brownlee c. The Queen*, précité; *Williams c. Florida*; « The Constitutional Jury- "A Bulwark of Liberty" ? », précité; *Cabberiza c. Moore*, 11 juillet 2000, Cour d'appel des États-Unis, 11e circuit : <http://laws-findlaw.com/11th/974592man.html>.

États-Unis

Aux États-Unis, tous les tribunaux criminels fédéraux utilisent le modèle du jury constitué de 12 personnes²¹⁹, bien que dans certains états, comme la Floride, autorisent les jurys constitués de six personnes. Un jury de 12 personnes n'a pas l'obligation d'atteindre un verdict unanime, mais si le jury n'est constitué que de six personnes, l'unanimité est alors requise²²⁰. Dans une décision historique, la Cour suprême des États-Unis a, en se fondant sur une analyse fonctionnelle, rejeté la thèse liant la taille du jury (au moins 12 par rapport à 6) à la qualité de la prise de décision et des résultats obtenus²²¹ :

[TRADUCTION] [L]a caractéristique essentielle d'un jury réside manifestement dans l'interposition, entre l'accusé et son accusateur, du jugement de bon sens d'un groupe de non-spécialistes, ainsi que dans la participation de la collectivité et dans le partage de responsabilités qui découlent du verdict de culpabilité ou de non-culpabilité rendu par ce groupe. La réalisation de ce mandat n'est pas tributaire du nombre particulier d'individus qui constituent le jury. Idéalement, ce nombre devrait probablement être suffisamment important pour favoriser la délibération collective en évitant toute tentative extérieure d'intimidation et pour permettre raisonnablement l'obtention d'un échantillon représentatif de la collectivité. Cependant, nous doutons fort que ces objectifs soient, de façon significative, moins susceptibles d'être atteints lorsque le jury est constitué de six personnes au lieu de 12, et en particulier si l'exigence de l'unanimité est maintenue. De plus, la fiabilité du jury en tant qu'enquêteur n'est assurément guère liée au nombre d'individus qu'il comporte.

219 *USCS Fed. Rules Crim. Proc. R. 23 (b) (1)* prévoit que [TRADUCTION] « le jury doit être constitué de 12 personnes à moins que ce Règlement ne comporte des stipulations différentes. »

220 American Judicature Society, « Juries in-Depth Jury Decision Making », http://www.ajs.org/jc/juries/jc_decision_alternate.asp; *Williams c. Florida*, précité; « Six of One is not a Dozen of the Other: A Re-examination of *Williams c. Florida* and the Size of State Criminal Juries », par Robert H. Miller, 146 U. PA. L. rev. 621 (1998).

221 *Williams c. Florida*, précité, à la page 100.

Les quelques expériences qui ont eu lieu, habituellement dans le domaine civil, indiquent qu'il n'existe aucune différence observable entre les résultats obtenus avec les jurys constitués de 12 individus et les jurys constitués de six individus. (notes de bas de page éliminées)

L'utilisation (bonne ou mauvaise) de la recherche en sciences sociales pour justifier des écarts par rapport au jury de 12 personnes dans le cadre de procès criminels a suscité la colère du milieu des sciences sociales. Un auteur a notamment déclaré que [TRADUCTION] « [L]a qualité des connaissances démontrées en matière de sciences sociales dans ce dossier n'est pas digne de la note de passage dans un cours de psychologie de niveau secondaire²²². »

Néanmoins, pour veiller à ce qu'un procès puisse se poursuivre malgré la libération d'un juré, la plupart des lois en vigueur dans les états, ainsi que la réglementation fédérale qui gouverne les tribunaux de juridiction fédérale, permettent la nomination de jurés suppléants. Au niveau fédéral, le juge de première instance peut nommer jusqu'à six jurés suppléants.

Au niveau des états, il existe trois formes de nomination de jurés suppléants. Dans certaines juridictions, les jurés suppléants sont choisis au début du procès et informés de leur rôle de suppléants. Dans d'autres juridictions, le juge et les procureurs savent qui sont les jurés suppléants choisis, mais les jurés eux-mêmes l'ignorent. Cette façon de faire est fondée sur la théorie voulant que les jurés suppléants ne participeraient pas aussi activement au procès s'ils connaissaient leur propre statut. Enfin, dans d'autres juridictions, les jurés suppléants sont choisis au hasard avant que le jury ne se retire pour délibérer²²³.

On a abordé, aux États-Unis, la question fondamentale suivante : un juré suppléant peut-il remplacer un juré seulement avant que le jury amorce ses délibérations, ou le remplacement peut-il avoir lieu une fois les plaidoyers soumis jury?

Un remplacement avant la tenue des plaidoyers ne pose habituellement aucun problème, puisque l'on interdit aux jurés de discuter du procès entre eux avant les délibérations. Il n'existe donc aucune véritable

²²² « Six of One is Not a Dozen of the Other », précité, aux pages 621 et 678.

²²³ American Judicature Society, « Use of Alternate Jurors », http://www.ajs.org/jc/juries/jc_decision_alternate.asp.

différence entre les jurés et les suppléants au moment où ils se retirent pour délibérer²²⁴.

Un remplacement après la tenue des plaidoyers peut comporter certaines difficultés, car au moment du remplacement, tous les jurés, sauf le juré suppléant, ont déjà pris part aux délibérations. Les motifs sous-tendant le principe selon lequel une substitution ne doit avoir lieu qu'avant les délibérations et les préjudices liés à un remplacement après les plaidoyers ont été explicités on ne peut plus clairement par la Cour suprême du Colorado dans une décision à laquelle on a largement adhéré²²⁵ :

[TRADUCTION] Les préjudices susceptibles d'être engendrés par les exigences de Crim. P. 24 (e) sont importants. Si un juré suppléant est intégré à un processus de délibération dans le cadre duquel certains jurés se sont peut-être déjà fait une opinion à l'endroit de la culpabilité ou de la non-culpabilité de l'accusé, le nouveau juré risque fort de n'avoir aucune possibilité véritable d'exprimer son point de vue et de persuader les autres. De plus, le nouveau juré n'aura pas pris part à la dynamique des délibérations antérieures et n'aura pas vécu l'influence réciproque au sein du jury, éléments qui auront fait cheminer les autres jurés vers leur prise de décision. Le nouveau juré ne pourra profiter du point de vue des autres jurés. Enfin, un juré isolé qui se sent incapable, en toute bonne conscience, d'appuyer un verdict de culpabilité, peut éprouver une pression si grande qu'il préférera peut-être feindre une maladie afin de faire porter à un juré suppléant le fardeau de la décision. (citations omises)

La réglementation fédérale et le Code pénal de la Californie, en outre, permettent tous deux le remplacement après les plaidoyers, mais les lois en vigueur dans les états exigent que le juge de première

224 Le Maryland constitue un bon exemple, avec son Règlement 4-312 (b)(3), lequel stipule que [TRADUCTION] « un juré qui, avant le moment où le jury se retire pour déterminer son verdict, devient ou est jugé inapte ou disqualifié dans l'exécution de son mandat de juré sera remplacé par un juré suppléant, suivant l'ordre dans lequel les individus auront été choisis. Tout juré suppléant qui n'est pas appelé à remplacer un juré sera libéré au moment où le jury se retirera pour déterminer son verdict » : voir *Stokes c. Maryland*, 843 A.2d 64 (2004).

225 *People c. Burnette*, 775 P.2d 583 (1989), suivi dans *Carrillo c. People*, 974 P.2d 478 (1999); *Plate c. State*, 925 P.2d 1057 (1996); *Hayes c. State*, 720 A.2d 6 (1998), révisé pour d'autres considérations : 355 Md. 615 (CA); *Commonwealth c. Saunders*, 454 Pa. Super. 561 (1996).

instance « demande au jury de recommencer ses délibérations²²⁶. » Indépendamment de l'utilisation de jurés suppléants, cependant, le juge de première instance peut permettre à un jury de onze personnes de rendre un verdict si, durant les délibérations, le tribunal a de bons motifs pour libérer un juré²²⁷.

226 *USCS Fed. Rules Crim. Proc. R. 24 (c) (3); Cal. Pen. Code*, article 1089 (2006). Dans le cas de la Californie, bien que le règlement prévoie expressément qu'un suppléant peut remplacer un juré « avant ou après l'exposé définitif du dossier au jury », l'obligation de reprendre les délibérations découle de la jurisprudence, et non de la législation : *People c. Odle*, (1998) 754 P.2d 184; *People c. Burnette*, 775 P.2d 583, à la note 7 (1989). Le New Jersey a conçu une directive particulièrement utile lors de l'assignation d'un juré après le début des délibérations : *State c. Corsaro*, 107 N.J. 339 (1987), analysé dans : « Substitute Jurors: The Weakest Link », par Christopher Johns, 38 *Az Attorney* 16 (2002).

227 *USCS Fed. Rules Crim. Proc. R. 23 (b) (3)*.

Australie

Dans les premières décennies qui suivirent l'arrivée de la première flotte à la Nouvelle-Galles-du-Sud, les seuls « jurys » utilisés dans le cadre des procès criminels étaient constitués de six officiers militaires, choisis par le gouverneur²²⁸. Dès 1833, les jurys constitués de 12 membres devinrent la norme, et à la fin du XIXe siècle, chacune des quatre autres colonies australiennes (le Queensland, l'Australie du Sud, la Tasmanie et l'Australie-Occidentale) avait déjà fermement établi le principe de procès par jury de 12 personnes (hommes)²²⁹. En vertu de l'article 80 de la Constitution australienne, établie au moment de la Fédération, en 1901, un procès visant un acte criminel en vertu de la loi du Commonwealth (c.-à-d. fédérale) doit se dérouler devant un jury²³⁰. Cette disposition a généralement été atténuée par la Cour suprême, si bien qu'elle ne constitue désormais guère plus qu'une clause de procédure²³¹.

Cependant, l'exigence se limite aux actes criminels relevant du Commonwealth. La plupart des actes criminels perpétrés en Australie relèvent de la common law, de la législation étatique ou de la réglementation territoriale²³².

Les gouvernements des États et des Territoires ont tous donné aux tribunaux le pouvoir de recourir à des jurés suppléants et de permettre que le nombre de jurés devienne inférieur à 12 durant le procès²³³. Essentiellement, deux modèles régissent le recours à des jurés suppléants²³⁴. Le premier vise le recours à des jurés supplémentaires, et s'illustre le mieux par la législation de l'État de Victoria. En vertu de cette législation, il est possible d'assermenter jusqu'à 15 personnes pour un procès de longue durée. Immédiatement avant que le jury se retire pour délibérer, on procède à un tirage au sort afin de ramener le nombre de jurés à 12. Le juge de première instance peut également libérer des jurés durant le procès, s'il existe de bons motifs pour le faire, pourvu que les

228 Michael Chesterman, « Criminal Trial Juries in Australia: From Penal Colonies to a Federal Democracy », 62 *Law & Contemp. Prob.* 69 (1999), à la page 70 (« Chesterman »).

229 *Ibid.*, à la page 71.

230 *Ibid.*

231 *Spratt c. Hermes*, (1965) 114 C.L.R. 226 (H.C.) at 244; Chesterman, précité, à la page 75

232 Chesterman, précité, à la page 72-3.

233 James Stellios, « The Constitutional Jury- "A Bulwark of Liberty" ? », 27 *Sydney L. Rev.* 113 (2005), à la page 124.

234 Stellios, précité à la page 124.

jurés demeurent minimalement au nombre de dix²³⁵. Cette approche en ce qui a trait aux procès de longue durée, mérite discussion²³⁶.

Le second modèle vise l'utilisation de jurés de réserve, comme l'illustre le mieux la législation du Territoire du Nord. En vertu de cette législation, on peut assermenter 12 jurés, mais on peut choisir jusqu'à trois personnes comme jurés de réserve²³⁷. Les jurés de réserve peuvent être libérés à tout moment durant le procès, et habituellement, on garde l'un d'entre eux jusqu'à ce que le jury s'apprête à se retirer. À ce moment, si le jury de 12 personnes est toujours intact, le dernier juré de réserve est libéré. Cette façon de faire veille à ce que 12 personnes intègrent la salle des jurés pour amorcer les délibérations. Conformément à cette approche, il n'existe aucune disposition de tirage au sort visant à exclure des jurés²³⁸.

Ces systèmes législatifs sont, pour la plupart, constitutionnellement garantis. En adoptant une analyse non pas historique, mais fonctionnelle²³⁹ de la question, la Cour suprême de l'Australie soutient que : bien que le point de départ d'un jury soit fixé à 12 personnes, il peut initialement comporter davantage de jurés, puis être ramené à 12 personnes avant le début des délibérations²⁴⁰; il peut également devenir inférieur à 12 jurés en cours de procès, pourvu qu'au moment du verdict, il y demeure toujours au moins dix jurés²⁴¹. Ayant constaté que les procès devant jury, en Australie, duraient actuellement plus longtemps qu'à l'époque de la Fédération (1901) ou, en fait, qu'ils étaient de plus longue durée depuis la fin du XXe siècle, Kirby, J., de la Cour suprême, fit la déclaration suivante en 2001, qu'il réitéra en 2003²⁴² :

[TRADUCTION] Les procès contemporains, en particulier ceux qui visent les infractions aux lois fédérales, peuvent se révéler extrêmement longues et complexes. Les inconvénients pour la collectivité comme pour les jurés, ainsi que les coûts défrayés par les parties ne devraient pas être subis inutilement pour de simples motifs d'interruption et de remise en litige de

235 *Juries Act 2000* (Vic.), articles 22, 23 (jurés supplémentaires) et 48 (réduction de la taille du jury par triage au sort); analyses dans *Ng c. R.* (2003) HCA 20.

236 Nous aborderons cette question plus longuement dans la partie VII, ci-dessous.

237 On parle de deux à six jurés de réserve dans les autres juridictions de l'Australie : *Chesterman*, précité, à la page 78.

238 En vertu de ce modèle, le « juré de réserve » connaît son statut dès le départ. (NT) *Juries Act 1962*, articles 6, 37 et 37a, analysés dans *Fittock c. The Queen*, (2003) 197 A.L.R. 1 (HC).

239 *Stellios*, précité, à la page 122 et suivantes.

240 *Ng c. R.* [2003] HCA 20, par Kirby, J.

241 *Ng c. The Queen*, précité; *Brownlee c. R.* (2001) 207 CLR 278; *Chesterman*, précité, à la page 124;

Stellios, précité, à la page 1-4.

242 *Ng c. The Queen*, précité; *Brownlee c. The Queen*, précité.

procès avec jury où (comme cela doit inévitablement se produire de temps à autre) des jurés décèdent, sont victimes d'une maladie ou deviennent incapables, pour toute autre raison, de poursuivre leurs responsabilités. S'il est acceptable de traiter un jury constitué de moins de 12 jurés comme étant valable constitutionnellement, afin de soutenir le système de procès devant jury et, par le fait même, les notions « participation de la population » et de « confiance de la part de la société » liées à ce mode d'enquête dont il est question à l'article 80, il est également acceptable que, de façon exceptionnelle, des jurés supplémentaires soient intégrés au jury afin que la Cour puisse se prémunir contre un éventuel échec du procès lié au décès, à la maladie ou à l'absence de jurés.

Pour ces raisons, poursuit-il, le modèle de jurés supplémentaires de l'État de Victoria a été bien conçu de façon à protéger la Cour contre l'échec total du processus entourant le procès criminel²⁴³ :

[TRADUCTION] Si l'on applique l'épreuve de la fonctionnalité à la loi en vigueur dans l'État de Victoria, on constate que celle-ci vise manifestement à protéger et à maintenir la fonction du jury. Elle est conçue expressément pour éviter l'échec d'un procès. Un tel échec peut être préjudiciable à l'endroit de l'accusé, des témoins, des jurés et de la collectivité. Les implications d'un procès devant jury de nos jours diffèrent, à certains égards, de celles de l'époque où la Constitution a été rédigée. Le terme (« jury ») demeure, mais le concept s'adapte aux caractéristiques contemporaines du procès devant jury.

La Cour supérieure a également fait ressortir le rôle que peuvent jouer 12 jurés et des jurés de réserve. Si l'on libère, comme il se doit, les jurés de réserve, un jury complet constitué de 12 personnes peut se retirer pour décider de son verdict²⁴⁴.

Par souci d'exhaustivité, mentionnons quelques autres mesures de protection prévues par la loi australienne. D'abord, comme au Canada, la tenue d'un procès peut être déplacée vers un endroit où la population est moins au fait des présumés actes criminels²⁴⁵. La plupart des crimes, en

²⁴³ *Ng c. The Queen*, précité, à la page 21; *Chesterman*, précité, à la page 125.

²⁴⁴ *Fittock c. The Queen*, (2003) 197 A.L.R. 1 (HC).

²⁴⁵ *Chesterman*, précité à la page 88, plus particulièrement en ce qui a trait aux autorités mentionnées à la note 109; Plus récemment, voir *R. c. Gojanovic*, 2005 VSC 9.

Australie, font l'objet d'une poursuite de la part de procureurs d'états ou de territoires, en vertu de la législation criminelle étatique ou territoriale en vigueur. Par conséquent, les changements de lieu se produisent généralement à l'intérieur de la juridiction locale Le Commonwealth, toutefois, a édicté certaines lois pénales et la législation fédérale envisage les changements de lieu d'un état à un autre, ce qui ne se produit cependant que dans des circonstances très limitées²⁴⁶. Deuxièmement, le tribunal peut ordonner que soient séparés les procès de deux coaccusés ou plus²⁴⁷. Enfin, la législation étatique permet que le juré puisse n'être appelé que par son numéro, et non par son nom, ce qui évite toute tentative d'altération du jury, en plus de mieux garantir à l'ensemble des jurés que ceux-ci bénéficieront de l'anonymat juridique dans l'ensemble du processus judiciaire²⁴⁸.

Royaume-Uni

En Angleterre et au pays de Galles, il n'existe aucun droit constitutionnel (ou autre) en matière de procès devant juge et jury²⁴⁹. En fait, dans la pratique, à peine 1 % des causes criminelles au Royaume-Uni se déroulent sous forme de procès devant jury²⁵⁰.

Avec les années, le processus du procès devant jury a subi plusieurs modifications importantes : en 1967, on y introduisait les verdicts majoritaires; en 1972, toutes les personnes dont le nom figurait sur la liste électorale, et non plus seulement certains propriétaires fonciers, devinrent admissibles à faire partie d'un jury; et en 1988, on abolissait les récusations présomptives²⁵¹.

Au cours de la dernière décennie, des discussions ont eu cours au Royaume-Uni concernant la dimension du jury, plus particulièrement dans le cadre des causes de fraude complexes de longue durée. Le Roskill Fraud Trials

²⁴⁶ Par exemple, en vertu de l'article 14 de la *War Crimes Act 1945*, un accusé peut demander au tribunal d'émettre une ordonnance pour que certains chefs d'accusation fassent l'objet d'un procès dans un autre état ou territoire.

²⁴⁷ *Chesterman*, précité, à la page 88, plus particulièrement dans la note 107; *Murphy c. R.* (1989) 167 C.L.R. 94, à la page 99 (HC).

²⁴⁸ *R. c. Ronen*, 2004 NSWSC 1294, révisé le 26 avril 2005. Le résultat de cette cause semble en désaccord avec l'article 631(3.1) du *Code criminel* du Canada.

²⁴⁹ *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, par le très honorable lord juge Auld (septembre 2001), consulté à l'adresse suivante : <http://www.criminal-courts-review.org.uk/auldconts.htm>, paragr. 137 (« Auld Report »).

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*, à la page 135-6.

Committee a étudié la question en 1986, mais n'a pas jugé la question suffisamment sérieuse pour justifier des modifications juridiques²⁵².

En 1998, la UK Court Services Agency, après avoir procédé à une enquête, a découvert qu'aucune cause n'avait échoué en raison d'un défaut de conserver un nombre minimal de 9 jurés.²⁵³ On a toutefois observé que dans le cadre d'un procès pour fraude d'une durée de dix mois, le jury ne comportait plus que 9 membres durant les délibérations, ce qui incita le lord juge Auld, dans son rapport sur les tribunaux du Royaume-Uni, en 2001, à souligner qu'une telle situation [traduction] « avait dû occasionner beaucoup d'anxiété à toutes les personnes ayant pris part au procès, y compris les jurés restants²⁵⁴. »

Le rapport Auld recommandait un système de procès sans jury dans le cas des causes pour fraude complexes de longue durée.²⁵⁵ Auld recommandait également l'adoption d'un système de jurés suppléants ou de jurés de réserve à plus grande échelle en vue des procès de longue durée²⁵⁶ :

[traduction] Je recommande la mise en place d'un système qui puisse permettre aux juges, dans le cadre de procès de longue durée où ils le jugeront opportun, d'assermenter des jurés suppléants ou des jurés de réserve afin de parer à l'éventualité d'une diminution du nombre de jurés à la suite de libérations par suite de maladie ou de tout autre motif le justifiant.

Ces propositions n'ont toujours pas été mises en œuvre au Royaume-Uni. Dans le Criminal Justice Act 2003²⁵⁷, le Parlement a mis en place des dispositions permettant la tenue d'un procès par juge seul lorsqu'il existe des risques de menaces et d'intimidation à l'endroit du jury et préparé le terrain à la tenue éventuelle de procès par juge seul dans le cas des causes pour fraude particulièrement longues, complexes et graves²⁵⁸.

252 Fraud Trials Committee Report (Chairman: Lord Roskill) (HMSO, 1986), au paragraphe 7.41.

253 Auld Report, précité, à la page 142.

254 *Ibid.*, à la page 142.

255 *Ibid.*, paragr. 73-206.

256 *Ibid.*, à la page 143.

257 Sanction royale reçue le 30 novembre 2003.

258 *Criminal Justice Act* (2003), chapitre 44 (voir la note explicative jointe au projet de loi d'origine, paragr. 3-5).

Malgré l'opposition croissante²⁵⁹, lord Goldsmith, le procureur général, a annoncé, le 24 juillet 2006, que [TRADUCTION] « [L]e gouvernement travaille à la mise en œuvre d'une méthode coordonnée afin de s'attaquer à la fraude [...] et déposera un projet de loi indépendant prévoyant la possibilité de tenir des procès sans jury dans une minorité de cas visant des causes de fraude graves et sévères²⁶⁰.

Dans le contexte, la magistrature de l'Angleterre a également pris des mesures pour gérer les défis engendrés par les procès par jury longs et complexes. Le 22 mars 2005, le lord juge en chef de l'Angleterre et du pays de Galles émettait des orientations de pratique intitulées *Control and Management of Heavy Fraud and Other Complex Criminal Cases*²⁶¹. Ces orientations s'amorcent comme suit :

[traduction] Il existe un vaste consensus quant à la nécessité de gérer la durée des procès pour fraude et pour d'autres crimes complexes en deçà des limites acceptables afin :

de permettre au jury de retenir et d'évaluer la preuve qu'il a entendue. Si le procès est trop long pour que le jury puisse y arriver, cela signifie que le procès n'est pas équitable, ni pour la poursuite, ni pour la défense.

d'utiliser convenablement les ressources publiques limitées : voir Jisl [2004] EWCA Crim. 696 à [1313]- [121].

Il y a également consensus sur le principe d'interdire qu'un procès excède une période donnée, sauf dans des cas d'exception. D'aucuns parlent de trois mois; d'autres, d'une limite extrême de six mois. Peu importe le point de vue, il faut absolument ramener la durée des procès à des proportions acceptables et convenables.

259 Plus récemment, voir : « The Guardian Profile: Lord Goldsmith, Labourer's Attorney General is Preparing for Another Battle Over Fraud Trial Juries », 10 Novembre 2006 : <http://politics.guardian.co.uk/print/0,,329623948-111381,00.html>.

260 Communiqué de presse, 24 juillet 2006, « Package of Measures to Reduce Fraud Unveiled— Final Fraud Review Report Published », http://www.islo.gov.uk/pressreleases/final_fraud_review_release_24_07_06; voir également la *Law Society Gazette* du 27 juillet 2006. L'annonce du gouvernement faisait également état d'une consultation publique. On demandait les réponses pour le 27 octobre 2007. À la fin de 2006, lord Goldsmith comptait toujours [traduction] « amorcer une troisième tentative visant à faire adopter un projet de loi qui permettrait qu'environ une douzaine des procès de fraudes les plus complexes soient, chaque année, confiés à un juge seul, qui sans jury, émettrait un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité dans le dossier » : Guardian Unlimited, 10 novembre 2006, « The Guardian Profile: Lord Goldsmith », par Clare Dyer.

261 Ces orientations figurent à l'adresse suivante : http://www.dca.gov.uk/criminal/procrules_fin/contents/pd_protocol/pd_protocol.htm; Dans la même veine, au Canada, voir « The Report of the Chief Justices Advisory Committee on Criminal Trials in the Superior Court of Justice », qui figure sur le site Web de la Cour supérieure de justice : <http://www.ontariocourts.on.ca/scj.htm>.

Tout en soulignant que [traduction] « [L]a meilleure technique concernant les procès de longue durée est une gestion continue assurée par un juge d'expérience nommé à cette fin », les orientations de pratique stipulent que le juge se doit [TRADUCTION] « d'exercer une influence considérable et utile en soutenant clairement que, de façon générale, la durée d'un procès devrait se situer en deçà de limites maniables : » — une durée de trois mois constitue la limite extrême ciblée, bien que dans des cas d'exception, il se peut que le procès doive durer six mois ou plus.

Les orientations de pratique émises au Royaume-Uni s'apparentent, à maints égards, au rapport réalisé récemment par le comité consultatif sur les procès criminels en Ontario. En 2002, l'article 482.1 du Code criminel a été modifié de façon à permettre aux tribunaux de fixer des règles de gestion des procès. Les travaux du comité consultatif ont mené à la réalisation de règles de procédures criminelles, en vigueur en Ontario depuis le 16 octobre 2006. La tenue de conférences préparatoires au procès, normalisées et officielles, constituent désormais une caractéristique importante de ces règles révisées²⁶².

Nous ignorons toujours si les règles de pratiques du Royaume-Uni fonctionneront, ou s'il s'agit simplement de vœux pieux. Certains éléments, toutefois, méritent discussion. Les orientations devaient, évidemment, demeurer à l'intérieur du cadre juridique. Elles tentent une stratégie « d'évitement » — mais si la politique n'évite pas un mégaprocès dans un cas en particulier, l'on fera sans doute face à des problèmes liés au jury. Soulignons également que le document vise exclusivement les procès pour fraude, bien que cela soit compréhensible, compte tenu des controverses qui avaient cours au Royaume-Uni à l'époque. À mon avis, toutefois, l'enjeu est beaucoup plus vaste et il vaudrait mieux investir des énergies à viser tous les procès complexes de longue durée au lieu de tenter de régler une forme de procès liée à une controverse politique. Les procès pour terrorisme, qui sont généralement d'assez longue durée, risquent d'engendrer une évolution de ce dossier. Le fait de s'attaquer aux problèmes des mégaprocès de façon globale comporte également l'avantage de réduire l'éventuelle perception d'injustice à l'endroit des gens accusés d'actes criminels relevant d'une catégorie particulière, que ce soit la fraude ou le terrorisme.

262 Le rapport du Comité consultatif et son résumé figurent sur le site Web de la Cour supérieure de justice de l'Ontario : <http://www.ontariocourts.on.ca/superior>.

PARTIE VII

Procès terroristes de l'avenir — options de réforme

a) Observations générales

Les prochains procès terroristes doivent relever trois défis très importants : premièrement, 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 accuse.

Ces trois défis essentiels s'entrecroisent à plusieurs niveaux et, tout à tour, donnent libre cours aux sept principes fondamentaux sous-jacents à l'étude que j'ai expliquée dans la Partie II. Une procédure qui semble juste, ouverte et raisonnable aura plus de chances, sur la scène internationale, d'être considérée comme légitime et efficace; de plus, le désir politique de « légitimiser » une procédure de la justice pénale nationale aboutira probablement à une procédure raisonnable au niveau de l'ampleur, facile à comprendre et conforme aux principes d'équité reconnus à l'échelle internationale. Les perceptions de la légitimité et de l'équité sont davantage mises en valeur quand les réformes sont enracinées dans des structures et des procédures judiciaires actuelles et bien établies. Un processus judiciaire juste, raisonnable au niveau de l'ampleur et facile à comprendre a moins de chances d'aboutir à de mauvaises condamnations et améliore la fonction de recherche de la vérité des procès criminels.

Il est important de reconnaître que ces défis, particulièrement la capacité de gestion, ne se limitent pas qu'aux procès terroristes. Ils touchent aussi les poursuites judiciaires liées aux bandes, les cas complexes de fraude, les complots criminels et pratiquement toute infraction importante impliquant de multiples accusés et accusations reconnus pour leur fréquence pendant une période prolongée. Par conséquent, le problème ne représente pas le nouveau visage du terrorisme; il s'agit plutôt de l'apparition de soi-disant mégaprocès dans pratiquement tous les systèmes anglais de justice pénale. Il est important de faire remarquer également qu'une forte réaction aux mégaprocès de cette nature ne comportera pas l'inconvénient d'isoler les procès terroristes pour leur accorder des mesures particulières.

Pour cette raison, les réformes dont il est question dans cette partie ne sont pas « particulières au terrorisme ». Elles sont plutôt axées sur trois objectifs généraux : ralentir les mégaprocès, s'assurer qu'un juge des faits compétent est choisi pour étudier le dossier de façon équitable et entière et s'assurer que, même dans les procédures prolongées, la question peut en fait aboutir à une décision conforme aux lois et aux procédures applicables à toutes les affaires criminelles. En poursuivant ces objectifs, il est très important que les réformes proposées respectent les droits individuels et, en même temps, tiennent compte des intérêts plus généraux du public.

Les Canadiens ne sont pas reconnus pour être dogmatiques ou rigides dans leur approche à la résolution de problèmes. Nous avons tendance à être pratiques, à nous inspirer des réussites des autres, à souvent chercher un compromis ou une « position intermédiaire » qui reconnaît le fait que nous vivons dans grand pays dont la population est peu dense et souvent dominée par nos voisins du Sud. Nous reconnaissons également que nous sommes le produit de deux nations fondatrices, mais que notre système de justice pénale provient, presque exclusivement, de la Grande-Bretagne.

En un mot, nous sommes flexibles, bien que nous reconnaissions le besoin de nous positionner dans notre propre cadre constitutionnel moderne et au sein des autres communautés en général. Je constate ces faits pour une simple raison. Le Canada, à différentes époques de son histoire, a eu recours, ou à tout le moins, a frôlé de nombreuses formes structurelles maintenant discutées à l'échelle internationale : nous avons été souples sur la constitution du jury, jusqu'à réduire le nombre de jurés à six dans des régions peu peuplées du Canada; nous autorisons présentement aux juges de première instance d'inscrire des jurés « de substitution » dans la liste du jury; les procès pour crimes graves de l'époque pré victorienne sont réputés pour leurs tribunaux composés de trois juges et du jury; des « jurys particuliers » étaient disponibles dans les cours criminelles à l'époque précédant la Confédération; le Canada a été l'un des premiers pays du Commonwealth à permettre à un seul juge de mener un procès de façon courante pour les crimes graves.

Malgré ce niveau de souplesse, nous faisons maintenant face à la perspective d'aboutir à des procès qui s'effondrent sous leur propre fardeau et de ne pas obtenir de jugement sur des accusations graves. En effet, cette situation s'est déjà produite. Les recommandations suivantes

visent à éviter cette perspective et à insuffler un sentiment de confiance dans le système de justice pénale du Canada, tant aux échelles nationale qu'internationale.

b) Procès devant juge et jury : le centre du tourbillon de la réforme

Inévitablement, le jury est au centre de presque toutes les réformes structurelles proposées pour s'occuper de procès interminables et complexes. Les raisons ne sont pas surprenantes.

Dans les débuts, lorsque le modèle de jury traditionnel a été conçu, les procès étaient relativement courts : jusqu'à 25 litiges pouvaient être entendus par un seul juge et jury en l'espace de 12 heures. La plupart ne duraient que de 15 à 20 minutes; un litige complexe pouvait nécessiter 30 minutes. Les jurés étaient habituellement choisis « tel quel », avec très peu de défis et il n'y avait aucun voir-dire; l'accusé n'avait pas d'avocat bien souvent, les directives au jury étaient surtout faites pour la forme et les délibérations étaient brèves²⁶³.

Par conséquent, la justice était « rapide ». Les mémoires de la preuve des jurés étaient fraîches. Les directives n'étaient presque pas nécessaires pour les faits de la cause et personne ne prenait de notes. Pratiquement personne n'entendait parler des procès nuls qui survenaient en raison de la perte d'un juré. Les faits de la cause étaient simples, les questions évidentes et la réaction des jurés était presque instantanée²⁶⁴.

²⁶³ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial* (Oxford University Press: Oxford, 2003) aux pages 16 à 23 [John Langbein est Sterling Professor de droit et d'histoire juridique à la Yale Law School. Il a écrit beaucoup d'ouvrages sur les procès, les jurys et leur origine]; Douglas G. Smith : "The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform", 25 Hofstra L. Rev. 377 (1996) à la page 405.

²⁶⁴ *Ibid.*

Toutes ces façons de faire ont changé lors que nous sommes passés à la deuxième moitié du XXe siècle. Des procédures prolongées rendent maintenant la vie impossible aux systèmes de justice pénale du Canada, des États-Unis, de l’Australie et du Royaume-Uni²⁶⁵. Les systèmes de justice pénale anglaise sont confrontés à la même question fondamentale : est-ce que le modèle de jury traditionnel représente le meilleur mécanisme pour entendre des causes interminables et complexes ou faut-il procéder à des changements? La partie qui suit comporte les options principales disponibles pour le gouvernement et l’appareil judiciaire.

c) Constitution du jury : douze par opposition à six

Le jury de la cour criminelle au Canada a été composé traditionnellement de 12 membres. Pourquoi 12? Pourquoi pas dix ou huit? Ou même six? L’histoire ne donne que très peu de réponses à cette question. En 1970, la Cour suprême des États-Unis concluait que la constitution de 12 jurés était un « accident historique », inutile à réaliser les objectifs du système pénal et complètement sans importance « sauf pour les mystiques »²⁶⁶. Avec les années, les Commissions de réforme du droit et les érudits ont émis des conclusions similaires²⁶⁷.

En pratique, le nombre de jurés varie grandement entre les territoires. Au Canada, la norme est de 12. En Écosse, un jury est composé de 15 personnes²⁶⁸. Aux États-Unis et en Australie, la norme est de 12 au niveau

²⁶⁵ Le 22 mars 2005, le Lord juge en chef d’Angleterre a publié des instructions relatives à la pratique intitulées “Control and Management of Heavy Fraud and Other Complex Criminal Cases”. Il s’agit d’un protocole visant à s’assurer « que la durée actuelle des procès est ramenée à une période acceptable et adéquate ». De plus, en 1997, le directeur des poursuites criminelles pour le Commonwealth d’Australie a constaté que les procès de fraude complexes ont dégénéré en litiges en Australie, et ce, au point de devenir des « mégaprocès d’ampleur démesurée » : “The Adversarial Model in the Criminal Justice System: What Change is Happening?”, exposé de B. Martin, présenté aux directeurs des organismes poursuivants à la Conférence du Commonwealth, du 23 au 26 septembre 1997, à Wellington, Nouvelle-Zélande. Dans R. c. Ng. [2003] HCA 20, Kirby, J. a remarqué que « les procès devant jury durent habituellement plus longtemps que ceux du début du siècle ou, en effet, ceux qui ont eu lieu jusqu’à la dernière partie du XXe siècle ». Dès 1961 aux États-Unis, on constatait que quatre jurés suppléants n’étaient peut-être pas suffisants pour certains procès criminels de longue durée : USCS Fed. Rules Crim. Proc. R.24 (note du comité consultatif sur les modifications de 1996).

²⁶⁶ *Williams c. Florida*, 399 U.S. 78, à la page 102 (1970); pour une opinion opposée, voir Robert H. Miller “Six of One is Not a Dozen of the Other: A Re-examination of *Williams v Florida* and the Size of State Criminal Juries”, 146 U.P.A.L. Rev. 621 (1998) à la page 632 et seq.

²⁶⁷ Douglas G. Smith, précité, à la page 396; Sir Patrick Devlin, *Trial by Jury* (Londres : Stevens et Fils, 1956) aux pages 8 et 9; *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, par le très honorable Lord juge Auld (septembre 2001) à la page 142; Commission de réforme du droit (Nouvelles-Galles-du-Sud), « Rapport 48 » (1986)— Procédure criminelle : le jury dans un procès criminel, “Avoiding the Diminution of the Jury”, paragr. 10.12.

²⁶⁸ The Auld Report, précité, à la page 142; Commission de réforme du droit (Nouvelles-Galles-du-Sud), précité, “The Size of The Jury”, note de bas de page 27.

fédéral, bien qu'au niveau de l'État, les deux pays permettent par une constitution un jury composé de six personnes et c'est ce type de jury, en fait, qu'ils utilisent²⁶⁹.

La question décisive est de se demander s'il faut réduire la composition du jury au Canada — probablement à six. Certains prétendent que les coûts du système de la justice pénale sont de plus en plus pénibles à assumer et que la réduction du nombre de jurés représente une étape essentielle pour réaliser des économies et atteindre une certaine efficacité. Cependant, il y a relativement peu de procès par jury et les données disponibles ont tendance à suggérer qu'une réduction du nombre de jurés n'exercerait pas d'effet perceptible sur les budgets provinciaux. La Commission de réforme du droit du Canada a conclu qu'un pour cent de l'administration du budget lié à la justice est consacré à la recherche des jurés. De plus, comme le présent document l'indique dans une autre partie, moins d'un pour cent des causes au Royaume-Uni et en Australie nécessite un procès par juge et jury.

En 1980, la Commission de réforme du droit du Canada a conclu que « le développement apparemment désordonnée par essais et erreurs du jury a peut-être abouti à une composition du jury qui incarne plus de sagesse que certaines explications après coup laisseraient supposer »²⁷⁰.

Les discussions sur la question tendent à favoriser le maintien d'un jury composé de 12 jurés. Les décisions rendues par des jurys de 12 membres ont plus de chances de refléter l'opinion d'un échantillon représentatif de la communauté, puisqu'une sélection au hasard de 12 membres représentera beaucoup plus la population qu'un groupe de six membres choisis au hasard²⁷¹. De manière significative, particulièrement dans un environnement multiculturel comme au Canada, les opinions des minorités ont plus de chances d'être représentées et introduites dans les délibérations d'un jury de 12 membres²⁷².

269 Michael Chesterman, "Criminal Trial Juries in Australia: From Penal Colonies to a Federal Democracy", 62 *Law and Contemp. Prob.* 69 (1999) à la page 78; *Williams c. Florida*, précité; *Cabberiza c. Moore*, 217 F.3d 1329, cert. refusée 531 US 1170; Commission de réforme du droit (Nouvelles-Galles-du-Sud), précité, paragr. 2.22; Commission du droit de réforme (Victoria), Rapport final, Volume 3, chapitre 2 — Juries and Complex Trials par Mark T. Cowie : <http://www.parliament.vic.gov.au/lawreform/jury/jury5/chap2.html>; *Ballaw c. Georgia*, 435 US 223 (1978); Robert H. Miller, précité, à la page 645 et seq.

270 Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 27, « Le jury dans les procès criminels » (Ottawa : 1980) à la page 33.

271 Commission de réforme du droit du Canada, précité à la page 35; Commission de réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud), précité, paragr. 2.23; Commission de réforme du droit (Victoria), précité, paragr. 2.215; Robert H. Miller, précité, à la page 664.

272 *Ibid.* (tous).

Comme la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles-du-Sud le déclare en 1986 ²⁷³ :

[traduction] « Un parti pris ou un préjugé en particulier a beaucoup moins de chances de prendre de l'importance dans un jury de 12 membres que dans un groupe moins nombreux. Il est peu probable que les préjugés individuels d'un si grand nombre de jurés sont tous orientés dans la même direction. Il y a plus de chances que les préjugés existants tombent l'un après l'autre lorsque les 12 membres se consultent. »

Un plus grand jury sera probablement un organisme d'enquête factuelle plus précis : il est également plus probable qu'un membre du jury se souvient d'informations importantes et qu'il y ait un plus large éventail d'expériences de vie et de travail avec lequel le jury peut évaluer les preuves et les plaidoiries²⁷⁴.

Autrement dit, il existe une « préférence pour le bon sens collectif du jury »²⁷⁵. Aussi, une Commission de réforme du droit en Australie a conclu, en s'appuyant sur des preuves empiriques, que « les décisions de six membres d'un jury sont moins prévisibles que celles d'un jury plus grand »²⁷⁶.

Il semble raisonnable de penser également qu'un jury de 12 membres a moins de chances de subir l'influence d'un « excentrique » ou d'un juré « malveillant »²⁷⁷. De même, un plus grand jury aura des discussions plus sérieuses et plus rigoureuses en cherchant à découvrir la vérité, réduisant ainsi le risque de condamnation injustifiée.

D'autre part, des procès extrêmement longs peuvent causer des ennuis et des perturbations dans la vie de certains jurés. Cependant, cette perspective peut être atténuée grâce au processus de sélection du jury dans des causes individuelles. Ceux qui désapprouvent ou qui pensent ne

²⁷³ Commission de réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud), *précité*, paragr. 2.23.

²⁷⁴ Commission de réforme du droit du Canada, *précité*, à la page 35; Commission de réforme du droit (Victoria), *précité*, paragr. 2.212; néanmoins, la Cour suprême des États-Unis semble avoir abouti à une conclusion différente : *Williams c. Florida*, 399 US 78 (1970).

²⁷⁵ Commission de réforme du droit (Victoria), *précité*, paragr. 2.220.

²⁷⁶ Commission de réforme du droit (Victoria), *précité*, paragr. 2.215; en général, voir Robert H. Miller, *précité*.

²⁷⁷ Probablement pour des raisons de nature historique, la documentation australienne a tendance à être axée sur le soi-disant juré « malveillant ». Au Canada, la cause bizarre de Gillian Guess nous vient à l'esprit : *R. c. Guess* (2000), 150 CCC (3d) 573 (BCCA) — encore que Mme Guess soit plus précisément perçue comme jurée corrompue que comme jurée rebelle ou indisciplinée. Dans ce contexte, on peut également faire référence à *R. c. Vezina et Cote*, [1986] SCR 2.

pas pouvoir participer à un procès de longue durée peuvent être éliminés au préalable à l'étape administrative ou ils peuvent soulever la question au tribunal une fois qu'ils sont assignés à témoigner²⁷⁸. De plus, comme je le souligne plus loin dans la présente partie, il ne devrait pas y avoir de mégaprocès de toute façon : les deux conseils, le juge de première instance et le juge général ont la responsabilité de s'assurer que la cause est bien ciblée et raisonnable.

À mon avis, la validité d'une réduction du nombre de jurés n'a pas été établie. Il n'y a aucune preuve qui démontre que la réduction du nombre de jurés de 12 à six améliorerait la performance ou la pertinence des procès devant jury. En effet, il y aurait de bonnes raisons de croire que le contraire est vrai²⁷⁹. Selon moi, le jury pour un procès criminel au Canada devrait continuer de comprendre 12 personnes.

d) Jurés supplémentaires ou suppléants : gérer la diminution du jury

Dans la Partie V, j'ai mentionné qu'en 2002, le Code criminel a été modifié pour prendre des mesures en vue de sélectionner des « jurés suppléants »²⁸⁰. Il s'agit là d'un progrès important dans nos procédures criminelles, mais cet événement n'a pas fait trop de bruit et étonnement, a reçu bien peu ou pas d'attention dans la littérature canadienne depuis que ce changement a eu lieu.²⁸¹

Le concept canadien de jury suppléant est problématique et comporte très peu de crédibilité pour deux raisons fondamentales. Premièrement, seulement un ou deux jurés suppléants peuvent se présenter au procès. Ce nombre n'est pas suffisant dans le cas d'un mégaprocès terroriste.

²⁷⁸ Article 632, *Code criminel* ; *R. c. Walizadah*, [2003] O.J. No 284 (S.C.J.).

²⁷⁹ Mon opinion ne s'appuie pas sur un motif constitutionnel; je pense plutôt que les arguments pour la réduction du jury n'ont pas été démontrés à ce stade de l'histoire. De plus, veuillez noter que plus loin dans cette partie, je conclus qu'un procès devant seulement un juge peut être préférable quand les intérêts de la justice, particulièrement le droit à un procès équitable, sont vraiment compromis par un procès d'ampleur démesurée.

²⁸⁰ SC 2002, c.13, s.52; voir *précité*, note de bas de page 186 et texte d'accompagnement. L'utilisation de 12 jurés et de deux personnes suppléantes remonte à aussi loin qu'aux réformes de 1864 en Russie: John c. Coughenour, "Canary in the Coalmine: The Importance of the Trial Jury", 26 *Seattle Univ. L. R.* 399 (2003) à la page 401.

²⁸¹ Cependant, cette structure législative a été envisagée par Ewaschuk, J. dans *R. c. Walizadah* [2003] O.J. No 284 (SCJ) où le juge de première instance a constaté que les modifications offraient des avantages restreints. De façon intéressante, la sélection de deux jurés suppléants faisait partie de la constitution du jury utilisée pendant des décennies en Alberta, et ce, bien avant que ces modifications n'entrent en vigueur. La Cour d'appel dans cette province a déclaré que cette pratique n'a pas entraîné d'erreur juridictionnelle : *R. c. Cruickshank*, 2002 Alta. D. Crim. J. 2148.

Deuxièmement, les mesures de protection respectant le nombre de jurés sont prises dans les formalités initiales du déroulement de la procédure, et non durant le procès, là où elles sont les plus nécessaires. En d'autres mots, les modifications de 2002 visaient à s'assurer que le procès commence avec 12 jurés. Les jurés suppléants sont ensuite immédiatement renvoyés. Si le procès dure 18 ou 24 mois, par exemple, seulement deux jurés peuvent être renvoyés pour toute la présentation des témoignages, les plaidoiries des avocats et les délibérations du jury. Si, pour une raison ou pour une autre, trois jurés doivent être renvoyés, un juge de première instance n'a pas d'autre choix que de déclarer le procès nul. Après 18 mois de témoignages ou plus, le procès devient tout simplement catastrophique pour toutes les parties concernées, y compris le public²⁸².

Selon moi, il devrait y avoir deux objectifs dans ce domaine du droit²⁸³. Premièrement, un nouveau système législatif doit garantir que le procès commence avec au moins 12 jurés. Deuxièmement, la législation doit garantir, ou au moins maximiser la perspective voulant que 12 jurés iront dans la salle des jurés pour délibérer sur le sort de l'accusé à la fin du procès²⁸⁴.

Comme je l'ai indiqué précédemment, la législation dans l'État de Victoria en Australie fournit un modèle raisonnable qui atteint ces deux objectifs²⁸⁵. Dans cet endroit, un jury est composé de 12 personnes²⁸⁶. Le juge de première instance a le pouvoir d'ordonner la constitution du jury en y ajoutant jusqu'à trois jurés supplémentaires²⁸⁷. Par conséquent, le procès peut se poursuivre avec 15 jurés. Il n'y a aucun juré suppléant « de deuxième catégorie » : ils ont tous le même statut et continuent d'être présents durant tout le procès pour entendre tous les témoignages. Durant le procès, le juge de première instance a le pouvoir de renvoyer un juré s'il est malade, s'il manque d'impartialité, s'il a une incapacité de droit ou s'il a une autre bonne raison²⁸⁸. Cependant, la constitution du jury ne peut être réduite à un nombre inférieur à dix²⁸⁹. S'il y a plus de 12 jurés qui restent au moment où le jury est sur le point de partir, un vote

282 À cet égard, on peut faire référence à : Commission de réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud), *précité*, paragr. 10.24.

283 *Ibid.* paragr. 10.15.

284 *Ibid.* paragr. 10.12.

285 *Loi sur les jurys* 2000 (Vic.), Numéro de Loi 53/2000; de plus, on peut faire référence au Rapport de la Commission de réforme du droit (Victoria), *précité*, paragr. 2.212 et seq.

286 *Loi sur les jurys* 2000, *précité* à l'article 22.

287 *Ibid.* à l'article 23.

288 *Ibid.* à l'article 43.

289 *Ibid.* à l'article 44.

est alors entrepris pour sélectionner les 12 jurés qui commenceront en fait les délibérations. Si le premier juré est choisi durant le processus de vote pour l'exclusion, personne n'en tient compte et le premier juré reste dans le jury²⁹⁰.

Ce modèle comporte plusieurs avantages. Le procès commence avec 12 jurés, probablement plus. Ce qui évite l'impression que certaines personnes sont de « vrais jurés » alors que d'autres ne sont que des « suppléants ». Toutes les personnes sont des « jurés » jusqu'à la fin des témoignages.

La Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles-du-Sud a examiné les différents modèles pour des jurés suppléentaires et a conclu ce qui suit ²⁹¹ :

[traduction] « Selon nous, le concept de "juré suppléentaire" représente la solution de rechange la plus souhaitable des deux. L'American Bar Association exprime le commentaire suivant sur l'avantage d'utiliser le système de "juré suppléentaire". »

Le recours au système de juré suppléentaire a parfois servi de motif pour justifier qu'il est peu souhaitable de donner à un juré, concerné par la décision d'une cause, un statut de seconde classe durant certaines périodes du procès ou pendant toute sa durée, c'est-à-dire que si une personne est désignée juré suppléant dès le début, elle peut ne pas prendre son travail au sérieux, car les chances de substituer les jurés réguliers ne sont pas tellement grandes. D'autre part, dans les cas où un ou deux jurés suppléentaires sont choisis, chaque membre du groupe de 13 ou 14 personnes sait que même si aucun juré n'est retiré de ses fonctions, il a néanmoins une chance très élevée de participer aux délibérations.

290 *Ibid.* à l'article 48; le président du jury a assumé, à ce stade, un rôle de leadership dans le jury, et a été choisi par le jury élargi au début du procès : voir la discussion sur cette question dans le Rapport de la Commission de réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud) paragr. 10.20. De plus, on peut faire référence à *R. c. Ng*. [2003] HCA 20 où, comme cela s'est produit, la carte du président a été la première tirée au hasard pour exclusion, et le juge de première instance a ordonné que le président se retire avec le jury pour considérer son verdict.

291 Commission de réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud), *précité*, paragr. 10.18.

Le très honorable Lord juge Auld a exprimé une opinion similaire dans son Rapport au gouvernement britannique en 2001. Pour éviter un éventuel « manque d'engagement » à la cause, il a déclaré que tous les jurés devraient être assermentés et traités exactement de la même façon durant tout le procès²⁹².

Le modèle de jury mis en in place à Victoria, de même que ceux recommandés par la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Galles-du-Sud et le Lord juge Auld, maximisent la perspective qu'un jury complet de 12 membres se retirera éventuellement pour délibérer. Quoi qu'il en soit, la législation de Victoria fournit une mesure de protection comportant deux réductions postsubmission au jury. Même dans le mégaprocès le plus long, on doute que les délibérations durent plus de deux semaines, ainsi, la « garantie » de deux réductions ne semble pas déraisonnable.

Même le modèle de Victoria peut être amélioré. Des jurés supplémentaires peuvent être nécessaires dans une grande variété de circonstances — le procès d'Air India, par exemple, aurait pu durer trois ans²⁹³. Il peut s'avérer préférable de donner compétence à un juge de première instance pour permettre plus de trois jurés supplémentaires — peut-être quatre ou même six, comme aux États-Unis, dans des circonstances où on prévoit que le procès va durer plus de trois mois²⁹⁴. Dans les autres options pour ce type de procès, il peut être recommandé de réaffirmer que le nombre peut baisser à dix, mais que c'est à la discrétion du juge de première instance de permettre une autre diminution, si, dans une cause individuelle qui a duré plus de six mois, une telle décision semble nécessaire aux intérêts de la justice²⁹⁵. Une réduction qui dépasse neuf jurés, ou à la rigueur, huit, il me semble cependant que le jury commence à perdre de son caractère fondamental à titre de commission d'enquête factuelle typique et efficace²⁹⁶.

292 Rapport Auld, *précité* à la page 142.

293 Michael Code et Robert Wright, Q.C., "Air India Trial: Lessons Learned", *précité*, page 3.

294 La Commission de réforme du droit de Nouvelle-Galles-du-Sud a recommandé que les jurés supplémentaires soient disponibles quand il est prévu que le procès dépasse trois mois : voir le Rapport, *précité* à la recommandation qui vient immédiatement après le paragr. 10.15.

295 Neuf est le nombre minimum au R.-U. : voir le Rapport Auld à la page 142.

296 La Commission de réforme du droit de Nouvelle-Galles-du-Sud a recommandé un nombre de base de huit jurés, bien que les commissionnaires partagent des idées opposées sur la question : Rapport, *précité*, paragr. 10.24. Il faut également prendre en note qu'un projet de loi canadien présentée au Parlement en 1984 proposait un nombre de base de huit jurés lorsque le procès dépasse 30 jours. Le projet de loi a été critiqué et n'a pas été adopté : Commission de réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud), *précité* paragr. 10.26.

La combinaison de ces réformes éventuelles — quatre jurés supplémentaires et un jury minimum réduit — diminue considérablement le risque de faire échouer un procès interminable en raison du nombre de jurés qui a subi une réduction inacceptable²⁹⁷. Le procès peut commencer avec un jury accru de façon considérable; tout le monde est sur un pied d'égalité; l'objectif consiste à avoir 12 jurés qui se retireront dans la salle des jurés; le jury peut être diminué à dix, et même à un nombre inférieur dans des circonstances exceptionnelles. Cependant, cette démarche nécessiterait l'exemption d'un nombre important de jurés — ce qui représente une situation très improbable, même dans un procès interminable²⁹⁸.

En résumé, je crois que le Canada a besoin d'une nouvelle structure pour gérer la diminution du jury. À mon avis, le juge de première instance devrait avoir le pouvoir de choisir jusqu'à 16 jurés, y compris quatre jurés supplémentaires, dans les cas où on prévoit que le procès durera très longtemps. Le juge de première instance devrait continuer d'avoir le pouvoir d'exempter des jurés en s'appuyant sur l'article 644(1) du Code criminel. Si plus de 12 jurés sont encore là à la fin des témoignages, il faut alors procéder à un vote pour déterminer les 12 jurés qui entreront dans la salle des jurés pour commencer les délibérations, les autres étant exemptés d'autres fonctions dans la cause. Je pense également que nous devrions garder la structure actuelle du Code criminel en vertu duquel le jury peut être réduit à dix — mais laisser le juge de première instance décider s'il faut réduire le nombre à neuf ou peut-être même à huit si le procès est prolongé de beaucoup et qu'une telle décision est nécessaire aux intérêts de la justice.

e) Juge suppléant dans un procès devant juge et jury

Dans la Partie V, j'ai indiqué que le Code criminel prévoit la sélection d'un juge suppléant quand le juge de première instance décide ou ne peut continuer le procès. Cependant, dans une cause avec seulement un juge, les témoignages doivent être présentés de nouveau, et dans un procès devant juge et jury, le juge suppléant peut continuer le procès ou tout

²⁹⁷ Voir Commission de réforme du droit (Victoria), *précité*, paragr. 2.218.

²⁹⁸ Un projet de loi canadien présenté au Parlement en 1984 proposait un nombre de base de huit jurés. Ce projet de loi a été considérablement critiqué. Voir Commission de réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud) paragr. 10.26; en 2005, un groupe national canadien composé d'avocats de la défense, de procureurs de la Couronne et de la magistrature a rédigé un rapport intitulé « L'efficacité et l'accès en matière de justice », lequel suggérait que le nombre de jurés soit diminué à neuf ou huit, option soumise à un examen plus approfondi dans le cadre constitutionnel : http://www.justice.gc.ca/en/esc-cde/mega_r.html.

recommencer²⁹⁹. Dans le contexte d'un mégaprocès terroriste, les coûts, de même que les conséquences néfastes sur les parties, les témoins et les jurés, et l'impact sur le public pourraient être énormes si le procès doit recommencer.

Dans pratiquement tous les longs procès criminels, la Couronne est représentée par une équipe de procureurs de la Couronne, dont un assume le rôle de « quart-arrière ». La même chose s'applique habituellement à la défense. Si un système de jurés supplémentaires est mis en œuvre, le juge de première instance devient manifestement le « maillon faible » dans un processus qui pourrait, sans crier gare, entraîner la fin prématurée d'un très long procès.

Premièrement, voici un certain contexte juridique. Des juges suppléants ont été nommés dans les procès de Nuremberg qui ont suivi la Seconde Guerre mondiale — mais depuis ces événements, il y a eu très peu de cas de « substitution » de juges approuvée juridiquement. Les systèmes de justice pénale n'ont pas recours à cette option aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Australie ou en Nouvelle-Zélande. Cependant, cette méthode a été envisagée et utilisée dans des forums internationaux, et dans des tribunaux particulièrement mis sur pied pour entendre certaines questions dont la durée est indéterminée.

Le modèle de procès de juges suppléants qu'a connu le dossier Nuremberg a été adopté dans le Statut de la Cour internationale de Justice, établi par la Charte des Nations Unies³⁰⁰. La Cour internationale de Justice est un organisme de juges indépendants qui examinent des questions que des parties leur acheminent pour le Statut de la Cour internationale, particulièrement l'interprétation d'un traité, de questions en matière de droit international et de violations présumées d'obligations internationales³⁰¹.

De même, des juges suppléants ont été recommandés pour les cours d'appel de circuit aux États-Unis³⁰². Cette option a également été adoptée

299 Voir précité, note de bas de page 200 *et seq.* et texte d'accompagnement.

300 Article 29, lequel stipule que la cour doit chaque année former un cabinet composé de cinq juges, qui peut entendre et déterminer des causes par procédure sommaire, et que deux juges supplémentaires doivent être choisis pour remplacer les juges qui sont dans l'impossibilité de siéger : <http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasicstatute.htm>.

301 *Ibid.*, articles 2 et 36; voir Larry D. Johnson, "Ten Years Later: Reflections on the Drafting", 2004 Oxford University Press ICJ 2.2 (368).

302 R Mathew Pearson, *Duck Duck Recuse? Foreign Common Law Guidance and Improving Recusal of Supreme Court Justices*, 62 Wash. & Lee L. Rev. 1799 (2005).

en Afrique du Sud pour mettre en œuvre le Statut de Rome de la Cour pénale internationale³⁰³ et dans le Iraqi Special Tribunal établi pour prononcer les crimes présumés contre l'ancienne dictature à Bagdad³⁰⁴.

À première vue, la nomination de juges suppléants dans un long procès est une option logique. Cependant, quels sont les arguments contre la nomination de juges suppléants, et pourquoi très peu de structures législatives l'adoptent?

Sans aucun doute, les ressources constituent l'obstacle majeur. Quel gouvernement ou organisme judiciaire a la capacité de nommer un juge suppléant, « de rechange », pour siéger à un procès de deux ans, au cas où le juge principal décède ou ne peut continuer son procès? Dans un petit territoire, mettre un juge de côté provisoirement est pratiquement impossible : par exemple, l'Île-du-Prince-Édouard, les Territoires du Nord-Ouest, le Nunavut et le Yukon ont seulement de deux à cinq juges de cour supérieure initialement³⁰⁵. Certaines de ces juridictions comptent beaucoup sur la nomination de juges « délégués » du Sud du Canada, mais est-il réaliste de croire que même les juges délégués peuvent agir comme juges suppléants dans des procédures prolongées?

Les juges suppléants sont utiles dans des causes prolongées et individuelles, mais il existe des problèmes pratiques importants qui doivent être abordés.

Par conséquent, je crois que le gouvernement du Canada doit penser à modifier le Code criminel pour assurer la présence de juges suppléants dans les procès devant juge et jury qui durent plus d'un an et, compte tenu de cette question, le gouvernement doit d'abord consulter le Conseil canadien de la magistrature, l'Association du Barreau canadien et tous les ministres responsables de la justice au Canada.

f) Procès devant trois juges sans jury

Le paragraphe b (vi) du mandat de l'enquête sur la tragédie d'Air India demande des conseils sur la question : « y aurait-il avantage à faire

303 Loi sur la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 2002 SA droit pénal 27, qui stipule dans l'article 74 (1) qu'un ou plusieurs juges suppléants doivent être présents à chaque étape du procès et peuvent remplacer un membre de la Chambre de première instance si ce membre ne peut continuer d'assister au procès.

304 Salvatore Zappala, "The Iraqi Special Tribunal's Draft Rules of Procedure and Evidence—Neither Fish nor Fowl?", 2004 Oxford University Press ICJ 2.3 (855).

305 L'Î.-P.-É. en a cinq, les T.N.-O. et le Nunavut en ont trois et le Yukon en a deux.

entendre les causes sur des actes terroristes par une formation de trois juges? » La question soulève deux problèmes distincts et fondamentaux : est-ce qu'un procès devant seulement un juge est possible? et le cas échéant, est-ce qu'un tribunal peut ou doit entendre la cause? Je vais me pencher sur ces deux questions.

Dès le début, il faut reconnaître que les procès terroristes impliquent sans aucun doute des infractions entraînant une punition maximale de cinq ans ou plus d'emprisonnement. L'article 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés jouera donc un rôle actif, exigeant un procès devant jury à moins que les accusations ne soient portées en vertu du droit militaire et entendues devant un tribunal militaire.

Selon moi, il y a seulement deux options qui permettent un « procès sans jury » dans une cause terroriste entendue dans les tribunaux normaux. Premièrement, le Parlement peut invoquer la « disposition de dérogation », stipulée dans l'article 33(1) de la Charte canadienne des droits et libertés, pour annuler le droit à un procès devant jury dans le cadre de l'article 11f). En vertu du paragraphe 33(3), recourir à une autorité d'annulation serait seulement valide pour un maximum de cinq ans, période après laquelle elle cesserait d'être en vigueur.

La seconde option a plus de chances de réussir selon moi. L'article 11f), le droit à un procès devant jury est régi par des limites prescrites par la loi qui peuvent être manifestement justifiées dans une société libre et démocratique³⁰⁶.

La Cour suprême du Canada a expliqué le critère à appliquer dans une analyse de l'article 1 dans une série de décisions, bien que le texte fécond figure dans *R. c. Oakes*³⁰⁷ : pour établir la justification d'une restriction dans le cadre de cet article, deux critères fondamentaux doivent être observés. Premièrement, l'objectif selon lequel les mesures responsables d'établir une limite sur un droit ou liberté de la Charte doit être assez important pour garantir l'annulation d'un droit ou liberté protégée par la Constitution; deuxièmement, la partie invoquant cet article, probablement la Couronne dans ce cas, doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et manifestement justifiés. Le premier critère exige, au minimum, que l'objectif se rapporte à des préoccupations

³⁰⁶ Article 1, *Charte des droits et libertés*.

³⁰⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 SCR 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 SCR 713; *R. c. Lyons*, [1987] 2 SCR 309; *Irwin Toy Ltd c. Québec*, [1989] 1 SCR 927; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 SCR 199.

urgentes et importantes dans une société libre et démocratique. Le deuxième exige une forme de critère de proportionnalité et comme la nature du critère peut varier, selon les circonstances dans chaque cas, les tribunaux devront équilibrer les intérêts de la société avec ceux de l'individu et des groupes.

Le critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Les mesures mises de l'avant doivent d'abord être soigneusement élaborées en vue d'atteindre l'objectif en question. Les mesures ne doivent pas être arbitraires, injustes ou fondées sur des considérations irrationnelles, mais plutôt avoir un lien rationnel avec l'objectif. Les moyens, même s'ils ont un lien rationnel avec l'objectif, doivent ensuite altérer le moins possible le droit ou la liberté en question. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant une liberté ou un droit garanti par la Charte et l'objectif reconnu comme suffisamment important.

Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, le droit criminel canadien ne compte pas de cas où l'accusé n'a pu subir un procès devant juge et jury. En vertu de l'article 598 du Code criminel, un accusé qui omet de se présenter ou de demeurer présent à son procès perd en fait ce droit. La Cour suprême du Canada a conclu que cette disposition respectait la Constitution parce qu'elle est une limite raisonnable du droit à subir un procès devant jury. Le juge Lamer a dit, au nom des juges majoritaires, que³⁰⁸ :

[traduction] « La raison de cet article tient au "coût" de non-comparution pour les candidats jurés et le système de justice criminelle, aussi bien du point de vue de la perte économique que sur le plan de la désaffection engendrée au sein de la collectivité envers le système de justice criminelle, en ce qui concerne surtout le premier jury. L'article a été adopté, comme le fait remarquer le juge Wilson dans ses motifs, afin d'éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l'administration de la justice et d'assurer le respect du public pour le processus des procès criminels ». (accent mis par le juge Lamer) Précisons que ce n'est pas uniquement le système qui assume le coût. Les personnes convoquées pour former un tableau des jurés peuvent difficilement refuser d'obéir à l'assignation et, en conséquence, doivent souvent s'absenter de leur travail

308

R. c. Lee (1989), 52 c. Cr. (3d) 289 (CSC), à la page 293d.

quotidien pendant une longue période... cette situation cause une diminution de la confiance du public dans le système et crée un sentiment de frustration à son égard chaque fois qu'un accusé ne comparait pas à son procès et que les jurés, ayant été réunis, doivent être renvoyés. Tel est le mal que l'article en cause tente de prévenir.

Trois points ressortent de cette décision. D'abord, c'est la conduite de l'accusé, une infraction en soi selon le paragraphe 145(2) du Code criminel [défaut de comparaître], qui a entraîné la perte du droit à subir un procès devant jury. Ensuite, lorsque ce droit est perdu, l'accusé est réputé avoir opté pour subir un procès devant un juge seul en vertu du modèle déterminatif d'élection prévu au Code criminel³⁰⁹. Les accusations, par conséquent, demeurent à l'intérieur du cadre des lois criminelles normales et ne doivent pas être entendues devant un tout nouveau tribunal créé pour cette occasion.

Enfin, la principale question dans l'analyse de l'article 598 consiste à soupeser la restriction apportée au droit à subir un procès devant jury et le « coût », pour les particuliers et la société, de la non-comparution d'accusés à leur procès. Le coût, la cour ajoute, doit être mesuré tant « du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci³¹⁰ ».

Est-ce que l'un de ces facteurs appuierait la notion d'un procès devant banc dans le cas d'un procès terroriste particulièrement long? Le premier porte sur la privation du droit d'un accusé de subir un procès devant jury en raison de sa propre conduite. Selon moi, cet argument ne pourrait être retenu étant donné la présomption d'innocence et la perception, si ce n'est la réalité, que cette situation entraînerait le Canada à adopter la politique des « tribunaux Di Plock » (c.-à-d., si vous êtes accusé de terrorisme, vous ne pouvez subir un procès devant jury). Le deuxième élément (ne nécessite pas de nouvelles structures) découle du premier. Le troisième, quant à lui, se rapporte aux coûts pour les personnes, y compris les jurés, et la société dans son ensemble. Ces éléments peuvent s'avérer pertinents, bien que la question des coûts des jurés puisse être abordée de façon moins spectaculaire, et ce, en accordant par exemple une exemption plus libérale aux jurés en raison de difficultés découlant

309 Paragraphe 598(2), *Code criminel*.

310 *R. c. Lee*, précitée à la page 293-4.

de leur participation au procès, et en leur offrant une compensation plus généreuse pour servir comme juré. Ces réponses sont, selon moi, plus proportionnelles que celle consistant à refuser le droit à un accusé à subir un procès devant jury. Il me semble qu'il faut se reposer sur une toute autre justification, si jamais elle existe.

Il semble y avoir deux modèles de procès, si l'on tient compte de la sérieuse possibilité d'utiliser des jurés dans les affaires de terrorisme : un procès devant un juge seul, avec la possibilité d'un juge suppléant ou non ou un procès devant un groupe de juges.

Le droit criminel canadien ne prévoit pas actuellement l'option de tenir un procès devant un groupe de juges. Ce qui ne veut pas dire que cette situation ne s'est jamais produite au Canada. Tel qu'il a été mentionné à la Partie V, un groupe de trois juges et un jury composé de 12 personnes ont déjà entendu des causes sérieuses avant la Confédération³¹¹. Un groupe de juges de la Cour suprême du Canada a entendu des causes sur des questions d'erreurs judiciaires présentant certains signes d'un procès judiciaire dans l'Affaire Regina c. Truscott³¹² et l'Affaire Milgaard³¹³. Il ne s'agissait toutefois pas de procès criminels, pas plus qu'ils n'étaient supposés en être. Dans les deux cas, le groupe devait entendre un témoignage de vive voix. Autrement, les enjeux respectifs étaient différents, tout comme le fardeau de la preuve et les règles de procédure et de preuve, ainsi que l'ordonnance demandée. Elles ressemblaient tout simplement à un procès.

Sur 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 seul³¹⁴. Dans le système judiciaire de style inquisitoire des Pays-Bas, le concept des trois juges est perçu comme étant une solution très satisfaisante et offrant une grande souplesse³¹⁵. Le gouvernement de la République d'Irlande peut décider de mettre sur pied ou de supprimer une cour criminelle spéciale lorsque des mesures spéciales sont requises (ou non) pour garantir la sécurité du public. La cour se compose de trois membres : un juge de la

311 Voir précitée, note de page 164 et texte d'accompagnement .

312 [1967] 2 c. cr. 285 (CSC) [neuf juges ont entendu une preuve volumineuse, y compris le témoignage de vive voix du défendant].

313 [1992] 1 R.C.S. 866 [cinq juges ont entendu pendant plusieurs semaines le témoignage de vive voix du défendant].

314 Commission de réforme du droit du Canada (Victoria), précitée paragr. 2.97.

315 *Ibid.* paragr. 2.98.

Haute Cour, un juge de comté et un magistrat, qui siège sans jury³¹⁶. En 1988, un professeur de l'Université de Leicester a suggéré ce qui suit : [traduction] « Il est allégué que l'adoption d'un modèle commun lorsqu'un procès devant jury a été abandonné ou temporairement écarté s'avère la suggestion la plus probable de changement auprès des décideurs, dans le cas d'un procès devant une cour composée de plusieurs juges. Le modèle pourrait comprendre une cour composée de deux juges, l'unanimité étant requise pour une déclaration de culpabilité, ou de trois juges, où un verdict majoritaire est suffisant, bien que le critère relatif à l'unanimité soit préférable³¹⁷. » Enfin, il devrait être noté que la toute nouvelle Cour pénale internationale assigne trois juges de la Chambre de première instance pour entendre l'affaire et, dans le cas de l'interjection d'un appel, assigne cinq juges de la Chambre d'appel³¹⁸.

En 1978, un rapport déposé au parlement de Nouvelle-Galles-du-Sud recommandait qu'un procès devant jury ne soit plus obligatoire dans certains types de délits commerciaux. Le rapport mentionnait plutôt que le procureur général devrait pouvoir ordonner, dans des cas bien précis, que de telles infractions soient entendues par un juge de cour supérieure, sans jury. La proposition n'a pas été retenue³¹⁹.

Une législation semblable a été proposée à Hong Kong en 1984. Le scénario prévoyait remplacer le jury par un juge et deux arbitres dans les poursuites commerciales complexes. Cette proposition s'expliquait principalement par l'incapacité d'un jury composé de profanes de bien comprendre la preuve complexe présentée dans de telles causes³²⁰.

Au Royaume-Uni, le Fraud Trials Committee présidé par Lord Roskill a recommandé en 1986 que les procès devant juge et jury soient abolis, étant donné que les causes de cette nature ne peuvent pas être poursuivies efficacement puisqu'un jury composé de profanes choisis de façon aléatoire ne pouvait pas juger des causes de fraudes de longue durée et complexes. À la fin de la même année, la Commission de réforme du droit de Nouvelle-Galles-du-Sud a qualifié cette recommandation de « déficiente » et cette dernière n'a pas été retenue³²¹.

316 *Ibid.* paragr. 2.98.

317 David Bonner, *ibid.*

318 <http://www.icc-cpi.int/about/ataglance/works.html&l=fr>.

319 Commission de réforme du droit (NSW), *précitée*, paragr. 8.29.

320 *Ibid.*

321 *Ibid.* paragr. 8.25.

La proposition de ne plus utiliser au Royaume-Uni des jurys dans les causes complexes de fraudes a été réexaminée tout récemment. Malgré l'opposition bruyante et répandue³²² qu'elle a suscitée, le procureur général d'Angleterre, Lord Goldsmith, a annoncé le 24 juillet 2006 que le gouvernement britannique procédera à des changements d'envergure dans la façon de traiter les causes de fraudes de longue durée et complexes, y compris, le dépôt d'un projet de loi distinct permettant la tenue de procès sans jury dans certaines causes de fraudes sérieuses et complexes; la création d'une Cour financière composée de juges spécialisés dans ce genre de causes; la possibilité de négocier un plaidoyer par opposition à la tenue d'un procès exhaustif; l'élargissement des options de la cour en matière de détermination de la peine³²³.

Il existe de solides arguments pour ou contre l'élimination des jurys dans le cas d'un procès devant banc (ou d'un juge seul) dans certaines causes.

Ceux qui militent pour l'élimination des jurys prétendent que plusieurs jurés sont dépassés par la preuve présentée dans des causes de longue durée et complexes. Ils avancent que le verdict rendu par le jury ne repose peut-être pas sur une bonne compréhension de la preuve, mais plutôt sur une « impression générale de culpabilité ou d'innocence³²⁴ ». Ils ajoutent que la plupart des gens ne discutent pas habituellement de questions complexes dans leur vie de tous les jours. Parfois, ils se retrouvent dans une salle de jury pour la première fois de leur vie, où ils doivent décider de la liberté d'une personne. [traduction] « Après quelques jours de délibérations, il n'y a pas de discussion logique — on assiste à une guerre psychologique, les gens commencent alors à penser aux façons de changer l'opinion des autres³²⁵. » Il faut remarquer, cependant, que ces

322 "Outrage at Fraud Trial Plans", 22 juin 2005, *Financial Times*: <http://www.ft.com/cms/s/64f91a0e2bb-11d9-84c5-00000e2511c8.html>; "It Should not be Lightly Swept Away: Should Judges be Left to Rule in Lengthy Fraud Cases?", 23 juin 2005, *The Guardian*: <http://www.guardian.co.uk/jury/article/0,1512291,00.html>; "Goldsmith Fights to Save Plans for No-Jury Fraud Trials", 26 novembre, *The Guardian*: <http://www.gaurdian.co.uk/print/0,5342275-103556,00.html>; "Enron Shows Why We Should Keep Fraud Juries", 29 mai 2006, *The Guardian*: <http://www.guardian.co.uk/jury/article/0,1785045,00.html>. Tout le monde croit que les plans britanniques découlent directement de l'effondrement du procès pour fraude de 2006, lequel a éprouvé des problèmes relativement aux jurys qui ont coûté 25 000 000 livres : "25,000,000 Pounds Tube Trial Lacked Strategy", BBC News, 27 juin 2006 : <http://news.bbc.co.uk/1/hi/england/5121626.stm>.

323 Communiqué de presse, Bureau du procureur général, 24 juillet 2006 : <http://www.islo.gov.uk/pressreleases/final-fraud-reviews-release-24-07-06.doc>. Au moment d'écrire ces lignes, cette initiative demeure en suspens.

324 Commission de réforme du droit (NSW), *précitée* paragr. 8.26; P.J. Meitl, "Blue Collar Jurors in White Collar Cases: The Competence of Juries in Complex Criminal Cases": <http://law.bepress.com/expreso/eps/931>.

325 Commission de réforme du droit, (Victoria), paragr. 2.17.

critiques reposent habituellement sur la faiblesse des jurés, faisant fi de la force d'un jury composé de 12 personnes — la « sagesse collective » d'un groupe.

Certains ont avancé, probablement avec plus d'insistance, que dans le cas d'un procès long et complexe, le jury doit écouter, comprendre et se rappeler les détails de présentations d'information prolongées qui peuvent être complexes, inconnus et parfois conflictuels. Les jurés peuvent-ils emmagasiner de grandes quantités d'information pendant une longue période? Aux États-Unis, une étude empirique a démontré que « les jurés participant à de longs procès ont plus de difficultés à assimiler la preuve présentée que ceux des procès durant moins longtemps³²⁶ ». L'une des commissions de réforme du droit australiennes a fait la remarque suivante³²⁷ :

« Bien qu'elle n'ait pas été la première à le faire, la Commission de la réforme du droit de la Tasmanie a soulevé la question de la mémoire des jurés et a suggéré que les procès se veulent [traduction] « un véritable test de mémoire pour eux [les jurés] afin de se rappeler de la preuve présentée et de bien la soupeser. Tout compte fait, il est facile de constater que les jurés auront oublié bien des détails relativement à la preuve présentée au moment de commencer leurs délibérations en vue de prononcer leur verdict. Cette suggestion est appuyée par les données des recherches menées aux États-Unis, lesquelles indiquent que les procès anticipés peuvent nuire à la rétention de l'information, les niveaux de compréhension diminuant au fur et à mesure que le nombre de pièces et de témoignages augmente. En d'autres mots, il sera plus facile d'oublier l'information présentée. »

Le débat sur la capacité et la compréhension des jurés soulève deux questions distinctes mais interreliées : la complexité et la durée du procès.

La question de la « complexité » repose sur la notion qu'un groupe de 12 personnes choisies de façon aléatoire ne pourra suivre la présentation de la preuve présentée. La proposition est conjecturale et probablement erronée. Ainsi, un jury américain pourrait suivre des transactions et tromperies commerciales compliquées dans les affaires Enron et WorldCom, mais pas un jury canadien.

³²⁶ Commission de réforme du droit (Victoria) paragr. 2.19.

³²⁷ Commission de réforme du droit (Tasmanie) citée par la Commission de réforme du droit (Victoria), précitée paragr. 2.21.

L'affaire Kenneth Lay et la chute d'Enron se veulent une illustration éloquente du dilemme soulevé.

Les anciens membres de la direction d'Enron, Ken Lay et Jeff Skilling, ont fait face à de nombreuses accusations dans une affaire de fraude importante. Après avoir entendu 56 témoins pendant 15 semaines, huit hommes et quatre femmes d'un jury de Houston, Texas, les ont reconnus coupables de 25 accusations. Lay, ancien chef de la direction, a été trouvé coupable des six chefs qui pesaient contre lui, y compris un chef de complot. Skilling, ancien PDG, a été reconnu coupable de 19 des 28 chefs d'accusation. Le 23 octobre 2006, il a été condamné à 24 ans de prison.

L'ampleur de la fraude était gigantesque. Trois des six plus importantes banques canadiennes ont subi des pertes considérables. La CIBC a perdu 32 millions de dollars en 2005. Elle a dû supprimer 900 emplois. Il s'agissait de la perte financière la plus importante de son histoire, soit 138 ans. Le vérificateur de la société, Arthur Andersen, a cessé ses activités après la chute d'Enron, étant perçu comme ayant agi de connivence avec les accusés dans les pratiques comptables frauduleuses soulevées.

Le jury a passé près de six jours à délibérer avant de rendre son verdict. Il a ensuite tenu une conférence de presse extraordinaire pour justifier sa décision. Simplement dit, le jury a soutenu que l'affaire Enron se voulait un bel exemple de réussite de procès devant jury. Les membres du jury ont noté que même une question de fraude complexe pouvait être simplifiée afin de permettre au jury de répondre à la question suivante : l'accusé a-t-il fait preuve de malhonnêteté?

La conférence de presse du jury, laquelle aurait été contraire aux lois canadiennes, a permis d'apprendre la façon dont les jurés réagissent dans une cause complexe et de longue durée. Les jurés ont d'abord parlé avec émotion des sacrifices personnels nécessaires à leur participation au procès qui a duré 15 semaines, ainsi que ceux de leur famille et collègues de travail. La jurée Wendy Vaughan, une femme d'affaires, a mentionné s'être retrouvée devant « un casse-tête de 25 000 morceaux ». Le jury a rejeté la thèse du complot des informateurs gouvernementaux appelés à mentir en cour. Au contraire, les jurés étaient convaincus que les défenseurs avaient menti durant leur témoignage. La présidente du jury, Debra Smith, qui a travaillé dans le secteur des Ressources humaines dans une entreprise de services pétroliers, a déclaré que les jurés provenaient de diverses sphères, mais affichaient une grande endurance. [traduction]

« Je crois que nous avons un jury bien équilibré. Nous avons appris à nous connaître, à nous respecter et à nous écouter³²⁸. »

Les commentateurs qui ont suivi la cause ont relevé deux éléments : 1) un jury peut suivre une cause complexe; 2) la poursuite doit présenter la preuve dans un langage simple. Ellen Podgor, professeure au Collège de droit de l'Université Stetson, qui a écrit des livres sur les crimes propres au monde des affaires, a mentionné que la poursuite a réussi « de façon remarquable à simplifier la preuve³²⁹ ». Il faut se rappeler, toutefois, qu'il s'agissait d'un procès d'une durée de 15 semaines et non d'un procès de trois ans comme dans le cas de la tragédie d'Air India ou de 12 mois dans l'affaire Pickton.

Bon nombre de personnes ont remis en question l'argument de la complexité avancé pour éliminer les jurés³³⁰. Les passages suivants du Rapport de 1986 de la Commission de la réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud) rendent bien le consensus atteint parmi la plupart des autorités³³¹ :

[traduction] « Nous croyons que l'argument avancé pour l'élimination du procès devant jury dans les causes complexes, précisément les crimes économiques et « propres au monde des affaires », n'est pas déterminant. Il repose invariablement sur l'hypothèse que les jurés sont incapables de comprendre la preuve présentée. Nous nous interrogeons sur la validité de cette hypothèse. Il existe, en fait, très peu de données démontrant que les jurés, ou plus précisément les jurys, sont incapables de bien comprendre le matériel pertinent sur lequel devrait être fondé leur verdict. Il y a un fort courant qui croit que les jurés rendent des verdicts acceptables dans ces causes. »

328 Anciens dirigeants d'Enron se dirigent tout droit en prison, *Houston Chronical*, 26 mai 2006 : <http://www.Chron.com/cs/CDA/printstory.mpl/special/enron/3898754>.

329 *Ibid.*

330 Par exemple, voir Lord Patrick Devlin, "Trial by Jury for Fraud", (1986) 6 *Oxford Journal of Legal Studies* 3, 311; Commission de réforme du droit (Victoria) paragr. 2.0 et 2.219; L'honorable Hugh H. Bownes (un juge de la Cour d'appel des États-Unis pour le Premier circuit), "Should Trial by Jury be Eliminated in Complex Cases?": <http://www.piercelaw.edu/RISK/voll/winter/bownes.htm>.

331 Commission de réforme du droit (Nouvelle-Galles-du-Sud), *précitée*, paragr. 8.30 et 8.32.

Les arguments pour le maintien des procès devant jury dans ces causes se fondent sur la préservation du rôle traditionnel du jury dans le système de justice criminelle. Nous croyons que les principes fondamentaux du système judiciaire sont mieux servis par le système de jury. La participation des membres de la collectivité, la détermination de la culpabilité par référence aux normes en vigueur dans la collectivité en général, la reddition de comptes et l'acceptation du système de justice criminelle par le public sont des caractéristiques qui disparaîtraient si le système de jury était abandonné. Par conséquent, nous ne sommes pas persuadés que l'argument contre le maintien du système de jury dans les causes complexes a été démontré.

Une étude empirique toute récente tend à nous donner raison. Six chercheurs américains, dont deux proviennent d'écoles de droit et quatre autres du Centre national des cours d'États ont analysé le comportement de plus de 3 000 membres de jury au moment d'enregistrer leur vote dans des causes de félonie dans de nombreux États. Une étude menée en 2004 qui cherchait à évaluer dans quelle mesure le « premier vote » était influencé par la race concluait que le « déterminant primaire » des conclusions tirées par les jurés reposait sur la force de la preuve contre l'accusé³³² :

...le « déterminant primaire » des verdicts rendus par un jury dans des procès criminels ne dépend ni de l'attitude des jurés ni de leur profil démographique, mais bien de la force de la preuve contre l'accusé.

De façon générale, nous sommes d'accord avec les conclusions des recherches subséquentes, que la force de la preuve contre un défendeur détermine fortement le premier vote d'un juré. Plus la preuve déposée contre un défenseur est forte, plus le juré penchera pour la condamnation.

332 Stephen P. Garvey et coll., "Juror First Votes in Criminal Trials", *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, no 2, 372, 2004. Disponible à SSRN : <http://ssrn.com/abstract=558163>, aux pages 372, 373 et 396.

Premièrement, nous trouvons que la preuve est importante dans les procès criminels devant jury. Des études antérieures ont confirmé nos prétentions... dans presque tous les modèles cités, l'évaluation par le juge d'un procès de la force de la preuve contre le défendeur est fortement liée au premier vote d'un juré. Nous soulignons ce lien pour mettre en lumière le fait que malgré les nombreuses différences existantes entre eux, le juge et le juré ont tendance à être d'accord sur la force de la preuve. [non souligné dans l'original]

Une étude menée par le Centre judiciaire fédéral en 1987 a dressé un portrait unique des jurés après avoir comparé leurs comportements dans plusieurs procès complexes avec ceux des procès de moins longue durée et complexes. Bien qu'il s'agisse de procès civils, il est possible d'établir des liens. [traduction] « L'étude a démontré que les jurés des procès (peu importe la durée) ont assumé leurs responsabilités de façon très sérieuse, et pour la plupart, ont trouvé le matériel présenté intéressant. Les universitaires qui ont mené l'étude ont conclu que leurs résultats rendent caduque « l'image des jurés perturbés et inattentifs, dépassés par la preuve complexe³³³. » Le Rapport du Centre mentionne³³⁴ :

[traduction] « Comme on peut s'y attendre, les jurés participant à de longs procès civils ont déclaré que la preuve était plus complexe que ceux participant à des procès plus courts. Quarante-six pour cent des jurés des procès longs ont qualifié la preuve de complexe à très complexe, comparativement à 29 p. 100 chez les jurés des procès courts. Deux aspects ressortent de ces résultats. Premièrement, dans les procès types, plus courts, où la compétence des jurés n'est pas remise en question, une minorité assez importante de jurés a affirmé avoir été confrontée à une preuve complexe. Deuxièmement, une majorité de jurés des procès longs croyait avoir la capacité nécessaire pour comprendre la preuve présentée. Ces résultats suggèrent que les jurés tendent à avoir des réactions similaires plutôt que divergentes. »

Au Canada, un tribunal d'appel tient pour acquis que les jurés puissent suivre les directives d'un juge de procès, même les procès complexes. Ainsi, un appelant ne peut pas remettre en question la capacité des jurés d'accomplir la tâche assignée en vertu de la loi³³⁵.

333 P.J. Meitl, *précitée* à la page 14.

334 *Ibid.*

335 R. c. Eng (1999), 138 c. cr. (3d) 188 (BCCA); R. c. Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670 aux pages 692-3.

La question de la durée du procès pose d'autres problèmes. Même un jury attentif, dévoué et concentré pourra oublier des détails, même importants, après une longue période. Un rédacteur écrivait³³⁶ :

[traduction] « Il va sans dire que la complexité d'une grande quantité de détails de certaines causes doit placer un intolérable fardeau sur la capacité de concentration de tout juré. » Un ancien juge de la Cour suprême de Victoria a déclaré : [traduction] « Aucun juge, siégeant seul, n'est obligé de faire un tour de force de mémoire et de compréhension requis de la part d'un juge siégeant à un long procès comportant des questions complexes ».

Les procès plus longs comprennent évidemment davantage de témoignages et de preuves — en résumé, le juré doit tenir compte, trier et évaluer plus de faits. Le juge en chef des États-Unis a fait les observations suivantes lors de la rencontre des juges en chef des districts fédéraux en 1979³³⁷ :

[traduction] « Recruter des personnes pour siéger de longues périodes et leur demander de traiter des questions hors de leur portée est à la limite de la cruauté... même Jefferson aurait été sidéré à l'idée d'un groupe de 12 personnes (tenanciers et artisans) tentant de régler certains litiges complexes des procès d'aujourd'hui durant plusieurs semaines ou mois. »

Les procès de six, neuf, 12 mois, et plus, sont apparus au Canada au cours de la dernière décennie. Plusieurs se sont déroulés devant un juge seul. À un moment donné dans le « continuum de la durée », le droit de subir un procès juste dans un procès devant jury peut être compromis. J'entends par « procès juste », la Couronne et la défense considérant que le procès a été équitable et complet, la durée du procès ne mettant pas un fardeau inacceptable sur la collectivité, y compris le jury. Un procès devant jury durant deux ans ou plus, un tant soit peu complexe (la plupart des procès le seront) est, selon moi, surchargé et présumé inéquitable pour les parties et la collectivité.

336 Commission de réforme du droit (Victoria), *précitée* à la page 2.28.

337 *Ibid.* à la page 6.

La législation interdisant la tenue d'un procès devant jury est fondée principalement sur la longueur du procès ne respectant pas le paragraphe 11f) de la Charte des droits et libertés, et, en absence du recours à la clause « nonobstant », devra être préservée, s'il y a lieu, par le recours à l'article 1 de la Charte. Tel que nous l'avons mentionné précédemment, une cour de révision devra se demander, en vertu de l'arrêt Oakes, si l'objectif est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la Constitution. Dans la présente cause, l'objectif se veut un droit garanti par les paragraphes 7 et 11(d) de la Charte — à savoir, le droit de subir un procès équitable. La cour devra également se demander si les moyens sont raisonnables, proportionnels et démontrables.

Il m'apparaît que lorsque le droit de subir un procès devant jury et le droit de subir un procès équitable se heurtent de plein fouet, et ne peuvent être réconciliés dans un cas précis, le droit de subir un procès équitable prévaut. Il me semble que l'accusé ne peut pas implicitement « renoncer » au droit de subir un procès équitable en optant pour un procès devant juge et jury, et ensuite planifier de façon stratégique, pour l'essentiel, de soulever la « confusion raisonnable » dans l'esprit des jurés, et ce, en évoquant le fait que les procédures ont traîné en longueur, plutôt qu'en argumentant qu'un doute raisonnable s'est installé au moment d'étudier l'ensemble de la preuve présentée.

Selon moi, la démonstration a été faite pour ce qui est de dispenser le jury de procédures extraordinairement longues, lorsque, en raison de la durée (premièrement) et de la complexité (deuxièmement), la cour de première instance croit qu'il n'est possible de tenir un procès équitable devant une cour composée d'un juge et d'un jury.

Il demeure une toute dernière question importante à examiner. Dans l'éventualité où il est démontré qu'il est possible de ne pas avoir recours à un jury dans certaines causes, la cause devrait-elle alors être entendue devant un juge seul ou un groupe de trois juges?

Dans le cas de longs procès, on pourrait demander à un juge suppléant de siéger aux côtés d'un juge de procès, sans jury. On garantirait ainsi une certaine assurance raisonnable qu'un verdict sera rendu. Un groupe de trois juges, siégeant sans jury, pose toutefois des problèmes plus épineux.

Les trois juges doivent-ils rendre une décision unanime? Une majorité serait-elle suffisante? Que se passe-t-il si l'un des juges doit quitter le procès? Et dans cette éventualité, qu'arrive-t-il en cas de division du vote des deux juges restants sur le verdict de culpabilité? Devrait-on alors nommer un quatrième juge « suppléant » pour prévoir cette situation? Et que dire des ressources nécessaires pour tenir un procès devant quatre juges?

Plus fondamentalement, sur quelles bases les juges d'un groupe en arrivent-ils à rendre une décision? Utilisent-ils le même processus de délibérations des jurés? Ou optent-ils plutôt pour une démarche de recherches et de considérations personnelles, menant à un « vote », comme dans le cas des juges des cours d'appel? Comment détermine-t-on les faits?

Je crois que la décision de remplacer un juge et jury par un groupe de trois juges dans une cause de terrorisme n'est pas la bonne pour trois raisons. Bien que ces facteurs soient distincts du point de vue analytique, ils sont étroitement liés.

Premièrement, il me semble que les conclusions d'un groupe devraient être unanimes sur les questions de fait et de droit essentielles. Autrement, presque par définition, un doute raisonnable existe dans la cause, menant ainsi à un acquittement. Le critère du doute raisonnable pendant un procès est tellement ancré dans le système de justice criminelle qu'il est inutile d'ajouter quoi que ce soit sur la question dans ce document. Je remarque simplement que malgré l'expérience considérable du Canada en matière d'évaluation du doute raisonnable par l'entremise d'un juge seul ou d'une cour composée d'un juge et jury, nous n'avons aucune expérience quant à la détermination de cette question par un groupe de trois juges. De plus, le filtre du « doute raisonnable » est unique à l'étape du procès dans notre système de justice criminelle, lorsque l'on cherche à connaître les faits et, comme on dit couramment, « à aller au fond des choses ». Nous avons recours à un groupe de juges seulement lorsque la décision est portée en appel — mais à ce moment, les questions à examiner ont changé considérablement³³⁸. Exprimé simplement, bien qu'un groupe de juges puisse arriver à évaluer correctement les questions de droit et à déterminer les questions de fait et de droit en appel, il est

338

En appel, les questions consistent habituellement à déterminer si le juge de première instance a erré en droit, si le juge de première instance a mal instruit le jury sur une question de droit, et si malgré les erreurs enregistrées pendant le procès, il y a eu erreur judiciaire importante.

loin d'être clair pour moi qu'un groupe de juges améliorerait la qualité de la justice au Canada en ce qui concerne l'évaluation des faits essentiels de la cause en procès.

Dans ce contexte, le facteur suivant est vital : pendant un procès, lorsque le doute raisonnable devient une question importante, 12 personnes utilisent le processus unique de délibérations pour trancher la question. Comme l'a écrit la Cour suprême en 2001 : [traduction] « Grâce à ce processus décisionnel collectif, les éléments de preuve et leur importance peuvent être examinés de manière exhaustive en vue d'arriver à un verdict unanime³³⁹. » La Cour a précisé cette question en mentionnant : [traduction] « ...une partie essentielle de ce processus consiste à écouter les opinions d'autrui et à les prendre en considération. Il permet de changer des opinions personnelles de sorte que le verdict représente plus qu'un simple vote; il représente les conclusions tirées par les jurés après avoir écouté et pris en considération les opinions d'autrui³⁴⁰. » Les juges, d'un autre côté, ne sont pas investis d'un tel mandat. Bien que le banc puisse discuter de l'appel présenté, ils ne sont pas tenus de le faire. Les juges peuvent ne pas se sentir liés par les opinions des autres juges du groupe³⁴¹. Ainsi, les délibérations et la dynamique du groupe essentielles au jury dans la détermination des faits peuvent être inexistantes dans un procès devant un groupe de juges professionnels. Par conséquent, il est concevable qu'un groupe de trois juges de procès éprouve plus de difficultés à déterminer les faits qu'un jury composé de 12 personnes choisies de façon aléatoire parmi la population.

Il existe une autre raison pour laquelle la substitution d'un groupe de trois juges par un juge et jury n'est pas la bonne solution. À vrai dire, cela ne répond pas au problème existant. Tout comme j'ai soutenu tout au long de ce document, le défi des procès de terrorisme est de garantir un verdict après une évaluation juste et entière de l'ensemble de la preuve présentée. Les démons jumeaux, comme le juge Moldaver les a récemment nommés, sont la complexité et la longueur des procédures. La mise sur pied d'un banc composé de trois juges ne règle pas ce problème. En fait, elle en crée davantage. Dans un long procès, un groupe judiciaire pourrait perdre l'un de ses membres tout aussi facilement qu'un jury pourrait perdre un juré. Que se passerait-il donc dans cette éventualité? Faut-il poursuivre avec les deux juges restants? Et que faire si votre groupe est réduit à un

339 *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344 paragr. 43.

340 *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858.

341 Concernant l'étendue de l'indépendance judiciaire, voir *R. c. Valente* (1985), 23 c. cr. (3d) 193 (SCC) aux pages 202-3.

seul membre? À quel moment faut-il prononcer l'annulation du procès? Ou faut-il opter de se préparer à toute éventualité dès le départ en alignant trois juges et un juge suppléant? À première vue, cette solution semble la bonne, mais elle me semble un peu fade si les compétences au Canada ne peuvent pas affecter les ressources nécessaires à l'assignation quotidienne de quatre juges aux longs procès de terrorisme.

Le troisième facteur semble indiquer qu'un groupe de juges ne se préoccupe pas assez des questions de légitimité, tant aux plans national qu'international. Même en presumant que le critère de « procès équitable » est respecté dans une cause et qu'un groupe peut entendre toutes les causes respectant ce critère, pas seulement les procès de terrorisme, la législation canadienne détournerait la cause de la procédure normale vers un tribunal unique et sans précédent dans les systèmes de justice criminelle et inédite de l'histoire canadienne. La tentation de politiser les procédures est presque irrésistible. Au plan international, les procédures seraient vulnérables même aux allégations sans fondements de « mascarade judiciaire », comme à Lockerbie. Je crois que le Canada ne devrait pas être placé dans une position qui lui ferait dire au reste du monde : [traduction] « Oh, vous savez, nous prévoyons un long procès de terrorisme. Nous avons des cours spéciales pour ce genre d'affaires. » Pour une multitude de raisons, de nombreux arguments pourraient être avancés pour maintenir les procédures anticipées dans le courant principal des procédures et du droit criminel canadien, et éviter la création d'un tribunal unique et sans précédent qui pourrait être immédiatement devenir l'objet de prédilection pour des attaques politiques partisans.

Par conséquent, je crois que le Code criminel devrait être amendé de la façon suivante :

- lorsqu'il est prévu que le procès sera long — peut-être 18 mois ou plus — la Couronne ou l'accusé peut demander à la cour que la cause ne soit pas entendue devant un jury;
- lorsque la cour est d'avis que la cause sera longue (primaire) et complexe (secondaire), il devrait y avoir un ordre supprimant l'obligation du jury; il est évident que le droit à un procès équitable est compromis si la cause est entendue par un juge et jury;

- au moment de déterminer l'enjeu, la cour peut tenir compte de l'ensemble des circonstances entourant la cause, y compris la durée prévue du procès, la nature des accusations, la nature de la preuve, la présentation proposée devant le jury et si le procès peut être géré de façon à assurer le droit à un procès équitable;
- lorsque la cour est d'avis que le procès peut procéder sans jury, elle devrait également ordonner que la cause soit entendue devant un juge seul, avec ou sans juge suppléant;
- selon moi, à cause des raisons exposées ci-dessus, qu'un groupe de trois juges, siégeant sans un jury, n'est pas souhaitable.

g) Procès avec juge et assesseurs profanes ou jury spécial

Avec les procès de plus en plus longs et complexes, on observe une tendance à faire appel à deux ou trois « assesseurs profanes » qui ont une expertise relativement aux questions en litige, ou à un « jury spécial » recruté parmi des membres de la société ayant des qualifications, une formation ou une expertise particulières. Certains avancent que ces deux groupes comprendraient plus facilement la preuve présentée que 12 jurés choisis au hasard au sein de la collectivité en général.

Je vais aborder ces deux possibilités conjointement et de manière plutôt sommaire, et ce, pour deux raisons. Premièrement, ni l'une ni l'autre ne répond au véritable défi que représentent les procès de terroristes, soit leur longueur et non leur complexité technique. Deuxièmement, pour les mêmes raisons, les deux possibilités semblent être en conflit avec les valeurs démocratiques fondamentales, et ni l'une ni l'autre ne s'est véritablement enracinée dans les juridictions découlant du droit anglais, du moins dans les temps modernes.

Assesseurs profanes

Les origines des assesseurs profanes remontent à des temps très anciens, à une époque où on pensait que la collectivité n'était pas assez avancée pour pourvoir constituer un jury³⁴². Souvent de leur propre initiative, les juges qui présidaient les procès faisaient appel à des personnes ayant des

³⁴² Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.101.

qualifications particulières, telles que des poissonniers, des marchands ou des médecins afin qu'ils siègent avec eux et qu'ils jugent la cause.

En 1974, en Angleterre, Lord Hailsham a suggéré que les procès dans les cas de fraudes financières complexes seraient plus équitables s'ils se déroulaient devant une commission composée d'un juge de la High Court et de deux éminents profanes qui pourraient, ensemble, rendre des jugements écrits bien raisonnés³⁴³. Par la suite, le Roskill Committee a recommandé que le jury soit remplacé par deux experts connaissant bien la médecine légale, les transactions financières ou les structures d'entreprise³⁴⁴. Aucune de ces recommandations n'a été mise en œuvre.

À l'heure actuelle, de deux à quatre assesseurs profanes siègent avec un juge de la Crown Court afin d'entendre les appels formés contre les décisions rendues par les juges de paix. Récemment, des commentateurs ont fait remarquer que [traduction] « leur participation au niveau de la Crown court est un vestige du rôle qu'il jouait autrefois au sein des Quarter Sessions, maintenant abolies, où des formations plénières composées de deux à neuf juges de paix présidaient, outre les procès par voie de poursuite sommaire, tous les procès avec jury, à l'exception des causes concernant les actes criminels les plus graves³⁴⁵ ».

Le recours aux assesseurs profanes soulève également de sérieuses questions constitutionnelles. Selon le modèle choisi, ils jouiraient nécessairement de l'immovibilité. Et dans les causes de terrorisme, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que les accusés s'objectent, sur la base d'une crainte raisonnable de partialité, à des poursuites au cours desquelles on aurait demandé à des experts de la sécurité nationale d'aider le juge à se prononcer sur des faits décisifs de l'affaire.

Jurys spéciaux

À certains égards, les jurys « spéciaux ou « d'experts » ressemblent au modèle des assesseurs profanes. Ils puisent à même la sagesse et le jugement collectifs d'un petit groupe de personnes ayant certaines qualifications, formation ou expérience qui, selon certains, leur permettraient de comprendre plus facilement la preuve présentée. Les « jurys spéciaux » ont cependant des antécédents établis depuis longtemps dans les systèmes de justice criminelle d'inspiration anglaise.

343 *Id.*, paragr. 2.105.

344 *Ibid.*

345 Michael Bohlander, "Take It From Me...—The Roles of the Judge and Lay Assessors in Deciding Questions of Law in Appeals to the Crown Court", (2005) 69 JCL 442.

En 1768, Blackstone a noté qu' [traduction] « à l'origine, on a eu recours à des jurys spéciaux dans les procès lorsque les causes étaient d'une trop grande subtilité pour être débattues par des propriétaires fonciers ordinaires³⁴⁶ ». Au Royaume-Uni, le jury spécial s'est transformé en une élite sociale, passant d'un groupe de personnes ayant un métier ou des qualifications techniques en particulier, à des jurés occupant un rang social élevé, se considérant comme des personnes intelligentes ayant le plus de connaissances et d'expertise dans le domaine en litige.³⁴⁷ Le droit d'être jugé par un jury spécial a été confirmé au plan législatif par le Special Juries Act 1898³⁴⁸. Leur popularité a décliné au cours du XXe siècle, et ils ont finalement été abolis en 1949³⁴⁹.

Au Canada, avant la Confédération, un jury spécial de 16 personnes pouvait être constitué à partir d'une liste de gens dont le revenu imposable était de 20 livres sterling et plus³⁵⁰. Aux États-Unis, au début du XXe siècle, on faisait souvent appel aux jurys « d'experts »³⁵¹ et cette façon de faire a été approuvée par la Cour suprême des États-Unis en 1947³⁵². En Nouvelle-Zélande, les jurys spéciaux étaient courants dans les causes civiles lorsque le tribunal était d'avis que la cause risquait de soulever des questions difficiles au plan scientifique, technologique, des affaires ou des domaines professionnels³⁵³, alors qu'en Australie, il y avait des jurys spéciaux autant dans les causes criminelles que civiles, jusqu'à ce qu'ils soient abolis au milieu du XXe siècle³⁵⁴.

Analyse

Les modèles de l'assesseur profane et du jury spécial présentent tous deux l'avantage de constituer un tableau professionnel de juristes : partage des responsabilités, processus décisionnel collectif et expertise en lien avec les questions en litige. Cependant, à mon avis, les arguments contre ces possibilités sont solides et ils doivent l'emporter. Il y en a quatre.

-
- 346 William Blackstone, Solicitor General to Her Majesty, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 3, Oxford, Clarendon Press, 1768, aux pp. 357-358.
- 347 Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.116.
- 348 J. c. Oldham, « The Origins of the Special Jury », (1983) 50 *The University of Chicago Law Review* 137.
- 349 *Juries Act 1949* (UK), art. 18 (1).
- 350 Pour un examen de cette question, voir précités la note 163 et le texte qui l'accompagne.
- 351 P. J. Mitl, *Blue Collar Jurors in White Collar Cases—The Competence of Juries in Complex Criminal Cases* (2006) : [<http://law.bepress.com/expresso/eps/931>] (en anglais seulement).
- 352 *Fay c. New York*, 332 U.S. 261 (1947); voir également J. c. Oldham, *op. cit.*, note 348.
- 353 P. T. Burns, « A Profile of the Jury System in New Zealand », (1973) 11 *Western Australia Law Review* 110; Michele Powles, « A Legal History of the New Zealand Jury Service—Introduction, Evolution and Equality? », [1999] *Victoria University of Wellington Law Review* 19.
- 354 Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.118; Law Reform Commission (New South Wales), *op. cit.*, note 13, paragr. 8.34 et suiv.

Il n'a pas été démontré que les jurys sont incapables de comprendre les causes difficiles

Dans la section « Procès devant trois juges sans jury », précitée, j'ai exposé les arguments en faveur et contre l'élimination du jury dans les causes très longues et complexes, et j'ai conclu que, sous réserve de considérations eu égard à la tenue d'un procès juste, principalement fondées sur la longueur des procédures, il n'y a pas de motifs suffisants de croire que les jurys remplissent mal leur rôle.

J'aimerais simplement ajouter deux points. Premièrement, en 1968, la Cour suprême des États-Unis a déclaré ce qui suit dans une décision de premier plan³⁵⁵ :

[traduction] L'étude la plus récente et exhaustive sur le jury dans les causes criminelles a conclu que les jurys comprennent vraiment la preuve et que leurs décisions sont sensées dans la plupart des causes qui leur ont été présentées, et que lorsque les jurys en arrivent à une conclusion différente de celle à laquelle serait parvenu le juge, c'est habituellement parce qu'ils ont atteints certains des buts qui étaient précisément poursuivis lors de la création des jurys et pour lesquels ils sont maintenant utilisés.

Deuxièmement, les avocats ont la responsabilité particulière de s'assurer que la cause soit présentée de façon méthodique et intelligible et d'identifier clairement les enjeux clés afin d'aider le jury. On ne peut simplement lancer au jury une cause très longue et complexe. D'ailleurs, la Criminal Bar Association du Royaume-Uni a elle-même fait valoir que la meilleure manière de s'assurer que le jury comprenne bien ce qui se passe dans les causes complexes réside dans une bonne préparation des avocats et une présentation efficace de la preuve devant le tribunal. J'ajouterais qu'une préparation soignée et une présentation simplifiée sont également importantes en ce qu'elles permettent d'éviter des déclarations de culpabilité erronées³⁵⁶.

Il pourrait y avoir une touche d'ironie ici. Certains pourraient affirmer — avec vigueur, mais seulement de façon intuitive — qu'un avocat

³⁵⁵ *Duncan c. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968) à la p. 157.

³⁵⁶ Law Reform Commission (New South Wales), *op. cit.*, note 13, paragr. 8.33; P. J. Mitl, *op. cit.*, note 351, à la p. 16.

compétent pourrait dans un procès avec jury prendre la peine de mettre l'accent sur l'essentiel de la preuve, et de la réduire à un ensemble gérable et organisé d'information afin de s'assurer que le jury perçoive la cause selon le point de vue des parties. Alors que devant un juge professionnel entendant la cause seul, les avocats pourraient avoir davantage tendance — peut-être inconsciemment — à « charger » la preuve présentée devant le tribunal, considérant que le juge ne fait rien d'autre que d'entendre des causes, qu'il dispose de beaucoup de temps, et que de toute façon, les avocats pourront trier les véritables enjeux pendant les plaidoiries.

Les assesseurs et les jurys spéciaux pourraient même ne pas correspondre à un « jury » au sens constitutionnel

Un jury comporte plusieurs caractéristiques essentielles³⁵⁷. Le caractère aléatoire de la sélection et la nature représentative du jury constituent le cœur de ces caractéristiques. Au contraire, les jurys spéciaux sont constitués de personnes qui ont été spécialement choisies en raison de leur formation ou de leur expertise. Ceci revient à « piper les dés » intentionnellement au moment de la sélection, en plus d'être quelque peu élitiste, et selon moi, présente un risque réel de ne pas correspondre à un « jury » au sens de l'article 11 f) de la Charte canadienne des droits et libertés³⁵⁸ et de ne pas respecter la norme d'un « tribunal indépendant et impartial », garantie par l'article 11 (d) de la Charte³⁵⁹.

Le rôle de l'expert est de témoigner à la barre des témoins, et non de rendre une décision

L'objectif premier d'un jury est de distinguer le vrai du faux dans les témoignages, ce qui est exact de ce qui ne l'est pas, les questions importantes de celles qui ne le sont pas, de comprendre les liens entre les différents éléments de preuve et, lorsqu'il est confronté à ce problème, d'évaluer le poids à accorder aux « experts qui s'affrontent en duel³⁶⁰ ». En un mot, sa principale tâche est d'établir les faits.

357 J'ai abordé ce sujet assez longuement dans la Partie VI.

358 Un comité mis sur pied en Australie il y a 40 ans a rejeté la notion de jury spécial, [traduction] « affirmant qu'un jury doit constituer un groupe représentatif, choisi au hasard au sein de la collectivité et que toute autre façon de faire est contraire à ce principe » : Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.123.

359 *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259.

360 *Barefoot c. Estelle*, 463 U.S. 880, 902 (1983).

On s'attend des témoins experts³⁶¹ qu'ils aident le jury à rendre une décision. On ne demande pas aux jurés de connaître tous les aspects techniques d'une cause. En fait, le rôle fondamental du témoignage d'un expert est d'aider les jurés à soupeser l'information lorsqu'ils n'ont pas les connaissances ou l'expérience suffisantes pour le faire³⁶².

Dans ce contexte, le fait de faire jouer aux experts le rôle de décideurs dans une cause en particulier soulève quatre problèmes graves.

Premièrement, il y aurait des raisons de craindre que des assesseurs, ou un jury spécial, transmettent au juge ou agissent sur la foi de théories secrètes et non testées qui n'ont jamais fait l'objet d'un contre-interrogatoire ou dont l'accusé n'a même pas été informé³⁶³. Deuxièmement, particulièrement dans le cas des assesseurs, certains ont fait remarquer qu' [traduction] « il serait pratiquement impossible de déterminer l'importance des données officielles et officieuses introduites dans un jugement³⁶⁴ ». Troisièmement, parce que les experts passeraient d'un rôle de témoins à celui de décideurs, les enjeux clés seraient analysés et une décision serait prise en fonction du point de vue d'un expert plutôt que d'être évalués en fonction de la toile de fond des expériences de vie d'une collectivité. Ceci représente un risque d'emprisonner quelqu'un pendant 10 ou 15 ans, ou même à vie, pour des raisons qui ne seraient pas évidentes pour le citoyen moyen. Un récent rapport sur le système du jury en Australie l'a vigoureusement fait remarquer³⁶⁵ :

[traduction] Non seulement le jury représente-t-il le public lors du procès, mais sa présence fait en sorte que la cause soit présentée d'une manière qui soit compréhensible pour le public. Un procès entendu par des experts présente le danger que la dimension publique soit perdue. Je ne pense pas que le public serait satisfait ou devrait se satisfaire d'un système de justice criminelle dans lequel

361 On s'attend des témoins experts, et cela pourrait être *nécessaire* en raison de leur expertise technique, qu'ils puissent « se former une opinion juste sur une affaire s'il est peu probable que des personnes ordinaires puissent le faire sans l'aide de personnes ayant des connaissances particulières » : *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, paragr. 47.

362 *Id.*; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. McMillan*, (1975) 23 C.C.C. (2d) 170, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824; *R. c. K., A.*, (1999) 137 C.C.C. (3d) 225 (Ont.C.A.); M. Neil Brown et al., « The Epistemological Role of Expert Witnesses and Toxic Torts », (1998) 36 *Am. Bus. L. J.* 1, 49.

363 Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.112 et 2.128.

364 *Id.*, paragr. 2.112.

365 Law Reform Commission (New South Wales), *op. cit.*, note 13, paragr. 8.27 [citant un commissaire dissident]; Lord Devlin a fait exactement la même remarque : Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.129.

les citoyens risquent d'être emprisonnés pendant de longues périodes au terme de procès au cours desquels l'État admet qu'il ne peut pas expliquer sa preuve dans des termes compréhensible pour tous.

Finalement, la légitimité des procédures constitue un enjeu. Est-ce qu'un groupe d'« experts » doit débattre et décider en secret de la liberté d'un individu ou est-ce que cette question doit être soumise à un groupe de pairs représentatif de la collectivité? Michael Hill, Q.C. et David Winkler, c.r. ont étudié cette question dans un document sur les jurys qu'ils ont préparé pour l'International Society for the Reform of Criminal Law en 2000. Voici ce qu'ils ont affirmé à propos du Fraud Trials Tribunal proposé et qui aurait été composé d'un juge et d'experts qualifiés³⁶⁶ :

[traduction] À la fin, nous en sommes arrivés à ce constat : les « experts » ne sont pas infaillibles, leurs points de vue peuvent être controversés et, de toute manière, seul un procès avec jury, avec toutes ses imperfections, répondrait de manière satisfaisante au fait que le public exige, avec raison, que l'administration de la justice criminelle dans les cas de fraude, comme pour toutes les autres infractions importantes exigeant un procès par voie de mise en accusation, soit équitable, transparente et indépendante.

Les assesseurs et les jurys spéciaux pourraient faire augmenter le risque de déclaration de culpabilité erronée

Ceci est un prolongement des points précédents. Le risque de déclaration de culpabilité erronée pourrait être plus élevé en raison : de la perte d'un organisme choisi de façon aléatoire dont les antécédents en matière d'établissement des faits sont manifestes; de procès par des experts tenus en secret; et de décisions dont les motifs de condamnation ne sont pas nécessairement intelligibles pour une personne ordinaire.

Le risque de déclaration de culpabilité erronée pourrait être encore plus élevé si l'expert passe directement à un rôle de décideur³⁶⁷. Des expériences récentes au Royaume-Uni illustrent les dangers de trop se

³⁶⁶ Michael Hill, Q.C. et David Winkler, c.r., « Juries: How Do They Work? Do We Want Them? » [décembre 2000, non publié]. [ndt : M. Hill est Q.C. (Queen's Counsel) en Angleterre, alors que M. Winkler est c.r. (conseiller de la reine) au Canada; cf. note 425.]

³⁶⁷ *R. c. Clark*, [2003] EWCA Crim. 1020; *R. c. Cannings*, [2004] EWCA Crim. 1; *R. c. Kai-Whitewind*, [2005] EWCA Crim. 1092; *R. c. Harris*, [2005] EWCA Crim. 1980.

fier aux experts devant le tribunal, particulièrement lorsque leurs points de vue sont contradictoires et changeants. Dans une étonnante série de causes, des experts à la barre des témoins se sont écartés de leur rôle de témoins pour endosser celui de plaideurs, et ils ont fini par être la cause directe de terribles erreurs judiciaires dans ce pays.

Des réformes qui peuvent aider

Outre les modèles des assesseurs profanes et des jurys spéciaux, beaucoup de choses peuvent être faites pour aider le jury à comprendre la preuve dans une cause très longue et complexe. J'en aborde quelques-unes, *infra*, dans les sections « Mettre un frein aux longs procès » et « Aider le jury à examiner la cause »; je ne les répéterai pas ici.

Il existe une initiative qui pourrait aider à évaluer les témoignages d'experts. Elle suppose la présentation d'une preuve au moyen d'un panel d'experts qui témoigneraient en groupe. Chaque témoin serait assermenté séparément et les avocats pourraient interroger un expert individuellement ou poser une question à l'ensemble du groupe. Cette approche offrirait la possibilité de créer un terrain d'entente ou de désaccord qui soit clair, et permettrait aux experts de commenter les points de vue des autres. Je pense que cela permettrait d'enraciner les enjeux dans un environnement relativement clair. Au Canada, cette approche a été utilisée, avec beaucoup de succès, dans les enquêtes publiques, et elle a été essayée en Australie en 1985³⁶⁸ :

[traduction] [...] une expérience réalisée en Nouvelle-Galles du Sud faisant appel à un groupe de témoins experts requiert une évaluation plus poussée. En 1985, la Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud a permis à cinq experts de témoigner. Chaque témoin a été assermenté et d'un commun accord, les deux parties ainsi que le juge qui présidait la cause ont pu poser des questions aux témoins. Les témoins pouvaient commenter le témoignage des autres et diverger d'opinion, ce qui a permis de faire ressortir les enjeux et de les examiner. Le jugement a noté que les problèmes techniques ont pu être réglés avec succès grâce à ces façons de faire et que cette méthode a permis de réduire considérablement la durée de l'audition. Finalement, on fait valoir que cette façon d'aborder le

368 Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.127.

témoignage d'expert ne peut que rendre la tâche du jury plus facile.

Bien qu'elle se situe aux limites de l'approche traditionnelle du système contradictoire, cette initiative doit être recommandée car son caractère informel fera davantage en sorte que les tribunaux et les experts consacreront leur temps aux enjeux qui sont vraiment en litige. De plus, le témoignage des experts risque fort d'être moins guidé et inhibé à cause d'une atmosphère dont on ne veut pas dans la salle d'audience.

Par conséquent, j'en tire deux conclusions. Premièrement, ni les assesseurs profanes ni les jurys spéciaux ne devraient être implantés au Canada. Deuxièmement, les juges de première instance devraient permettre à des panels d'experts de témoigner lors du procès en déposant une preuve en groupe.

Changement du lieu du procès

Le but des attentats terroristes est de glacer d'effroi les personnes visées. Dans certains cas, le groupe cible est petit et peut être défini avec précision. Dans d'autres cas, une collectivité entière est anéantie, comme lors de l'attentat à la bombe d'Oklahoma City en 1995³⁶⁹. Certains intellectuels ont fait valoir avec force que l'organisation des attentats du 11 septembre et la dévastation qui s'en est suivie a transformé en victime une nation entière, y compris les jurés éventuels et tous ceux ayant un lien avec l'affaire³⁷⁰.

Dans cette section, je vais examiner si et dans quelle mesure un procès de terrorisme peut être déplacé ailleurs au Canada, afin de s'assurer qu'un accusé qui est présumé avoir commis un horrible acte terroriste a droit à un procès équitable.

Dès le départ, je dois souligner que le Code criminel a été amendé en 2001 afin d'autoriser le tribunal d'une province à entendre une cause reliée au terrorisme provenant d'une autre province. La portée de cette disposition est cependant limitée, et il ne s'agit pas véritablement d'une disposition prévoyant le « changement du lieu du procès » dans son

369 Pour un examen de cette question, voir la section 5 de la Partie III.

370 Neil Vidmar, « When All of Us Are Victims: Juror Prejudice and "Terrorist" Trials », (2003) 78 *Chi-Kent L. Rev.* 1143; James Curry Woods, « The Third Tower: The Effect of the September 11th Attacks on the American Jury System », (2003) 55 *Ala. L. Rev.* 209; Bennett L. Gershman, « How Juries Get It Wrong—Anatomy of the Detroit Terror Case », (2005) 44 *Washburn L. J.* 327.

sens habituel. L'article 83.25 prévoit que le gouvernement fédéral peut entamer des procédures se rapportant à une infraction de terrorisme « dans toute circonscription territoriale au Canada ». Cependant, cette disposition ne concerne que les procédures fédérales, et non celles initiées par une province; son champ d'application se limite à une « infraction de terrorisme » (définie à l'article 2) ou à une infraction en vertu de l'article 83.12 (différentes infractions reliées au terrorisme), et non à d'autres types de crime qu'un groupe terroriste auraient pu commettre; dans le cas où l'accusation contient un « mélange » d'infractions de terrorisme et d'autres infractions, il n'est pas clair si la disposition est un tant soit peu applicable; aucun fondement juridique ne permet à l'accusé de demander que la cause soit renvoyée ailleurs.

Règle générale, en vertu de la common law, le procès pour une infraction criminelle est entendu dans le voisinage de l'endroit où le crime a eu lieu. Dans ce contexte, « voisinage » signifie le comté ou le district où le tribunal siège habituellement³⁷¹.

Le Code criminel a, dans diverses circonstances, étendu la compétence des tribunaux à d'autres circonscriptions territoriales³⁷².

Selon l'article 599 (1) du Code criminel, le ministère public ou l'accusé peuvent demander que le procès ait lieu dans une autre circonscription territoriale de la même province que celle où l'infraction serait autrement jugée, dans le cas où l'accusé ne pourrait pas avoir droit à un procès équitable dans cette circonscription territoriale.

Il appartient au requérant de démontrer qu'un procès complet et impartial ne pourrait avoir lieu dans le secteur où l'infraction a été commise³⁷³. Le changement du lieu du procès peut être justifié s'il existe une probabilité équitable et raisonnable que l'accusé subisse un préjudice, au point où des récusations ne garantiraient pas la tenue d'un procès impartial³⁷⁴. Il y a en effet une doctrine selon laquelle les intérêts de la justice exigent le changement du lieu du procès lorsque le juge de première instance

371 *R. c. Spintlum*, (1913) 15 D.L.R. 778 (B.C.C.A.), à la p. 786.

372 Voir, par exemple, les art. 465, 470, 476 et 599 (1). Noter également la définition de « circonscription territoriale » à l'art. 2.

373 *R. c. Adams*, (1946) 86 C.C.C. 425 (Ont.H.C.J.); *R. c. Boucher*, (1955) 113 C.C.C. 221 (C.S.Qué.); *R. c. Collins*, (1989) 48 C.C.C. (3d) 343 (Ont.C.A.); *R. c. Charest*, (1990) 57 C.C.C. (3d) 312 (C.A.Qué.); *R. c. Suzack*, (2000) 141 C.C.C. (3d) 449 (Ont.C.A.), paragr. 43, permission d'en appeler refusée : 152 C.C.C. (3d) v1.

374 *R. c. Beaudry*, [1966] 3 C.C.C. 51 (B.C.S.C.); *R. c. Alward*, (1976) 32 C.C.C. (2d) 416 (N.B.C.A.); dans le même sens, voir : *Sheppard c. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966).

conclut qu'en dépit des mécanismes de protection offerts par la loi, l'accusé n'aura pas droit à un procès équitable là où l'infraction a eu lieu³⁷⁵.

Cependant, en vertu de la loi existante, il n'existe aucun pouvoir de renvoyer dans le ressort d'une autre province un procès pour une infraction entièrement commise dans une province, indépendamment de l'importance du préjudice que subirait l'accusé dans la « province d'origine³⁷⁶ ».

L'enjeu principal est le suivant : lorsqu'un acte terroriste est horrible au point de transformer, dans les faits, en victimes les habitants d'une région entière du Canada, et que le juge de première instance est convaincu que l'accusé ne peut subir un procès équitable dans cette région, est-ce que le procès peut être déplacé vers une autre province ou territoire? En apparence, la réponse est « non », bien qu'à l'heure actuelle, il pourrait exister deux voies de solution.

Premièrement, dans le cas où un complot est allégué, n'importe quel tribunal canadien a compétence à l'égard d'un complot si : un acte manifeste fait en vue du complot a eu lieu dans son ressort, le complot a produit des effets dans son ressort, ou un des buts du complot était de causer du tort dans le ressort du tribunal³⁷⁷.

Deuxièmement, un juge de première instance d'une cour supérieure pourrait accorder une réparation en vertu de l'article 24 (1) de la Charte, en renvoyant l'affaire dans une autre province, lorsque le fait de restreindre le procès à un secteur où l'accusé n'a pas droit à un procès équitable viole les droits de l'accusé, garantis par les articles 7 et 11 (d) de la Charte³⁷⁸.

Cette dernière possibilité soulève deux problèmes éventuels. Premièrement, la juridiction qui « reçoit » pourrait être complètement submergée par cette affaire, et ne pas avoir les ressources nécessaires

³⁷⁵ *R. c. Suzack*, précitée, note 373, paragr. 42.

³⁷⁶ Art. 478 (1) du *Code criminel*; *R. c. Threinen*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 42 (Sask.Q.B.) [une tentative antérieure à l'adoption de la *Charte* de faire déplacer un procès de Saskatoon, en Saskatchewan, à Winnipeg, au Manitoba, en raison d'une publicité intensive avant le procès].

³⁷⁷ Art. 465 du *Code criminel*; *R. c. Libman*, (1985) 21 C.C.C. (3d) 206 (C.S.C.); D.P.P. c. *Doot*, [1973] A.C. 807 (HL); *R. c. Sanders*, [1984] 1 N.Z.L.R. 636 (C.A.); *R. c. Latif*, [1996] 1 All E.R. 353 (HL); *R. c. Smith*, [2004] 2 Cr. App. R. 17.

³⁷⁸ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, [2003] 3 R.C.S. 3; et dans le contexte d'un cautionnement dans les cas de déclaration de culpabilité erronée, voir : *R. c. Phillion*, [2003] O.J. No. 3422; *R. c. Driskell*, 2004 MBQB 3.

pour pouvoir la traiter de manière équitable et complète. Deuxièmement, il serait assez surprenant qu'une cour supérieure d'une province puisse ordonner à des fonctionnaires d'une autre province, malgré leurs objections, d'assumer la responsabilité d'une cause pour laquelle ils n'ont aucune responsabilité constitutionnelle, simplement en invoquant l'article 24 (1) de la Charte, bien que le Code criminel pourrait conférer au tribunal de tels pouvoirs réparateurs³⁷⁹.

Un dernier enjeu d'ordre pratique. Il ne faut pas sous-estimer les conséquences d'une ordonnance de renvoi sur les ressources disponibles, particulièrement s'il s'agit d'une cause importante. Cela représenterait pour la juridiction qui « reçoit » et, éventuellement pour le gouvernement du Canada, d'importants frais de déplacement et d'hébergement pour tous les témoins, les avocats et le personnel du tribunal.

En conclusion, je suis d'avis que le Code criminel devrait être amendé afin de permettre à une cour supérieure de juridiction criminelle qui juge un acte criminel d'ordonner que le procès ait lieu dans une autre province ou territoire précis, lorsque : a) le tribunal est convaincu que l'accusé n'aura pas droit à un procès équitable dans la juridiction d'origine; et b) le procureur général de la juridiction où on envisage d'envoyer la cause a été consulté et il a eu l'occasion de soumettre au tribunal ses observations concernant la cause.

Je pense également que le procureur général du Canada devrait prendre l'initiative de la création d'une série de protocoles d'entente afin de traiter des différentes conséquences administratives et des ressources nécessaires découlant du renvoi de causes d'une juridiction à l'autre, y compris des ententes entre le Canada et les provinces portant sur un financement approprié, considérant la responsabilité constitutionnelle du gouvernement du Canada en matière de droit et de procédure criminels, et celle des provinces en matière d'administration de la justice dans les provinces.

379 Évidemment, le gouvernement fédéral est compétent en matière de droit et de procédure criminels à l'échelle nationale, conformément à l'article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En vertu de l'article 92 (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'administration de la justice dans la province relève de la compétence des provinces. Dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*, précitée, note 378, paragr. 33 et 34, la Cour suprême du Canada a traité des circonstances dans lesquelles une réparation en vertu de l'article 24 (1) est convenable, mais elle met les tribunaux en garde, leur rappelant qu'ils doivent être conscients de leur rôle d'arbitre judiciaire et s'abstenir d'usurper les fonctions des autres branches du gouvernement.

Il y a une autre possibilité. La plupart des lois antiterrorisme modernes prévoit une compétence universelle. Par exemple, une cause semblable à celle d'Air India pourrait être jugée au Royaume-Uni, et la tragédie de Lockerbie, qui a eu lieu dans une région du Royaume-Uni, pourrait être entendue au Canada³⁸⁰.

Verdicts à la majorité dans les causes avec jury

i) Le cadre juridique actuel

Au Canada, tous les membres d'un jury siégeant dans une cause criminelle doivent en arriver à une décision unanime d'acquitter ou de condamner un accusé³⁸¹. Lorsqu'il y a plusieurs chefs d'accusation, la « règle de l'unanimité » s'applique individuellement pour chaque chef d'accusation. Si le jury est incapable de rendre un verdict unanime (ce qu'on appelle habituellement un « jury dans l'impasse » ou un « jury en désaccord »), le procès est déclaré nul³⁸², le jury est dissous, et l'affaire est reportée jusqu'à ce qu'un nouveau procès avec un autre juge et un autre jury ait lieu. Autrement, la poursuite peut décider de ne pas aller plus loin et demander un arrêt des procédures³⁸³.

Origines de la « règle de l'unanimité »

Les origines de la règle qui exige l'unanimité remontent au moins au XIV^e siècle³⁸⁴. Au début, la magistrature exerçait une certaine pression sur le jury afin qu'il rende un verdict unanime. Lord Devlin, dans son ouvrage classique intitulé *Trial by Jury*³⁸⁵, fait remarquer qu'à une certaine époque, les jurés non conformistes étaient emprisonnés; plus tard, pendant des siècles, le jury au complet était séquestré jusqu'à ce qu'il rende un verdict. Si l'audience était terminée, mais que le jury n'avait pas encore rendu un verdict, le juge [traduction] « emmenait le jury avec lui dans une carriole jusqu'à la ville voisine ». Dès les premiers temps et jusque tard au XX^e siècle,

380 Art. 7 (3.73-3.75) du *Code criminel*.

381 *R. c. Sims*, [1992] 2 R.C.S. 858; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Pan*, [2001] 2 R.C.S. 344.

382 Art. 653 (1) du *Code criminel*; voir également *R. c. Pan*, précitée, note 381, paragr. 28.

383 Autrement, d'un point de vue technique, la poursuite peut décider d'entamer le procès, de ne présenter aucune preuve, puis de demander un acquittement. C'est cette question que le commissaire LeSage devait examiner dans le cadre de la Commission d'enquête Driskell, tenue à Winnipeg, au Manitoba, du moins dans les cas où le ministre de la Justice du Canada conclut qu'une erreur judiciaire a pu se produire dans une cause : *Report of the Commission of Inquiry into Certain Aspects of the Trial and Conviction of James Driskell*, Winnipeg, 2007, aux pp. 123-145.

384 *Anonymous Case*, [1367] 41 LIB, auquel réfère *Cheatle c. The Queen*, (1993) 177 C.L.R. 541, à la p. 550 (HC).

385 London, Stevens and Sons, 1956 (réimprimé en 1971), à la p. 51.

les jurés étaient « détenus sans viande ni rafraîchissement ni feu ni chandelle » jusqu'à ce qu'ils arrivent à une entente³⁸⁶. Heureusement, les temps ont beaucoup changé et la Cour suprême du Canada a récemment confirmé qu'« il ne fait aucun doute que toute mesure coercitive est inacceptable³⁸⁷ ».

La situation internationale

Les verdicts à la majorité (10 contre 2) ont été instaurés au Royaume-Uni en 1967³⁸⁸, alors qu'en Écosse, un verdict à la « véritable » majorité (8 contre 7) est permis dans le cas d'un verdict de culpabilité depuis des décennies³⁸⁹.

La situation aux États-Unis et en Australie est pratiquement identique. La constitution garantit l'unanimité à l'échelle fédérale aux États-Unis³⁹⁰, et au niveau national (Commonwealth) en Australie³⁹¹, mais les législatures des États des deux pays — le niveau où la plupart des poursuites sont entamées aux États-Unis et en Australie — sont libres de prévoir des verdicts à la majorité; d'ailleurs, plusieurs États l'ont fait³⁹². La loi de

386 Lord Devlin, *op. cit.*, note 267, à la p. 50; voir également *R. c. G. (R.M.)*, précitée, note 381, paragr. 18 et, plus récemment, *R. c. Krieger*, 2006 CSC 47. L'article 647(5) du *Code criminel* indique clairement que le juge doit ordonner au shérif de fournir aux jurés des rafraîchissements, de la nourriture et un hébergement convenables et suffisants pendant qu'ils sont réunis et jusqu'à ce qu'ils rendent leur verdict. Aux États-Unis, les tribunaux font la même interprétation : *U.S. c. Piancone*, 506 F. 2d 748 (1974).

387 *R. c. G. (R.M.)*, précitée, note 381, paragr. 18. Pour un excellent examen de cette question, on peut se référer au rapport sur la réforme du droit, rédigé par la Law Reform Commission for New South Wales (Rapport 111 de 2005), qui a recommandé de maintenir la règle de l'unanimité. Malgré cette conclusion, les verdicts à la majorité ont été permis dans cet État en 2006. La présidente de la Law Society of New South Wales a immédiatement déclaré qu' [traduction] « on se souviendra du jour où les verdicts à la majorité ont été instaurés dans les procès criminels comme d'un triste jour pour la justice en Nouvelle-Galles du Sud ». Elle a poursuivi en disant que « des personnes innocentes risquent d'être condamnées par l'instauration de jurys rendant des verdicts à 11 contre 1 dans les procès criminels avec jury » : [http://www.lawsociety.com.au/page.asp?Partid=18228] (en anglais seulement). Aux États-Unis, la Cour suprême d'Arizona a créé un comité sur les jurys en 1993. En 1996, le comité a décidé, lors d'un vote à 14 contre 1, que la règle de l'unanimité ne doit pas être modifiée : [http://www.supreme.state.az.us/jury/Jury2/jury20.htm].

388 *Criminal Justice Act 1967*, 1967 (U.K.), c. 80, art. 1; voir à ce sujet *R. c. G. (R.M.)*, précitée, note 381, paragr. 22.

389 Lord Devlin, *op. cit.*, note 267, à la p. 56; Commission de réforme du droit du Canada, « Le jury en droit pénal » (document de travail 27), Ottawa, 1980, à la p. 155 (note 35); Law Reform Commission (New South Wales), *op. cit.*, note 13, paragr. 2.16 et 2.17.

390 La Cour suprême des États-Unis a décidé avec constance que la Constitution des États-Unis garantissant un procès avec jury emportait également l'exigence de l'unanimité dans les tribunaux fédéraux : *Thompson c. Utah*, 170 U.S. 343, à la p. 351 (1898); *Hawaii c. Mankichi*, 190 U.S. 197, à la p. 211 (1903); *Patton c. U.S.*, 281 U.S. 276, aux pp. 287 à 290 (1930); *Andres c. U.S.*, 333 U.S. 740, aux pp. 748-749 (1948); *Swain c. Alabama*, 380 U.S. 202, à la p. 211 (1965).

391 *Cheatle c. The Queen*, précitée, note 384.

392 À ce sujet, on peut se référer aux documents cités à la note 387.

Nouvelle-Zélande exige toujours du jury qu'il rende un verdict unanime dans les causes criminelles³⁹³.

Les arguments pour et contre le maintien du verdict unanime

Il existe de bons arguments autant en faveur que contre le maintien de la règle de l'unanimité. Les arguments en faveur de son maintien sont, selon moi, fondés sur des principes et ils sont plus convaincants. Le point de vue opposé, qui milite en faveur d'un verdict à la majorité, a tendance à être de nature spéculative, et il contient une petite note d'in terrorem.

I. Les arguments en faveur des verdicts à la majorité

Il existe quatre principaux arguments en faveur des verdicts à la majorité³⁹⁴.

a) Jurys dans l'impasse

Premièrement, certains font valoir que les verdicts à la majorité réduiraient davantage le nombre de jurys dans l'impasse que les verdicts unanimes, et que par conséquent, ils permettraient d'épargner le temps et les frais occasionnés par des nouveaux procès. Mais dans les faits, à quelle fréquence les jurys se retrouvent-ils dans l'impasse? Dans une des premières études réalisées par la Commission de réforme du droit du Canada, seulement 14 des 1 370 causes avec jury, soit environ 1,02 %, se sont soldées par un jury dans l'impasse. La même étude constate que seulement 8 % des juges de première instance interrogés trouvaient que les jurys dans l'impasse constituaient un grave problème au Canada³⁹⁵. On peut avec profit comparer ces statistiques à la situation qui prévaut dans d'autres pays. Aux États-Unis, environ 5 % des causes avec jury se terminent par un jury dans l'impasse, alors qu'en Angleterre, avant que les verdicts à la majorité soient permis, environ 3,5 à 4 % des causes avec jury se concluaient sur un désaccord³⁹⁶. Une étude récente menée en Australie est arrivée à la même conclusion : environ 0,4 % de toutes les

³⁹³ *Siloata c. R.*, [2004] N.Z.S.C. 28.

³⁹⁴ Il s'agit des arguments qui ont été élaborés et répandus au cours des dernières décennies : Lord Devlin, *op. cit.*, note 267; Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389; Law Reform Commission (New South Wales), Report 111 (2005) « Majority Verdicts »; *Cheatle c. The Queen*, précitée, note 384.

³⁹⁵ Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, aux pp. 21-22 et 156.

³⁹⁶ *Id.*, note 389, aux pp. 21 et suiv.

causes jugées avec un jury et, de ce nombre, environ 8 % des jurys n'ont pu s'entendre sur un verdict³⁹⁷.

Deux autres remarques doivent être faites concernant l'argument du « jury dans l'impasse ». Premièrement, il ne faut pas conclure qu'un jury dans une impasse est nécessairement mauvais. C'est souvent le signe d'un intérêt réel et légitime pour la cause³⁹⁸. Deuxièmement, l'instauration des verdicts à la majorité n'éliminera pas les jurys dans l'impasse. Il y aura toujours des cas où, pour une bonne raison, le jury n'arrive pas à s'entendre.

b) Le problème du juré déraisonnable ou « délinquant »

Il arrive à l'occasion qu'un juré ayant une opinion préconçue à l'égard de la cause, s'entête à ne pas vouloir participer aux délibérations du jury ou à ne pas écouter la preuve ou les points de vue des autres jurés. Ce comportement peut s'expliquer par une attitude déraisonnable tout autant que par de l'excentricité et, parfois, de la corruption. Le problème du juré « délinquant » est clairement un des arguments les plus forts avancés par ceux qui préconisent les verdicts à la majorité³⁹⁹.

Encore une fois, cependant, les statistiques et les études disponibles ont tendance à conclure que bien qu'en théorie, cela puisse être un problème, en pratique, ça ne l'est pas⁴⁰⁰. Comme la Law Reform Commission for New South Wales (Australie) l'a fait remarquer en 2005 : [traduction] « même si les verdicts à la majorité étaient instaurés, il n'y a aucune assurance que le problème du juré "délinquant" serait complètement éliminé⁴⁰¹ ».

³⁹⁷ Law Reform Commission (New South Wales 2005), *op. cit.*, note 394, paragr. 3.10.

³⁹⁸ *Id.*, note 394, paragr. 3.44 et 3.48; Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, aux pp. 21 et 23-24.

³⁹⁹ Le spectre du « juré délinquant » pèsent lourdement dans le débat en Australie : Law Reform Commission (New South Wales 2005), *op. cit.*, note 394, paragr. 1.22.

⁴⁰⁰ Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, aux pp. 21 et 24-26; University of Chicago Jury Project — Commission de réforme du droit du Canada, à la p. 24; Law Reform Commission (New South Wales 2005), *op. cit.*, note 394, paragr. 1.12-1.23. Et dans ce contexte, on peut se référer au cas bizarre et assez troublant de Gillian Guess qui, alors qu'elle était membre du jury dans une affaire de meurtre, a eu des relations sexuelles avec l'accusé pendant le procès : *R. c. Guess*, (2000) 148 C.C.C. (3d) 321 (B.C.C.A.); *R. c. Guess*, (2000) 150 C.C.C. (3d) 573 (B.C.C.A.). Cependant, Guess a tout de même été reconnue coupable de tentative d'entrave à la justice, et condamnée à 18 mois de prison. L'accusé, inculpé de meurtre, a été acquitté lors de son procès, mais suite à la découverte de sa relation avec la jurée, la Cour d'appel a ordonné qu'il subisse un deuxième procès : *R. c. Budai*, (2001) 154 C.C.C. (3d) 289, permission d'en appeler refusée : 160 C.C.C. (3d) vi.

⁴⁰¹ Law Reform Commission (New South Wales 2005), *op. cit.*, note 394, paragr. 2.23. La Cour suprême du Canada a également fait remarquer que la règle de l'unanimité pouvait dans les faits réduire l'effet qu'un juré partial peut avoir dans une cause : *R. c. Pan*, précitée, note 381, paragr. 99.

c) La règle de l'unanimité conduit, dans les faits, à des verdicts de compromis

Certains avancent que la règle de l'unanimité est une mascarade : le verdict donne l'impression que tous les jurés sont d'accord, mais il constitue ou bien un compromis, ou bien une décision à laquelle le jury est arrivé parce qu'une minorité « a capitulé » devant la pression exercée par les autres ou en raison de la formation d'une coalition au sein du jury⁴⁰².

Cet argument comporte deux aspects distincts : ou bien un verdict de « compromis » ou « négocié » afin d'éviter que le procès soit déclaré nul, ou bien la « reddition » de la minorité face aux points de vue prédominants de la majorité.

Quant au premier aspect, l'existence de verdicts de « compromis » ou « négociés » n'entraîne pas logiquement la conclusion qu'il faut instaurer les verdicts à la majorité. Une des forces du système du jury provient du fait que le verdict est le produit de l'interaction de 12 personnes. Comme la Cour suprême du Canada l'a noté de manière constante, c'est « le processus de délibération qui caractérise le système du jury⁴⁰³ ». Et comme l'a fait remarquer la High Court d'Australie dans un jugement unanime (7-0) rendu en 1993, [traduction] « la nécessité que tous les jurés en viennent à un consensus, qui découle de l'exigence de l'unanimité, encourage la délibération et offre une certaine garantie que les opinions de chaque juré seront entendues et discutées⁴⁰⁴ ».

Les études ont confirmé qu'un certain degré de « marchandage » ou de « négociation dure » a effectivement lieu dans la salle du jury, particulièrement lorsque tous les jurés s'entendent sur le fait que l'accusé est coupable de quelque chose, mais qu'ils sont en désaccord sur ce qu'est ce « quelque chose »⁴⁰⁵. Une étude néo-zélandaise, au cours de laquelle des jurés ont été interrogés après un procès, a démontré que certains jurés⁴⁰⁶ :

402 En disant cela, j'utilise le mot « minorité » d'une manière générique et je n'oublie pas la mise en garde exprimée par la Cour suprême du Canada quant à l'utilisation de ce mot dans les directives données au jury : *R. c. G. (R.M.)*, précitée, note 381, paragr. 16.

403 *R. c. Sims*, précitée, note 381; *R. c. G. (R.M.)*, précitée, note 381, paragr. 17.

404 *Cheatle c. The Queen*, précitée, note 384, à la p. 553.

405 Law Reform Commission (New South Wales 2005), *op. cit.*, note 394, paragr. 3.24.

406 *Id.*, paragr. 3.25.

[...] se sentaient mal à l'aise face au caractère sans scrupule de la décision, mais l'ont vu plus simplement comme une solution pragmatique et sensée au problème auquel ils étaient confrontés : ils pensaient tous que l'accusé était coupable de quelque chose, ils différaient d'opinion quant à la nature et au degré de cette culpabilité, et ils ont par conséquent décidé que des verdicts de « culpabilité » quant à certains des chefs d'accusation feraient en sorte que justice soit rendue, quoique cette justice soit peut-être dure, et que les frais d'un nouveau procès soient évités.

Quant au deuxième aspect, intuitivement, on soupçonne qu'il arrive parfois que la minorité cède effectivement à la majorité. Encore une fois cependant, ceci n'amène pas à la conclusion que la règle de l'unanimité doit être délaissée. Comme la Commission de réforme du droit du Canada l'a souligné : [traduction] « ce phénomène (le fait de céder) serait également présent dans les cas de verdicts à la majorité⁴⁰⁷ ».

d) Les verdicts unanimes sont contraires aux principes démocratiques

On affirme souvent que l'exigence de l'unanimité est contraire au processus de prise de décision que l'on trouve dans presque toutes les autres sphères de la vie publique : les corps législatifs, les cours d'appel et les tribunaux administratifs rendent tous des décisions en faisant appel à une forme ou l'autre de vote à la majorité. Pourquoi est-ce différent pour les jurys?

Cet argument repose sur plusieurs erreurs. Premièrement, le processus de prise de décision du jury ne ressemble en rien au rôle que jouent les autres organismes chargés de rendre des décisions⁴⁰⁸. Les différences sautent aux yeux : comme je vais en discuter brièvement, la règle de l'unanimité dans le système de justice criminelle est inextricablement liée au principe selon lequel la poursuite doit faire la preuve de la culpabilité hors de tout doute raisonnable. De plus, le jury doit réfléchir aux différentes questions qui lui sont soumises en se limitant à la preuve présentée et établir les faits sans se perdre dans des considérations de politique législative ou publique. Ce rôle est assez différent de celui que jouent les autres organismes du secteur public chargés de rendre des décisions.

407 Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, à la p. 28.

408 *Id.*, à la p. 26.

Cet argument ne comprend pas bien le rôle du jury, et ce, pour une deuxième raison importante. Les jurés ne font pas qu'écouter la preuve, pour ensuite voter. Leurs délibérations et les discussions qui ont lieu dans la salle du jury constituent un élément crucial du système du jury. La Cour suprême du Canada, abordant la question de l'objectif de l'exhortation au jury, a exprimé cette idée de la façon suivante⁴⁰⁹ :

[...] l'exhortation est axée sur le processus de délibération qui caractérise le système du jury. Une partie essentielle de ce processus consiste à écouter les opinions d'autrui et à les prendre en considération. Il permet de changer des opinions personnelles de sorte que le verdict représente plus qu'un simple vote; il représente l'opinion réfléchie de jurés qui ont écouté les idées de chacun et les ont considérées. [nous soulignons]

409 *R. c. Sims*, précitée, note 381.

II Les arguments en faveur du maintien de la règle de l'unanimité

Six arguments de base militent en faveur du maintien de la règle de l'unanimité.

a) La règle de l'unanimité est inextricablement liée au fardeau de la preuve qui incombe à la poursuite

Le verdict criminel est fondé sur l'absence de doute raisonnable. Si au sein d'un jury, agissant de manière raisonnable, il existe des points de vue différents sur la question de la culpabilité, en soi, cela laisse supposer l'existence d'un doute raisonnable ⁴¹⁰.

Sir James Fitzjames Stephen a présenté cette question de la manière suivante en 1883⁴¹¹ :

[traduction] [...] personne ne doit être déclaré coupable d'un crime, à moins que sa culpabilité ne soit prouvée hors de tout doute raisonnable. Comment peut-on prétendre que cette condition a été remplie, alors que certains des juges qui doivent statuer sur l'affaire ont dans les faits un doute?

b) La règle de l'unanimité est une protection contre une déclaration de culpabilité erronée

Le fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable joue au moins deux rôles fondamentaux dans le système de justice criminelle : il réduit considérablement le risque de condamner un innocent, et il favorise l'acceptabilité et la légitimité morales du verdict. Le verdict unanime sert ces deux objectifs importants⁴¹². Par conséquent, il s'ensuit que le fait d'accepter des verdicts à la majorité dans les procès avec jury pourrait

⁴¹⁰ Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, à la p. 28; Law Reform Commission (New South Wales), *op. cit.*, note 13, paragr. 3.3; *Cheatle c. The Queen*, précitée, note 384, aux pp. 553-554; Lord Devlin, *op. cit.*, note 267, à la p. 56; Sir James Fitzjames Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, London, 1883, vol. I, aux pp. 304-305.

⁴¹¹ Sir James Fitzjames Stephen, *op. cit.*, note 410, aux pp. 304-305; Lord Devlin a cité et approuvé ces propos dans *op. cit.*, note 267.

⁴¹² *R. c. Pan*, précitée, note 381, paragr. 99; *Cheatle c. The Queen*, précitée, note 384, à la p. 551; Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, aux pp. 28-29.

accroître le risque d'une déclaration de culpabilité erronée et, par la même occasion, diminuer la confiance du public dans les verdicts rendus seulement à la majorité⁴¹³.

c) Les verdicts unanimes fondés sur un processus de délibération dans le cadre d'un processus collectif de prise de décision caractérisent le système du jury

Le jury est efficace⁴¹⁴ parce qu'il intègre deux caractéristiques fondamentales dans le processus de prise de décision : l'expérience collective et la mémoire de 12 personnes, ainsi qu'un processus de délibération qui encourage à faire des concessions mutuelles permettant de tester, raffiner, confirmer et rejeter des idées et des arguments⁴¹⁵.

L'exigence de l'unanimité est nécessaire afin de s'assurer que ces caractéristiques de la prise de décision soient présentes. Comme l'a noté la Commission de réforme du droit du Canada⁴¹⁶ :

[traduction] Il ressort de la recherche empirique sur le processus de délibération du jury : premièrement, que les points de vue de la minorité ont plus de chances d'être exprimés et considérés dans le cadre de la règle de l'unanimité, et deuxièmement, que la qualité du débat est supérieure. On peut conclure de ces faits que la probabilité d'en arriver à une décision correcte est plus grande dans le cadre de la règle de l'unanimité.

d) La règle de l'unanimité favorise la confiance du public dans le système de justice criminelle

La force du verdict rendu par un jury réside non pas dans l'appréciation de la preuve faite par chaque juré individuellement, mais plutôt dans le caractère unanime de la conclusion à laquelle le jury est arrivé en tant que groupe⁴¹⁷. Des études ont démontré que les jurés eux-mêmes préfèrent

413 *Cheatle c. The Queen*, précitée, note 384, à la p. 553; Law Reform Commission (New South Wales 2005), *op. cit.*, note 394, paragr. 3.15 et 3.16; Lord Devlin, *op. cit.*, note 267, à la p. 56.

414 Il serait plus juste de dire que l'on pense que le jury est efficace, en raison du peu de recherches menées sur le sujet.

415 Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, à la p. 29.

416 *Ibid.*

417 *R. c. Pan*, précitée, note 381, paragr. 99.

l'exigence de l'unanimité⁴¹⁸ et que le public au Canada est favorable à l'exigence de l'unanimité, au moins dans les cas d'accusations graves⁴¹⁹. Les quelques études disponibles suggèrent également que le public a le sentiment que les verdicts rendus à l'unanimité sont « sûrs »; ceci est important car les jurys ne sont pas obligés d'expliquer les raisons ayant motivé leur verdict⁴²⁰.

Certains font valoir que l'unanimité favorise la confiance du public, alors que les jurys dans l'impasse, qui découlent de l'exigence de l'unanimité, ont tendance à miner la confiance du public. On peut répondre à cet argument de deux manières. Premièrement, comme je l'ai mentionné plus tôt, il n'y a aucune preuve au soutien du fait que les jurys dans l'impasse soient répandus au Canada ou, dans les faits, ailleurs dans tout le Commonwealth, exception faite peut-être de l'Australie. Deuxièmement, il y aura des jurys dans l'impasse, que la règle exige un verdict unanime ou un verdict à la majorité.

e) Les jurés peuvent avoir de bonnes raisons d'être en désaccord

Le simple fait qu'il arrive de temps en temps que les jurys soient dans l'impasse ne constitue pas, en soi, une raison suffisante de conclure que le système du procès avec jury ne fonctionne pas ou qu'il soit nécessaire de le réformer. Parfois, peut-être souvent, il arrive que les jurés ne soient pas d'accord parce que la cause est difficile, et non parce qu'un ou deux jurés sont entêtés.

Une étude portant, j'en conviens, sur un petit nombre de jurys dans l'impasse en Nouvelle-Zélande (5) est utile, voire instructive⁴²¹. Dans trois des causes, les jurés [traduction] « ont pu justifier leur désaccord de manière clairement détaillée et raisonnée⁴²² ». Dans les deux autres, le désaccord a été considéré comme étant bien fondé : dans un des procès, les chercheurs ont conclu que le point de vue majoritaire aurait dans les faits conduit à un mauvais verdict; dans le second, le fond de l'affaire a été soupesé et le juge était du même avis que la minorité⁴²³. Dans ce genre de causes, le fait que le jury soit dans l'impasse ne semble pas déraisonnable.

418 Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, à la p. 30.

419 *Id.*, à la p. 31.

420 Law Reform Commission (New South Wales 2005), *op. cit.*, note 394, paragr. 3.15 et 3.16.

421 *Id.*, paragr. 3.14.

422 *Ibid.*

423 *Ibid.*

Entre parenthèses, il faut noter que ce type de données n'est pas disponible au Canada en raison de l'interdiction de divulguer les délibérations d'un jury, prévues à l'article 649 du Code criminel. Dans une démarche inhabituelle, la Cour suprême du Canada a recommandé en 2001 que le Code criminel soit amendé afin de permettre à la communauté scientifique de mener des recherches empiriques sur le travail des jurys dans le contexte judiciaire canadien. Cela éviterait de s'appuyer sur des hypothèses et des extrapolations fondées sur des études réalisées dans d'autres pays⁴²⁴. Jusqu'à maintenant, le gouvernement du Canada n'a pas donné suite à cette recommandation⁴²⁵.

f) Les verdicts à la majorité pourraient ne pas jouir de la protection de la Constitution au Canada

Outre les politiques pouvant justifier le maintien de la règle de l'unanimité ou l'instauration des verdicts à la majorité, cette question soulève, à mon point de vue, un enjeu constitutionnel significatif : est-ce que le droit de bénéficier d'un procès avec « jury » prévu à l'article 11 f) de la Charte canadienne des droits et libertés comprend, à titre d'élément central, un verdict unanime? Il n'existe aucune doctrine sur ce sujet au Canada, ce qui n'est pas étonnant⁴²⁶. À mon avis, il y a un risque significatif qu'advenant le cas où le gouvernement du Canada déciderait d'aller de l'avant avec les verdicts à la majorité, à tout le moins dans les cas d'« infractions graves⁴²⁷ » telles que le meurtre, la Cour suprême du Canada rendrait la loi inopérante en vertu de l'article 52 (1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

-
- 424 *R. c. Pan*, précitée, note 381, paragr. 100 et suiv. Dans une phase initiale, certains travaux ont été réalisés avec jurys simulés au Canada : Valerie Hans et Anthony Doob, « Section 12 of the *Canada Evidence Act* and the Deliberations of Simulated Juries », (1975) 18 C.L.Q. 235. Des recherches ont été faites à l'échelle internationale, mais il semble évident que les efforts ont été insuffisants jusqu'à maintenant : Dr Paul Robertshaw, « A Future for Jury Research? », Cardiff Law School, Royaume-Uni, dans un article d'abord publié sous un autre titre dans *The Times*, le 23 octobre 2001.
- 425 On m'a informé que le Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice, composé de juges canadiens, de procureurs de la Couronne et d'avocats de la défense, examine actuellement cette question : [www.doj.ca/fr/esc-cde/rep.html]. En outre, le juge en chef à la retraite Lamer a fait des commentaires sur cette question dans son rapport sur les erreurs judiciaires survenues à Terre-Neuve : [http://www.justice.gov.nl.ca/just/lamer] (en anglais seulement), aux pp. 3-9, recommandation 16; voir également Dr Paul Robertshaw, « A Future for Jury Research? », *op. cit.*, note 424 : [http://www.isrcl.org/otherpapers/robertshaw.pdf] (en anglais seulement). Michael Hill, Q.C. (en Angleterre) et David Winkler, c.r. (au Canada) ont fait des recommandations semblables dans un document qu'ils ont rédigé pour l'International Society for the Reform of Criminal Law en 2000 : « Juries: How Do They Work? Do We Want Them? », *op. cit.*, note 366, aux pp. 31 et 35-36. La loi demeure inchangée malgré toutes ces supplications.
- 426 On peut se référer à *R. c. Bryant*, (1984) 16 C.C.C. (3d) 408 (Ont.C.A.); *R. c. Brown*, (1995) 26 CRR (2d) 325 (CMAC); *R. c. Pan*, précitée, note 381.
- 427 Telles que définies à l'article 2 du *Code criminel*.

Dans *R. c. Pan*, la Cour suprême du Canada (9-0) a déclaré ce qui suit⁴²⁸ : « [l']obligation d'unanimité du verdict est un élément central de notre institution du jury⁴²⁹ ». Bien que le jugement de la Cour suprême n'arrive pas à définir les verdicts unanimes comme étant une exigence constitutionnelle, il est clair que l'unanimité est une caractéristique importante de l'actuel système du jury au Canada.

En résumé, j'en arrive à la conclusion : qu'il y a de solides raisons de politiques de conserver les verdicts unanimes; qu'aucune raison convaincante n'a été démontrée pouvant justifier de changer la loi; que les « faiblesses » que l'on attribue aux verdicts unanimes continueraient d'exister dans un système de verdict à la majorité, et qu'il y a un risque significatif qu'advenant le cas où le gouvernement du Canada déciderait d'aller de l'avant avec les verdicts à la majorité, la loi serait déclarée inconstitutionnelle. Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que l'exigence de l'unanimité pour les procès avec jury doit être maintenue et que le Code criminel ne doit pas être amendé afin de permettre de rendre des verdicts à la majorité.

Cependant, il me semble que le gouvernement du Canada devrait amender l'article 649 du Code criminel afin de permettre la recherche empirique sur le processus de prise de décision des jurys au Canada, afin de contribuer à une réforme législative future. Ce changement ne devrait survenir qu'après avoir consulté la communauté des sciences sociales, la magistrature et les avocats, afin de s'assurer que les principes et les méthodes utilisés dans le cadre de la recherche sur le processus de délibération du jury soient clairs, ainsi que les précautions qui seront nécessaires.

Quelques considérations non structurelles

À l'heure actuelle, certains enjeux structurels, particulièrement ceux relatifs au jury, augmentent le risque qu'aucun verdict ne soit rendu au terme de longs procès de terroristes. Plus tôt dans cette partie, j'ai exposé brièvement une série de possibilités de réforme qui, de façon individuelle ou cumulée, diminueraient ce risque.

Alors que des réformes structurelles peuvent diminuer le risque, il m'est apparu clairement qu'un certain nombre de réformes non structurelles

⁴²⁸ *R. c. Pan*, précitée, note 381, paragr. 99.

⁴²⁹ *Ibid.*

sont également nécessaires afin de s'assurer que même un procès de terroristes très long et complexe se déroule de manière équitable et appropriée et qu'il se termine par un verdict.

Quant aux réformes non structurelles, elles ne font pas l'objet de la présente analyse. Cependant, comme elle ne serait pas complète si je n'en parlais pas du tout, je vais les aborder mais brièvement et, je l'espère, d'une manière suffisamment claire pour qu'on comprenne bien leur importance.

Il y a deux réformes non structurelles principales : mettre un frein aux très longs procès et aider le jury à examiner la cause de façon complète. Une fois combinés, ces deux éléments aideraient beaucoup à faire en sorte que la longueur des procédures soit gérable et que les enjeux soient bien définis afin que le juge des faits puisse les examiner en entier et de façon équitable.

A) Mettre un frein aux longs procès

La poursuite ne doit pas surcharger l'acte d'accusation

Bien plusieurs facteurs contribuent à la longueur et à la complexité d'un procès criminel, c'est l'acte d'accusation qui tend à définir la « forme » globale des procédures. La poursuite doit éviter de surcharger l'acte d'accusation en y inscrivant des douzaines d'accusés et des douzaines (ou des centaines) de chefs d'accusation, comme cela s'est produit dans certains mégaprocès ratés de gangs. Tel que le comité consultatif de la juge en chef de la Cour supérieure de justice de l'Ontario l'a noté dans son rapport de 2006 : [traduction] « pourquoi inculper quelqu'un de 16 chefs d'accusation alors qu'un acte d'accusation comprenant quatre chefs et comportant les allégations les plus graves, permettrait de mieux orienter le procès?⁴³⁰ »

En ce qui concerne le nombre d'accusés, il existe tant au Canada qu'aux États-Unis une doctrine proposant que règle générale, du moins dans les procès dont on s'attend qu'ils soient très longs, le nombre d'accusés

430

New Approaches to Criminal Trials. The Report of the Chief Justice's Advisory Committee on Criminal Trials in the Superior Court of Justice (Ontario), daté du mois de mai 2006 mais publié en octobre 2006: [http://www.ontariocourts.on.ca/superior_court_justice/reports/ctr/ctreport.htm] (paragr. 239) (en anglais seulement).

pour un seul acte d'accusation ne soit pas supérieur à huit environ⁴³¹. Habituellement, on peut y arriver en regroupant les principaux défendeurs, en entamant des procédures distinctes et plus courtes contre les acteurs secondaires, et en exerçant un pouvoir discrétionnaire de ne pas poursuivre les personnes qui ont joué un rôle très limité dans l'affaire⁴³².

En ce qui concerne les chefs d'accusation, il ne faut pas oublier qu'il faut rendre un verdict distinct pour chaque chef. Cela suppose de déterminer quels sont les chefs d'accusation portés contre quel accusé, quelle preuve s'applique à quel chef d'accusation et à quel défendeur. Dans *R. c. Pangman*⁴³³, la cause telle qu'elle avait été conçue à l'origine, aurait exigé que le jury rende 240 verdicts distincts⁴³⁴.

J'aimerais faire un commentaire particulier sur les chefs d'accusation de complot. Il existe un vieux mythe persistant selon lequel le fait de porter des accusations de complot permet d'étendre les règles de preuve. Ceci n'est pas exact. La soi-disant exception à la règle du oui-dire eu égard au coauteur du complot s'applique autant au complot qu'aux chefs d'accusation d'infractions matérielles lorsque la preuve démontre que les accusés ont agi de concert et en vue d'un objectif commun⁴³⁵. Ceci est important pour deux raisons. Premièrement, l'ajout de chefs d'accusation de complot est souvent superflu et a pour effet d'allonger la durée du procès et de rendre incroyablement complexes, voire incompréhensibles, les directives données au jury⁴³⁶.

Deuxièmement, la stratégie selon laquelle des accusations de complot sont portées afin d'« étendre » les règles de preuve est discutable, considérant le fait que la preuve d'infractions matérielles est habituellement plus facile et moins longue à faire. En effet, l'usage voulant que l'on porte une accusation de complot, alors qu'il est possible de faire la preuve des

431 *R. c. Pangman*, (2000) 149 Man. R. (2d) 68 (Q.B.), paragr. 30; *U.S. c. Casamento*, 887 F2d 1141 (2nd Circuit Court of Appeal), cert. den. 493 U.S. 1081 (1990); *U.S. c. Gambino*, 729 F. Suppl. 954 (SDNY); Eugene G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings and Practice in Canada*, 3e éd., Aurora, 2006, paragr. 9.13015 et 9.13230.

432 Évidemment, la poursuite peut toujours exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas entamer de procédures, malgré l'existence d'une preuve démontrant la commission d'une infraction : *R. c. Catagas* (1977), 38 C.C.C. (2d) 296 (Man.C.A.).

433 *R. c. Pangman*, précitée, note 431.

434 *Id.*, paragr. 3

435 *R. c. Koufis*, (1941) 76 C.C.C. 161 (C.S.C.), à la p. 168; voir également Bruce A. MacFarlane, Robert Frater and Chantal Proulx, *Drug Offences in Canada*, 3e éd., Toronto, 2006, paragr. 8.920 et suiv. pour un examen des principes et de la jurisprudence dans ce domaine.

436 Bruce A. MacFarlane, Robert Frater and Chantal Proulx, *op. cit.*, note 435, paragr. 8.1000.

infractions matérielles sous-jacentes, a été critiqué par les plus hauts tribunaux des États-Unis, du Royaume-Uni et d'Australie⁴³⁷.

Contrôle de l'autorité judiciaire et gestion des très longs procès

Pratiquement toutes les études portant sur le problème des longs procès criminels insistent sur la nécessité que l'autorité judiciaire joue un rôle dominant et exerce un contrôle eu égard au processus en place dans un contexte contradictoire⁴³⁸.

Deux enjeux, en particulier, sont apparus : les requêtes préalables au procès et les voir-dire. En ce qui concerne le premier enjeu, le juge Moldaver de la Cour d'appel de l'Ontario a récemment fait remarquer que [traduction] « les requêtes préalables au procès durent régulièrement de deux à trois fois plus longtemps que le procès lui-même⁴³⁹ ». Un comité consultatif sur les procès criminels en Ontario, composé de juges expérimentés, de procureurs de la Couronne et d'avocats de la défense, est d'accord avec le juge Moldaver lorsqu'il affirme que [traduction] « les procès sont plus longs principalement à cause de l'augmentation du nombre de requêtes préalables au procès⁴⁴⁰ ».

Au cours des dernières années, la magistrature, les avocats et le gouvernement, tant au Canada qu'au Royaume-Uni, ont entrepris un certain nombre d'études en vue de retrouver le contrôle des procès criminels de plus en plus longs. Ces études comprennent : un rapport de janvier 2004 des chefs de poursuites pénales aux niveaux fédéral, provincial et territorial; un rapport de février 2004 du Barreau du Québec; un rapport de 2004 du Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice; les Rules and Practice Direction du Royaume-Uni, émises en

437 *Krulewitch c. U.S.*, 69 S. Ct. 716 (1949); *Verrier c. DPP*, [1967] 2 A.C. 195 (HL); *R. c. Hoar*, (1981) 56 ALJR 43 (HC).

438 Le très honorable lord juge Auld, *New Approaches to Criminal Trials*, op. cit., note 430; *Review of the Criminal Courts of England and Wales*, Londres, 2001, au chap. 6 en particulier; *Control and Management of Heavy Fraud and Other Complex Criminal Cases* (un protocole émis par le lord juge en chef d'Angleterre et du pays de Galles, le 22 mars 2005), op. cit., note 261; David Kirk, « Fraud Trials: A Brave New World », (2005) 69 *Jo CL* 6; JURY SERVICE IN VICTORIA (AUSTRALIA), Victoria Parliament Law Reform Commission, rapport final, volume 3, 1997, paragr. 2.211; Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice, *L'efficacité et l'accès en matière de justice*, rapport final sur les mégaprocès, publié par les ministres de la Justice du Canada en 2005.

439 *New Approaches to Criminal Trials*, op. cit., note 430, paragr. 307; le juge Moldaver a réitéré ses inquiétudes un an plus tard, exhortant la magistrature et les avocats à affronter [traduction] « les démons jumeaux de la complexité et de la longueur des procédures ». Son discours se trouve sur le site Web des Cours de l'Ontario : [http://www.ontariocourts.on.ca/court_of_appeal/speeches/state.htm] (en anglais seulement).

440 *Id.*, paragr. 307.

mars 2005 par le lord juge en chef d'Angleterre et du pays de Galles; et finalement, le rapport et les recommandations de mai 2006 du Comité consultatif en Ontario.

Ces rapports ont un thème en commun : le système de gestion d'instance préalable au procès doit être grandement amélioré. Selon moi, la nécessité d'un processus plus solide de gestion préalable au procès a été clairement exprimée au Canada. En effet, plusieurs mégaprocès ont déjà échoué à l'étape préalable au procès en raison d'un manque de gestion efficace. Dans ce contexte, il me semble que deux mécanismes sont essentiels si l'on veut exercer un contrôle dans les cas de procédures qui se prolongent :

- a) le juge présidant la conférence préparatoire doit avoir des pouvoirs légaux clairement définis afin de gérer ces causes. Les différents rapports auxquels j'ai référé plus haut tendent à suggérer qu'il existe un certain degré de cynisme par rapport à la gestion d'instance préalable au procès parce qu'il n'y a pas de réels mécanismes d'application. Ces rapports présentent en détail des modèles utiles d'application;
- b) lorsque dans le but de mieux diriger le procès, le tribunal de première instance sépare les chefs d'accusation d'un acte d'accusation qui autrement aurait été surchargé, cela me paraît être dans l'intérêt de la justice de s'assurer que les décisions rendues sur les requêtes préalables au procès s'appliquent à tous les procès séparés. Par exemple, lorsque l'enquête produit un nombre significatif de communications privées interceptées, il est logique que les décisions concernant leur admissibilité s'appliquent à l'ensemble des procès. Cela signifierait qu'un seul long voir-dire sur les conversations mises sous écoute suffirait.

Comme le juge Moldaver l'a déclaré dans son discours de 2006, la prolifération de requêtes préalables au procès fondées sur la Charte est pratiquement hors de contrôle et commence à affecter la foi et la confiance du public dans notre système de justice criminelle. Les démons jumeaux de la complexité et de la longueur des procédures sont toujours une plaie pour le système et [traduction] « menacent son existence même. » C'est pourquoi je suis d'avis que le gouvernement du Canada devrait examiner attentivement les différentes recommandations contenues dans ces rapports et déterminer la meilleure manière de s'assurer qu'elles se traduisent effectivement dans le droit et dans la pratique.

Les voir-dire soulèvent des questions distinctes mais semblables. La question principale se concentre sur les fondements de la décision : est-ce que la preuve doit être présentée de vive voix ou est-ce que les décisions doivent être fondées sur les observations présentées par les avocats? La différence pourrait faire en sorte que la présentation de la preuve et le temps passé devant le tribunal pourraient durer des mois. Sur cette question, la Cour suprême du Canada a, en 2005⁴⁴¹, cité et approuvé les commentaires suivants, tirés d'une décision antérieure de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique⁴⁴² :

D'une façon générale, je crois que la raison pour laquelle il convient de tenir, ou de ne pas tenir, un voir-dire, ainsi que la conduite de cette procédure devraient, si possible, être fondées sur les déclarations des avocats et déterminées en fonction de celles-ci.^[443 ...] J'estime que les juges doivent faire preuve de plus de fermeté qu'auparavant à cet égard parce que ce type d'enquête gruge une partie beaucoup trop grande du temps des tribunaux.

À mon avis, ce sont les observations des avocats qui sont à la base des raisons de tenir ou non un voir-dire et qui déterminent la façon de mener ces procédures.

Divulgence efficace de la preuve

Les causes longues et complexes comportent souvent une grande quantité de documents déposés en preuve. Cela peut signifier des dizaines de milliers de pages et, parfois, des centaines de milliers de pages. La gestion des documents est un enjeu crucial à deux égards : la

441 *R. c. Pires*, [2005] 3 R.C.S. 343, paragr. 34 (7-0); Il reste à savoir si et jusqu'à quel point le jugement dans *Pires* pourrait être maintenu suite à la décision dans *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57. Khelawon semble insister sur l'importance de vérifier la preuve pendant un voir-dire, bien que le juge Charron, qui a rendu le jugement pour la Cour, n'a pas fait référence à la décision antérieure rendue dans *Pires*.

442 *R. c. Vukelich*, (1996) 108 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.).

443 « C'est la façon la plus rapide de résoudre ces problèmes : voir *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.), p. 62; *R. c. Hamill* (1984), 14 C.C.C. (3d) 338 (C.A.C.-B.); et *R. c. Kutynec* (1992), 70 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), p. 301. » [ndt : citation tirée de *R. c. Pires*, précitée, note 441, paragr. 34.]

divulgaration de la preuve à la défense⁴⁴⁴ et une utilisation efficace devant le tribunal. La technologie nous permet d'atteindre ces deux objectifs.

Je suis d'avis que lorsque la police et le procureur de la Couronne sont en mesure de déterminer quand des accusations seront portées, la divulgation de la preuve dans les causes d'importance devrait être planifiée et préparée à l'étape de l'enquête, et la preuve devrait être communiquée à l'accusé au moment où les accusations sont portées ou très peu de temps après. De plus, selon moi, le gouvernement du Canada devrait envisager d'amender le Code criminel afin de permettre explicitement la divulgation électronique de la preuve, sous la supervision du tribunal de première instance.

B) Aider le jury à examiner la cause

Il y a un certain nombre de changements qui pourraient aider le jury à comprendre la cause telle que présentée par la poursuite et la défense, ainsi que les directives données par le juge de première instance à propos du droit. Quatre changements particuliers devraient être envisagés.

Modèle obligatoire de directives au jury

Des modèles de directives ont été instaurés aux États-Unis depuis plusieurs décennies. Plusieurs raisons ont amené ce pays à les adopter. Premièrement, les juges de première instance, particulièrement les nouveaux, passaient trop de temps à rédiger des directives particulières plutôt que de se concentrer sur la preuve. Deuxièmement, même lorsque les juges de première instance réussissaient à donner des directives légalement correctes, ils avaient rarement le temps ou la capacité d'expliquer le droit d'une manière simple et intelligible. Finalement, et c'est la raison la plus importante, les appels alléguant des erreurs commises dans les directives enrayaient le fonctionnement de la cour

444 *R. c. Trang*, 2002 ABQB 744, paragr. 397 (devoir de divulgation de la preuve dans le contexte d'une enquête de grande envergure); *R. c. Rose*, 2002 Canlii 45358 (Q.C.S.C.), paragr. 13, 14 et 27 (nous devons sûrement passer de la divulgation de la preuve sur support papier à la divulgation électronique de la preuve); *R. c. Lam*, 2004 ABQB 101 (divulgation électronique de la preuve présentée, requête de la défense pour un autre méthode de divulgation rejetée); *R. c. Bigge*, (2004) SKQB 500 (ordonnance de divulgation de la preuve sur support papier); il est à noter que le Comité directeur sur l'efficacité et l'accès en matière de justice, composé de juges canadiens, de procureurs de la Couronne et d'avocats de la défense, a recommandé paragr. 5.16 de son rapport final sur les mégaprocès, publié par les ministres de la Justice en 2005, l'utilisation de la divulgation électronique de la preuve, si les circonstances le permettent.

d'appel de ce pays. Ces trois problèmes ont diminué suite à l'instauration des modèles de directives⁴⁴⁵.

L'avantage des modèles de directives a fait l'objet d'un débat au Canada depuis que la Commission de réforme du droit du Canada les a proposées pour la première fois en 1980⁴⁴⁶. La Commission a conclu que l'utilisation de consignes pour les directives au jury présentait cinq principaux avantages, soit : économiser du temps, favoriser l'exactitude, assurer un traitement uniforme, favoriser l'impartialité et améliorer l'intelligibilité⁴⁴⁷.

Il existe trois séries de modèles de directives au jury au Canada; elles sont bien conçues quoique informelles. Bien qu'elles soient facilement disponibles, elles n'ont pas encore joué un rôle significatif au niveau des cours d'appel au Canada⁴⁴⁸.

La Cour suprême du Canada a également mis au point des modèles de directives dans trois domaines distincts du droit. La Cour a cependant noté que des variations sur les thèmes suggérés dans ces modèles pouvaient être acceptées. Plutôt que de réduire le nombre d'appels, un auteur a fait valoir avec force que ces modèles non obligatoires créés par les tribunaux ont engendré un très grand nombre de litiges en appel. Cet auteur conclut comme suit⁴⁴⁹ :

[traduction] Lorsqu'un juge de première instance ne réussit pas à incorporer les mots exacts d'un modèle dans ses directives finales, cela constitue automatiquement un motif d'appel. Les litiges en appel deviennent nécessaires afin de déterminer si les directives particulières rédigées par le juge satisfont aux normes établies dans le modèle. Par conséquent, le système actuel de donner des directives au jury exige des juges de première instance de rédiger des directives particulières, qui demandent par la suite d'être révisées en appel afin de confirmer qu'elles sont suffisantes. Cette éblouissante inefficacité illustre clairement la nécessité d'une réforme. Le fait d'instituer un ensemble de directives obligatoires et officiellement sanctionnées

445 Jordan Hawschildt, « Deadlocked: The Case for Mandatory Pattern Instructions in Criminal Jury Trials », (2005) 50 CLQ 453, à la p. 459.

446 Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, aux pp. 78-87.

447 *Id.*, à la p. 81.

448 Jordan Hawschildt, *op. cit.*, note 445, à la p. 460.

449 *Id.*, à la p. 480.

destinées au jury réduirait de façon significative la fréquence des contestations en rapport avec les directives au jury.

Les modèles obligatoires de directives au jury seraient avantageux pour le public, et ce, d'au moins deux manières. Premièrement, ils utilisent un langage simple et le jury les comprendrait mieux. Deuxièmement, ils réduiraient ou élimineraient le nombre de très longs procès de terrorisme (et, dans les faits, tous les très longs procès) dont les verdicts sont renversés en raison d'erreurs dans les directives données au jury.

Je pense que le gouvernement du Canada devrait amender le Code criminel afin de permettre la mise sur pied d'une commission composée de juges, d'avocats de la défense, de procureurs de la Couronne, de juristes universitaires, de profanes et d'experts en communication. Le mandat de cette commission serait de concevoir des modèles de directives au jury dont l'utilisation et la formulation seraient obligatoires. Le projet devrait être modeste au départ et se concentrer sur les éléments des directives au jury qui font particulièrement problème, tels que les témoins de réputation douteuse, le fardeau de la preuve, l'appréciation de la crédibilité, le droit relatif au complot et les infractions de terrorisme. Elles devraient être incorporées dans les règlements adoptés en vertu du Code criminel afin de pouvoir répondre rapidement à la jurisprudence en évolution dans ces domaines.

Prise de notes par le jury

Dans les très longues causes, on devrait inciter les juges de première instance à permettre aux jurés de noter les aspects importants de la preuve afin d'aider le jury à s'en souvenir. La prise de notes est permise dans certaines provinces⁴⁵⁰, bien que les jurés doivent être avisés que leur tâche n'est pas simplement de « prendre des notes⁴⁵¹ ». Par la suite, le fait de noter les points importants aiderait le jury au cours de ses délibérations en tant que groupe.

Présenter le contexte juridique avant les directives au jury

Traditionnellement, à la fin du procès, le juge de première instance donne au jury des directives à propos du droit. Cela fonctionne bien

450 En Colombie-Britannique : *R. c. Bengert* (No. 3), (1979) 48 C.C.C. (2d) 413 (B.C.C.A.); en Ontario : *R. c. Andrade*, (1985), 18 C.C.C. (3d) 41 (Ont.C.A.).

451 *R. c. Codina*, (1995) 95 C.C.C. (3d) 311 (Ont.C.A.), à la p. 331.

pour les causes de courte durée, mais cela aiderait grandement les jurés à comprendre les enjeux et les faits sur lesquels il doit statuer si tout au long du procès, le juge de première instance leur fournissait le cadre légal de la cause.

La doctrine actuelle est d'accord avec la proposition de remettre au jury à l'avance les textes de loi de base, et même des extraits non annotés du Code criminel, afin qu'il comprenne mieux les directives à venir⁴⁵², et que lorsque des lois fondamentales comme le Code criminel sont remplies de jargon technique, le juge de première instance devrait en expliquer le sens et la signification en langage simple au jury⁴⁵³.

Le processus d'orientation devrait cependant commencer dès le début du procès. La recherche dans le domaine de la psychologie cognitive suggère que le fait de conseiller une personne sur la façon d'organiser l'information qu'elle est sur le point de recevoir l'aide à mieux s'en souvenir par la suite, et aide les jurés à interpréter les renseignements complexes et leur permet d'être plus satisfaits de leur expérience⁴⁵⁴.

Selon moi, les candidats-jurés devraient recevoir de l'information au sujet du système contradictoire, de leur rôle en tant que juges des faits, et de ce qu'on attend d'eux pendant les délibérations. Le jury, une fois constitué, devrait dès le départ être informé des enjeux fondamentaux du procès, ce qui lui permettrait d'être « intégré à la substance du procès⁴⁵⁵ », afin qu'il puisse se concentrer sur les questions au fur et à mesure qu'elles se présentent lors de la présentation de la preuve. Cette information pourrait continuer tout au long de la cause, selon ce qui nécessaire à la preuve.

Les jurés qui interrogent les témoins

Les pratiques actuelles relatives au fait qu'un juré puisse interroger un témoin varient beaucoup d'un endroit à l'autre et d'un juge à l'autre⁴⁵⁶.

En général, la tendance est de ne pas permettre aux jurés de poser des questions. Plusieurs raisons ont été invoquées : les questions pourraient

452 *R. c. Siu*, (1992) 71 C.C.C. (3d) 197 (B.C.C.A.).

453 *R. c. Coghlin*, (1995) 32 Alta. L. R. (3d) 233 (C.A.).

454 V.L. Smith, *The Psychological and Legal Implications of Pre-Trial Instruction in the Law*, Stanford, Stanford University Press, 1987; *Jury Service in Victoria*, *op. cit.*, note 438, paragr. 2.138.

455 *Jury Service in Victoria*, *op. cit.*, note 438, paragr. 2.134.

456 Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, à la p. 1118; Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.116; Elissa Krauss, « Jury Trial Innovations in New York State: Improving Jury Trials by Improving Jurors Comprehension and Participation », (May 2005) 77 *N.Y. St. B.J.* 22.

perturber l'enchaînement ordonné de l'interrogatoire de l'avocat; les questions pourraient chercher à faire ressortir des éléments inadmissibles en preuve; les avocats au dossier sont les mieux placées pour déterminer quelles questions doivent être posées; les questions ralentiraient la marche du procès; et les questions de ce type auraient un effet négatif sur l'équité des procès criminels.

Le fait que, traditionnellement, le système de justice criminelle ait traité les jurys comme des récepteurs passifs d'information est discutable, alors que dans un procès avec juge seul, le juge des faits (i.e. le juge de première instance) a clairement le droit d'interroger un témoin afin de clarifier des éléments de preuve. Alors, pourquoi est-ce différent pour le jury?

Des études réalisées au Canada, aux États-Unis et en Australie ont démontré que les craintes généralement mises de l'avant par les opposants ne se sont jamais concrétisées et manquent de fondement⁴⁵⁷. Des expériences sur le terrain aux États-Unis ont démontré que les jurés n'abusent pas de leurs privilèges de poser des questions⁴⁵⁸, et 80 % des jurés qui ont eu l'occasion de se prononcer ont trouvé utile de pouvoir obtenir des renseignements pertinents qui, en retour, leur ont permis de mieux comprendre la preuve présentée dans le cadre de la cause⁴⁵⁹. Malgré leur scepticisme du début, les avocats ayant pris part à ces causes aux États-Unis ont été agréablement surpris de constater à quel point la procédure s'est déroulée en douceur et que la plupart des questions posées étaient perspicaces⁴⁶⁰.

Les juges aux États-Unis aussi étaient satisfaits de la facilité de la procédure et des questions des jurés. Seize juges de l'État de New York [traduction] « étaient en général d'avis que le fait de permettre aux jurés de poser des questions les a aidés à prêter attention à ce qui se passait, à comprendre la preuve et à rendre une décision. La plupart ont également eu l'impression que les questions posées par les jurés ont eu une influence positive sur l'équité du procès⁴⁶¹ ».

D'autres études ont également conclu que les jurés à qui on avait permis de poser des questions avaient éprouvé beaucoup plus de confiance

457 *Ibid.* (toutes les références); aux États-Unis, dans 31 États, on permet aux jurés de soumettre leurs questions par écrit, à la discrétion du juge de première instance. Seulement cinq États interdisent cette pratique; aucun tribunal du Federal Circuit ne l'interdit; Elissa Krauss, *op. cit.*, note 456, à la p. 24.

458 Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, paragr. 2.166.

459 Elissa Krauss, *op. cit.*, note 456, à la p. 25.

460 *Id.*, à la p. 24.

461 *Ibid.*

dans leur rôle et avaient réussi à rendre un verdict avec une plus grande facilité, qu'ils percevaient les avocats sous un jour plus favorable et qu'ils étaient davantage confiants en la justesse de leur verdict⁴⁶².

Les organismes de réforme du droit sont généralement favorables à l'idée de permettre aux jurés d'interroger les témoins. La Commission de réforme du droit du Canada l'a recommandé en 1980⁴⁶³, comme l'a fait l'Australian Law Reform Committee en 1997⁴⁶⁴. En 2003, le Standing Jury Committee du Colorado a, dans un rapport adopté à la majorité, approuvé la pratique pour cet État⁴⁶⁵ et, suite à des expériences sur le terrain menées par 51 juges de l'État de New York au cours desquelles on a permis aux jurés de soumettre des questions par écrit aux témoins, le Jury Trial Project Committee de cet État a publié un rapport en 2004 concluant que cette expérience avait été, dans l'ensemble, assez positive⁴⁶⁶.

Malgré les avantages évidents qu'offre le fait de permettre aux jurés de poser des questions, les procès criminels au Canada continuent à s'inscrire dans un cadre contradictoire, et des garanties sont nécessaires afin de s'assurer que les rôles des avocats et des jurés ne sont pas flous ou confus.

Un juge de première instance qui permettrait à des jurés de poser des questions devrait, au début du procès, avertir le jury qu'en général, le processus d'interrogatoire appartient aux avocats et que ce n'est qu'exceptionnellement que le jury poserait des questions. On devrait également dire aux jurés qu'ils devraient attendre que les avocats aient complètement terminé leurs interrogatoires, avant même de se demander s'il est nécessaire de poser une question. Afin d'éviter des incertitudes, la question devrait être consignée par écrit et remise au juge de première instance. Elle devrait ensuite être transmise aux avocats, qui pourraient alors soumettre leurs observations concernant l'opportunité de poser cette question. C'est le juge de première instance qui aurait le dernier mot quant à savoir si la question devrait être posée ou non, et s'il décidait de l'autoriser, c'est le juge de première instance qui devrait poser la question au témoin.

462 L. Heuer, « Increasing Jurors' Participation in Trials », (1982) 20 *American Criminal Law Review* 1.

463 Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, note 389, à la p. 118.

464 Law Reform Commission (Victoria), *op. cit.*, note 269, au par 2.170.

465 Carrie Lynn Thompson, « Should Jurors Ask Questions in Criminal Cases? Minority Report » [non publié].

466 Elissa Krauss, *op. cit.*, note 456.

PARTIE VIII

Résumé et observations finales

a) Les réalités

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.

b) Les risques

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 à 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 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 magistrature.

c) Les difficultés et les objectifs

Les procès de terroristes à venir comportent trois grandes difficultés : d'abord, il faut être en mesure de gérer leur longueur et leur complexité. Ensuite, la population du pays et la communauté internationale doivent trouver que le processus et le résultat sont justes et légitimes. Finalement, un nouveau processus de procès criminel ne doit pas augmenter le risque de condamnation des personnes innocentes.

Ces trois grandes difficultés s'entrecroisent à différents niveaux et touchent aux sept principes fondamentaux à la base de cette étude, que j'ai décrits dans la Partie II. Un processus perçu à l'échelle internationale comme juste, transparent et facile à gérer est plus susceptible d'être jugé comme légitime et efficace, puis le désir politique de « légitimer » le processus du système de justice criminel du pays est plus susceptible de mener à une procédure dont l'envergure est facile à gérer et à comprendre, puis en accord avec les principes de justice reconnus dans le monde. Les gens considèrent que la légitimité et la justice sont encore plus respectées lorsque les réformes sont inscrites dans des structures et des processus de justice déjà en place et bien établis. Puis, un procès juste, dont l'envergure est facile à gérer et à comprendre, risque peu d'entraîner des condamnations injustifiées, et accroît l'objectif de recherche de la vérité des procès criminels.

Il faut reconnaître que ces difficultés, particulièrement la facilité de gestion, ne se limitent pas aux procès de terroristes. Elles touchent aussi la poursuite des gangs, les affaires complexes de fraude, les complots criminels et presque toutes les infractions comprenant plusieurs accusés et chefs d'accusation concernant des gestes qui se seraient déroulés pendant une certaine période. Par conséquent, le problème ne réside pas dans la nouvelle réalité du terrorisme; il s'agit plutôt de l'arrivée des mégaprocès dans presque tous les systèmes de justice criminelle anglo-saxons. Il faut aussi remarquer qu'une forte réaction aux mégaprocès du genre n'apportera pas l'inconvénient d'isoler les procès de terroristes afin de les traiter différemment.

Pour cette raison, les réformes dont il est question dans la présente partie ne se limitent pas au terrorisme. Elles sont plutôt axées sur trois objectifs généraux : la gestion des mégaprocès; l'assurance que le juge des faits raisonnables examine l'affaire justement et entièrement; l'assurance que même dans une procédure prolongée, l'affaire peut être

jugée conformément aux lois et aux processus applicables à toutes les affaires criminelles. Afin d'atteindre ces objectifs, il faut absolument que les réformes proposées respectent les droits individuels tout en tenant compte des intérêts généraux de la population.

La réforme de la structure des procès de terroristes comprend quatre autres difficultés. Elles forment en fait des sous-ensembles des difficultés principales que je viens juste de décrire.

D'abord, il ne faut pas craindre que des personnes soient acquittées dans des procès de terroristes si le nouveau cadre directeur était en place. La présente analyse ne vise pas à élaborer une stratégie défensive pour provoquer un acquittement, pas plus qu'elle ne vise à aider la Couronne à obtenir un verdict de culpabilité. Son seul objectif est d'assurer que les affaires longues et complexes, avec espoir, pas les « mégaprocès », soient traitées entièrement jusqu'à l'obtention d'un verdict, et qu'elles soient jugées justement sur le fond. Le professeur Kent Roach a établi ce principe avec force dans un commentaire qu'il a fait en 2005 sur les verdicts d'acquiescement rendus dans l'affaire d'Air India⁴⁶⁷.

Compte tenu du caractère éprouvant des procès criminels, il ne faut pas avoir honte que des personnes accusées de terrorisme soient acquittées. Ces acquittements prouvent que les démocraties sont prêtes à tout pour s'assurer que seuls les coupables sont punis. Il s'agit là d'une des qualités qui différencient les peines légitimes qu'imposent les démocraties aux criminels coupables des peines illégitimes, systématiques et terribles qu'imposent les terroristes aux personnes innocentes.

Deuxièmement, le Canada a toujours fait preuve de souplesse en ce qui concerne la structure des procès criminels, mais il faut s'assurer que les réformes qui seront mises en place soient conformes aux prescriptions constitutionnelles.

Le Canada a déjà eu recours à des « jurys spéciaux » composés de trois juges de cour supérieure siégeant avec un jury, des jurys composés de six personnes provenant de régions peu peuplées du pays, et qui permet actuellement la tenue de procès devant un juge seul, des jurés

⁴⁶⁷ Kent Roach, *Editorial: The Air India Trial*, (2005) 50 C.L.Q. 213 à 215 [traduction]

suppléants et un juge substitut si le juge d'abord chargé du procès ne peut pas continuer d'exercer ses fonctions.

Ni la magistrature ni le Parlement n'ont la compétence exceptionnelle de modifier la structure des procès criminels, et les difficultés liées à la constitutionnalité des modifications sont particulièrement importantes en vertu du droit de bénéficier d'un procès avec « jury » établi à l'article 11f) de la Charte. Au Canada, il n'existe pas de définition du terme « jury », cependant, des décisions rendues par la Cour suprême du Canada, la Haute Cour de l'Australie et la Cour suprême des États-Unis, aident à déterminer les principales caractéristiques d'un jury dans une procédure criminelle.

Troisièmement, à mon avis, pour assurer l'acceptation et l'impression de légitimité, il est important de faire une réforme du droit de manière à ce que les nouvelles structures fassent partie des fondements du droit criminel qui s'appliquent à toutes les personnes et que les accusations soient conformes aux critères; peu importe qu'il s'agisse d'un complot lié à la drogue, d'un procès de gang, d'une affaire de fraude ou d'un complot terroriste. Ainsi, le Canada n'aurait pas à dire, à l'échelle nationale et internationale : « Oh, il s'agit d'une affaire terroriste. Nous disposons d'un type précis de procès pour ces affaires ». L'expérience acquise grâce aux tribunaux Diplock et même grâce aux poursuites de Lockerbie indique que les procédures établies spécialement pour des procès de terroristes entraînent souvent plus de problèmes qu'elles n'en règlent.

Finalement, pour les raisons présentées dans la Partie VII, à mon avis, il est clair que le système actuel de juré suppléant et de juge substitut du Canada est terriblement inadéquat en ce qui concerne la gestion de tous les types de procès criminels longs et complexes. Les dispositions du Code criminel concernant les jurés suppléants visent certainement à assurer que les procès commencent avec un jury composé de 12 jurés, mais à mon avis, il subsiste un risque inacceptable que dans le contexte d'un long procès, le jury compte moins de dix jurés, ce qui nécessiterait l'ordonnance de la nullité du procès. De même, il faudrait réexaminer sérieusement le système des juges substitués, qui favorise la reprise entière du procès devant jury. Encore là, le point fort des réformes du genre réside dans le fait qu'elles s'appliqueraient à toutes les affaires longues et complexes, et non seulement aux procès de terroristes.

d) Le cadre de réforme

Lorsqu'il est question de la réforme des procédures des procès criminels au Canada, il faut garder à l'esprit certains critères ou principes. Il est impossible d'élaborer une réforme de la loi logique ou de trancher des questions fondamentales sur un bout de papier, au dîner.

Dans la partie II, j'ai relevé sept valeurs ou principes que je juge essentiels dans ce domaine : les réformes devraient accroître l'objectif de recherche de la vérité des procès criminels, et non nuire à l'atteinte de cet objectif; les réformes devraient favoriser la confiance en la procédure du procès et dans son résultat, pour assurer la légitimité, à la fois au pays et à l'étranger; les modifications de la structure devraient être justes pour les personnes accusées ainsi que pour les poursuites, puis respecter les règles de droit à l'origine de notre système juridique; ainsi, les réformes devraient aussi favoriser l'efficacité de l'administration de notre système de justice criminelle, et favoriser l'ouverture de notre système judiciaire. Les lois qui seront adoptées devront mettre en équilibre les droits des personnes et ceux de la population en général, particulièrement lorsque les terroristes se sont attaqués à l'État ou au système démocratique du gouvernement. Finalement, il faut savoir si les modifications de la structure fondamentale des procès pourraient entraîner des risques d'erreurs de justice inacceptables, et si oui, dans quelle mesure.

Dans la partie III, j'ai survolé les procès de terroristes et les mégaprocès tenus au cours des 57 dernières années dans cinq pays différents. Dans la partie IV, j'ai rassemblé les éléments et les leçons tirées de ces affaires. Il est important de garder ces leçons à l'esprit lorsque viendra le moment d'élaborer de nouvelles structures de procès d'actes terroristes. Voici les trois principales : d'abord, il faut avoir recours aux lois habituelles qui s'appliquent à tous, dans les tribunaux habituels, cette solution est clairement préférable puisqu'elle favorise la confiance et un sentiment de légitimité; d'autre part, des lois spéciales et de nouveaux tribunaux engendrent le cynisme et la méfiance à la fois dans le processus de procès et dans le résultat.

Deuxièmement, comme les affaires terroristes comprennent habituellement des actes d'une violence inouïe et de la brutalité, elles engendrent souvent une grande anxiété au sein de la population, des fonctionnaires, de la police et des professionnels du barreau. Ainsi, la

justice des procès peut être ébranlée et de nouvelles lois, comme le changement du lieu d'audience, doivent éviter ce problème.

Troisièmement, les kamikazes et les complots décentralisés fondés sur des principes idéologiques ou politiques ont modifié le terrorisme. Les procès doivent désormais consacrer beaucoup de temps à la planification et à l'audience. Les 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 poids.

e) Les réformes potentielles

Je traiterai d'abord des questions concernant le jury. Les procédures relatives aux procès devant jury remontent à des centaines d'années, où les procès duraient de 15 à 20 minutes. Il était pratiquement impossible de perdre des jurés (ou le juge de première instance) en raison d'une maladie, d'une invalidité ou de la mort.

L'arrivée des affaires longues et complexes nécessite la remise en cause de certaines structures de base des procès, et il est peu surprenant que le jury soit au cœur des options de réforme.

Il existe deux objectifs inséparables : celui de s'assurer que les procès commencent avec 12 jurés, et maximiser les chances que même si la procédure est longue, 12 jurés se retirent pour délibérer après la présentation de la preuve. Les dispositions actuelles du Code criminel au sujet des jurés suppléants permettent d'atteindre le premier objectif, mais non le deuxième. À mon avis, il est essentiel de procéder à une réforme importante de la loi.

En fait, les systèmes de justice criminelle anglo-saxons comptent deux modèles relatifs aux jurys qui doivent entendre de longs procès. Le premier système est composé des jurés « suppléants ». Un jury composé de 12 personnes est formé de la manière habituelle, puis on y ajoute des jurés « suppléants ». Dès le début, ils savent qu'ils sont substitués, ainsi, le système comporte de « vrais » jurés et des jurés « potentiels ». Selon moi, il ne s'agit pas d'une bonne solution puisque le deuxième statut peut pousser les jurés suppléants à moins porter attention à la preuve parce qu'ils ne sont pas directement intéressés et qu'ils ne se sentent pas responsables de l'affaire.

Le deuxième modèle est celui que je préfère. Le meilleur exemple de ce système se trouve dans l'État de Victoria, en Australie, où le juge de première instance a la compétence de nommer des jurés supplémentaires, qui sont jurés à part entière et qui entendront l'affaire du début à la fin. Si le jury compte plus de 12 jurés après la présentation de la preuve, on procède à un vote afin qu'il n'en demeure que 12. Le jury se retire ensuite pour trancher l'affaire.

Cette approche permet d'atteindre les deux objectifs. Plus de 12 jurés sont présents au début du procès, et il est fort probable qu'au moins 12 d'entre eux se retirent dans la salle des jurés pour délibérer. Le juge de première instance conserve le pouvoir discrétionnaire de démettre des jurés de leurs fonctions pour des motifs valables, mais il doit en démettre de nombreux avant qu'il ne soit nécessaire d'annuler le procès. Il serait aussi possible de diminuer le nombre de jurés à neuf ou dix, peut-être même huit, selon l'évaluation que fait le juge de première instance de la preuve, de la durée du procès, du préjudice porté à l'accusé et de l'intérêt du public. Cependant, j'aurais peur qu'un jury composé de moins de huit jurés ne perde sa nature fondamentale d'organisme d'enquête représentatif et efficace.

Ainsi, je crois qu'il faudrait modifier le Code criminel selon les principes suivants : le juge de première instance devrait avoir la compétence de nommer un maximum de 16 jurés, y compris quatre jurés supplémentaires, dans les procès qui devraient durer plusieurs mois ou plus; les juges de première instance devraient conserver leur compétence de démettre des jurés de leurs fonctions en vertu de l'article 644(1) du Code criminel; s'il reste plus de 12 jurés après la présentation de la preuve, il faudrait procéder à un vote ou à un tirage au sort pour déterminer quels sont les jurés qui peuvent entrer dans la salle des jurés afin de délibérer, et les autres seront démis de leurs fonctions pour le reste de la durée de l'affaire; pendant les délibérations, le juge de première instance devrait conserver sa compétence de diminuer le nombre de jurés à dix comme le prévoit actuellement l'article 644(2) du Code criminel, mais il devrait obtenir le pouvoir discrétionnaire de diminuer le nombre de jurés à neuf ou à dix si le procès a duré, ou devrait durer, environ plus de six mois, à condition qu'une ordonnance du genre soit nécessaire dans l'intérêt de la justice.

L'alinéa b(vi) du mandat de l'enquête sur la tragédie d'Air India demande d'envisager la possibilité de « confier les affaires de terrorisme à un tribunal

composé de trois juges ». Cette interrogation soulève deux questions fondamentales différentes : la tenue d'un procès présidé par un juge seul est-elle possible, et si oui, un tribunal composé de plusieurs juges pourrait-il ou devrait-il entendre l'affaire? Je traiterai de ces deux questions.

Aux termes de l'article 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés, une personne accusée de terrorisme aura le droit de bénéficier d'un procès avec jury si elle le veut bien. Selon moi, seules deux situations pourraient nécessiter la tenue d'un procès présidé par un juge seul ou un procès sans délibéré dans une affaire de terrorisme entendue dans un tribunal normal. D'abord, si le Parlement était prêt à invoquer la « disposition d'exemption » de l'article 33(1) de la Charte canadienne des droits et libertés, il pourrait annuler le droit de bénéficier d'un procès avec jury prévu à l'article 11f) et établir l'équivalent des « tribunaux Diplock » au Canada. En vertu du paragraphe 33(3), le recours à l'annulation d'un pouvoir cesse d'avoir effet cinq ans après l'entrée en vigueur de la disposition. Cependant, il faut remarquer que la preuve empirique (qui est insuffisante) laisse entendre que les jurys réussissent habituellement bien à déterminer qui a fait quoi et qui est coupable de quoi.

Le nombre de procès qui ont duré six, neuf, ou 12 mois, et même plus, a augmenté au Canada pendant la dernière décennie. Nombreux sont ceux qui étaient présidés par un juge seul, mais certains étaient devant jury. À certains moments au cours d'un « long procès », le droit de bénéficier d'un procès impartial est mis en jeu. Par « procès impartial », je considère que la Couronne et la défense sont en mesure d'examiner l'affaire équitablement et entièrement, et que la durée du processus ne place pas de fardeau inacceptable sur la population, y compris le jury. À mon avis, un procès devant jury qui dure deux ans ou plus et qui est complexe (la plupart le sont) est surchargé et peut être injuste pour les parties et la population.

Les dispositions législatives empêchant la tenue d'un procès devant jury en raison de la durée du procès vont à l'encontre de l'article 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés, et l'absence du recours à la disposition d'exemption doit être protégée par l'article 1 de la Charte. Comme je l'ai déjà mentionné, le critère de l'affaire Oakes obligera le tribunal à déterminer si l'objectif est suffisamment important pour justifier l'annulation d'un droit protégé par la Constitution. En l'espèce, l'objectif concerne un droit garanti par l'article 7 et l'article 11d) de la Charte, c'est-à-dire le droit à un procès impartial. Le tribunal devra aussi déterminer

si les moyens sont justifiés de manière raisonnable, proportionnelle et démontrable.

Il me semble que lorsque le droit de bénéficier d'un procès avec jury et celui de bénéficier d'un procès impartial entrent en conflit et qu'il est impossible de les respecter les deux à la fois, l'objectif ultime est de bénéficier d'un procès impartial. À mon avis, les accusés ne peuvent pas implicitement « renoncer » au droit de bénéficier d'un procès impartial en choisissant de comparaître devant un juge et un jury puis de planifier de manière stratégique de soulever essentiellement une « confusion raisonnable » dans l'esprit des jurés en fonction de la nature prolongée de la procédure, au lieu de soulever un doute raisonnable dans leur esprit en raison de la preuve présentée. Il est dans l'intérêt du public, et finalement dans l'intérêt des accusés, de tenir des procès impartiaux dont le dénouement reposera sur l'évaluation juste et équitable de la preuve présentée et des questions.

J'en suis rendu à la deuxième question. Si un accusé choisit de renoncer au jury, l'affaire devrait-elle être entendue par un juge seul ou par un tribunal composé de trois juges?

Plusieurs facteurs doivent être pris en compte. Dans un long procès, un juge suppléant pourrait être nommé (sans jury). Ainsi, on aura la certitude raisonnable qu'un verdict sera rendu. Un tribunal composé de trois juges soulève des questions complexes. Les juges doivent-ils parvenir à une décision unanime? Une majorité de deux serait-elle suffisante? Un verdict non unanime briserait-il la confiance du public et violerait-il le principe de présomption d'innocence et la norme du doute raisonnable? Qu'advierait-il si l'un des trois juges ne pouvait pas entendre l'affaire jusqu'à la fin et que les deux juges restants ont une opinion tout à fait différente sur la culpabilité ou l'innocence? Faudrait-il nommer un quatrième juge « suppléant » pour contrer cette possibilité? Qu'en est-il de la question des ressources pour les petites juridictions, et même toutes les juridictions?

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.

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, pour reprendre les mots du juge Moldaver. 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. Comme je l'ai soulevé précédemment, dans 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 internationale.

Ainsi, je crois qu'il faudrait modifier le Code criminel selon les principes suivants : lorsque l'on s'attend à ce qu'un procès dure très longtemps, la Couronne ou l'accusé pourraient demander au tribunal d'émettre une ordonnance afin que l'affaire ne soit pas traitée devant un jury;

une ordonnance semblable devrait être rendue s'il existe un risque considérable que l'accusé ne bénéficie pas d'un procès impartial en raison de la longueur (premièrement) et de la complexité (deuxièmement) du procès; lorsqu'il tranchera la question, le tribunal devrait être en mesure de tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, y compris l'évaluation de la durée, la nature des accusations, la nature de la preuve et la manière de présentation de la preuve proposée, et il devrait déterminer s'il est possible de gérer la longueur et la complexité du procès de manière à ce que le droit à un procès impartial ne soit pas compromis; si le tribunal est convaincu que le procès ne doit pas être entendu par un jury, il peut ordonner que l'affaire soit entendue par un juge seul, avec ou sans juge suppléant (sous réserve d'une consultation sur les ressources). Cependant, pour les raisons que j'ai données précédemment, je crois qu'un tribunal composé de trois juges sans jury serait difficilement applicable et inopportun dans le contexte du cadre juridique, des traditions et de l'histoire du Canada.

Dans la Partie VII, j'ai aussi traité de l'endroit où les procès de terroristes devraient se tenir. Bien entendu, le procès se déroule généralement à l'endroit où sont survenus les actes reprochés. Cette pratique s'explique par de bonnes raisons : la population immédiate a un intérêt marqué dans l'issue de l'affaire et les témoins habitent habituellement dans la région touchée.

Cependant, les attaques terroristes visent à semer la peur au sein de la population, et plus particulièrement les attaques atroces — celles du 11 septembre par exemple — il est possible de soutenir que toute la collectivité (et même la nation) a été victime des actes; y compris les jurés potentiels. Les procès de ce genre devraient-ils se dérouler dans une autre ville, même dans une autre province?

En vertu de l'article 599(1) du Code criminel, la Couronne ou l'accusé peuvent demander un renvoi au nom de la justice. Certains tribunaux ont établi que le procès doit être déplacé si l'accusé ne peut pas bénéficier d'un procès impartial à l'endroit où sont survenus les actes reprochés. Dans l'affaire de l'attentat à la bombe d'Oklahoma City, le procès de Timothy McVeigh a été déplacé d'Oklahoma City à Denver, au Colorado.

Bien qu'en vertu de l'article 83.25 du Code criminel, le procureur général du Canada ait la compétence de choisir la circonscription territoriale où se déroulera la mise en accusation d'une personne accusée de terrorisme, il

n'existe aucun pouvoir général de choisir dans quelle province se déroulera un procès, peu importe l'ampleur du préjudice causé. À mon avis, même une réparation novatrice fondée sur la Charte serait contestable puisqu'il est assez douteux qu'un tribunal d'une province puisse, sans compétence législative, obliger une autre province, malgré ses objections, à prendre la responsabilité du procès d'une affaire criminelle pour laquelle elle n'a aucune responsabilité constitutionnelle.

D'après moi, il faudrait modifier le Code criminel afin d'accorder la compétence à un tribunal supérieur qui juge un acte criminel d'ordonner que le procès se tienne dans une autre province ou un autre territoire s'il est convaincu que l'accusé ne peut pas bénéficier d'un procès impartial dans la province ou le territoire de départ, et en raison des considérations importantes concernant les ressources, que le procureur général « de réception » ait été consulté et qu'il ait eu la chance de présenter ses observations au tribunal. Je crois aussi que le procureur général du Canada devrait jouer un rôle de leader dans la création d'un réseau d'ententes pour réagir aux différentes implications concernant l'administration, les ressources et le financement de ces changements de lieu. Ces ententes peuvent comprendre la possibilité de changements de lieu à l'échelle internationale dans les cas où un autre pays, dont les normes de justice sont semblables à celles du Canada, désire faire exercer une compétence universelle au sujet d'une infraction terroriste concernant le Canada.

J'ai aussi examiné plusieurs autres réformes de la structure, mais j'ai conclu qu'il n'est pas nécessaire ni désirable d'apporter des changements dans ces domaines.

D'abord, faudrait-il faire passer le nombre de jurés de 12 à six? Un petit jury serait-il plus efficace? Il n'existe aucune raison précise qui justifie la présence de 12 jurés, et certains tribunaux d'État aux États-Unis et en Australie forment souvent des jurys de six personnes pour entendre des affaires criminelles. Au fil des ans, les commissions de réforme du droit au Canada et à l'étranger ont émis des recommandations contre cette réduction, et il me semble que plus le jury compte de membres, plus il sera représentatif de la population et permettra de déterminer les faits justement. Mis à part la question à savoir si la réduction du nombre de jurés à six serait conforme à la Constitution au Canada, je crois que rien ne pousse à conclure qu'un petit jury permettrait d'améliorer l'efficacité des procès criminels et aucune preuve n'a été déposée à ce sujet.

Je me suis aussi penché sur la question à savoir si la règle de l'unanimité dans les procès devant jury devrait être abolie en faveur des verdicts majoritaires. Il existe de bons arguments pour et contre le maintien de la règle de l'unanimité, et j'ai analysé les principaux dans la Partie VII. Ainsi, j'en suis venu à la conclusion suivante : il existe de bonnes raisons d'ordre politique de conserver la règle de l'unanimité; aucune raison convaincante n'a prouvé qu'il est nécessaire de modifier la loi; les « faiblesses » qui sont souvent attribuées aux verdicts unanimes existeraient encore dans le système de verdicts majoritaires, et il y a fort à parier que si le gouvernement du Canada décide d'adopter les verdicts majoritaires, la loi sera jugée inconstitutionnelle.

La dernière question de structure que j'ai examinée concerne la proposition de faire participer des « jurys spéciaux » ou des « évaluateurs professionnels » dans les affaires longues et complexes. Les adeptes de cette solution soutiennent qu'il sera plus facile pour des experts en la matière de déterminer les faits en fonction de la preuve que 12 jurés choisis au hasard dans la population. À mon avis, les changements de cette nature sont, pour plusieurs raisons, à la fois inutiles et inopportuns : jusqu'à maintenant, il n'a pas été prouvé que les jurys sont incapables de comprendre les affaires complexes; le rôle des experts est d'aider les jurés sur les questions au sujet desquelles leurs connaissances et leur expérience sont insuffisantes, et non d'agir à titre de décisionnaires dans les affaires; les procès jugés par des experts en secret pourraient, d'après moi, augmenter le risque de condamnation injustifiée; puis, selon moi, les jurys spéciaux et les évaluateurs professionnels risquent grandement de ne pas entrer dans la définition de « jury » aux termes de l'article 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés parce qu'ils ne satisfont pas aux exigences fondamentales de la sélection aléatoire et de la représentativité, et qu'ils ne sont pas conformes aux principes d'indépendance et d'impartialité établis à l'article 11d) de la Charte.

Bien que le présent document soit axé sur les changements qu'il serait possible d'apporter à la structure afin d'assurer que les procès de terroristes soient entendus de manière impartiale et entière, certaines réformes ne touchant pas la structure peuvent aider à atteindre cet objectif. Bien que ces questions dépassent la portée de l'analyse, j'ai pensé qu'à des fins d'exhaustivité, je devrais en soulever quelques-unes. Certaines visent à réduire le nombre de longs procès; d'autres visent à aider les jurys à se souvenir de l'affaire et à la comprendre.

i) La Couronne ne devrait pas surcharger la mise en accusation : la Couronne n'a pas à inclure tous les accusés potentiels et toutes les accusations potentielles dans la mise en accusation. Bref, la mise en accusation « déterminera » la durée du procès et commencera à cerner les faits en cause, ainsi que l'admissibilité de la preuve nécessaire pour prouver les faits.

Si possible, les questions de complot ne devraient pas être mêlées aux questions de fond, et l'avocat de la Couronne devrait retenir que le fait de porter des accusations de complot lorsqu'il est possible de prouver l'infraction substantielle sous-jacente a été grandement critiqué. Les autorités canadiennes et américaines ont aussi insisté pour que les parties poursuivantes évitent d'accuser plus de huit personnes dans une mise en accusation qui pourrait se terminer en un long procès et elles ont proposé les moyens suivants : regrouper les principaux défendeurs; juger les intervenants périphériques dans des procédures distinctes et plus courtes, puis exercer un pouvoir discrétionnaire afin de ne pas juger les personnes dont la participation était très restreinte.

ii) Contrôle judiciaire et gestion des longs procès : de plus en plus de gens estiment que la magistrature devrait agir à titre de leader dans le contrôle et la gestion des procès qui risquent de durer longtemps. Le tribunal et la barre devraient être bien avertis de lire les lignes directrices et les avertissements publiés au Canada et au Royaume-Uni au cours des dernières années⁴⁶⁸. Trois mécanismes semblent particulièrement essentiels : les raisons d'avoir ou non un voir-dire, et l'exécution de procédures semblables, devraient être fondées sur les déclarations des avocats et être jugées en fonction de ces mêmes déclarations; les procès devant jury doivent être régis par une disposition législative afin de gérer les demandes d'instance précédant la tenue d'un procès; les décisions rendues sur des motions préalables au procès doivent être appliquées dans tous les procès jugés judiciairement.

iii) Divulgence efficace : lorsque la police et la Couronne peuvent déterminer le moment du dépôt des accusations, la divulgation des renseignements dans de grands dossiers doit être organisée et préparée pendant l'enquête, et les renseignements doivent être fournis à l'accusé au moment du dépôt des accusations, ou peu après. De plus, je pense que le gouvernement du Canada devrait examiner la possibilité de

⁴⁶⁸ Il est question de ce document dans la note de bas de page 438 et suiv., ainsi que du texte d'accompagnement.

modifier le Code criminel afin d'autoriser la Couronne à divulguer des renseignements à la défense par voie électronique, sous la supervision du tribunal de première instance.

iv) Aide aux jurés en matière de compréhension (modèle obligatoire d'instructions au jury) : je crois que le gouvernement du Canada devrait modifier le Code criminel afin d'autoriser la création d'une commission composée de juges, d'un avocat de la défense, de procureurs de la Couronne, de professeurs de droit, de non-spécialistes et d'experts en communication. Le mandat de cette commission serait de concevoir un modèle d'instructions destinées au jury, et il serait obligatoire de les utiliser et de respecter leurs conditions. Le projet serait d'abord de petite envergure; il serait axé sur des questions particulièrement problématiques pour les jurys, comme les témoins douteux, le fardeau de la preuve, l'évaluation de la crédibilité, la loi sur les complots et la loi antiterroriste. Ces instructions devraient faire partie du Règlement en vertu du Code criminel afin de permettre de les modifier rapidement en fonction de la nouvelle jurisprudence dans le domaine.

v) Aide aux jurés en matière de compréhension (prise de notes) : afin d'aider le jury à bien se souvenir des événements dont il est question dans de longs procès, je crois que les juges devraient être poussés à permettre aux jurés de prendre des notes sur les points importants de la preuve. Cependant, il faudrait faire comprendre aux jurés que leur tâche n'est pas simplement de prendre des notes. Les notes sur les points importants aideront le jury dans sa délibération à titre d'organisme.

vi) Aide aux jurés en matière de compréhension (instructions contextuelles pendant le procès) : des recherches menées en psychologie cognitive portent à croire que lorsqu'une personne reçoit des instructions sur la manière de structurer les renseignements qu'elle est sur le point de connaître l'aide à s'en souvenir par la suite, l'aide à interpréter les faits complexes et favorise la satisfaction des jurés. D'après moi, deux initiatives seraient utiles : avant de choisir les candidats-jurés, il faudrait leur donner des renseignements sur le système accusatoire, sur leur rôle d'enquêteur, et sur ce qu'on s'attend d'eux pendant les délibérations. Ensuite, après la formation du jury, le juge devrait donner aux jurés des instructions sur les questions fondamentales du procès, qui leur permettraient de « s'intégrer sur le fond du procès » afin qu'ils soient en mesure de se concentrer sur les questions soulevées par la présentation de la preuve.

vii) Aide aux jurés en matière de compréhension (interrogation des témoins par les jurés) : les organismes de réforme du droit étaient généralement pour le fait de permettre aux jurés de poser des questions aux témoins. Des études menées au Canada, aux États-Unis et en Australie ont démontré que les questions posées par les jurés favorisaient la compréhension de la preuve et l'atteinte d'une décision impartiale. Selon moi, on devrait exceptionnellement permettre aux jurés de poser une ou plusieurs questions aux témoins afin d'éclaircir la preuve, à condition que le juge établisse clairement que la responsabilité de poser des questions aux témoins revient aux avocats, puis que les questions des jurés, s'il y en a, ne soient pas posées avant que l'avocat n'ait terminé d'interroger le témoin. Les questions devraient être présentées sous forme écrite au juge et à l'avocat, qui aurait ensuite la possibilité de faire des observations pour savoir si les questions devraient être posées. Si les questions sont jugées appropriées, le juge du procès se chargerait de les poser au témoin.

Deux autres réformes au sujet des jurys ne concernant pas la structure sont importantes. D'abord, il faudrait modifier l'article 649 du Code criminel afin d'autoriser la recherche empirique dans le processus décisionnel des jurys au Canada dans l'objectif de simplifier les réformes du droit à venir. Il faudra prendre des mesures de protection, y compris une bonne compréhension des méthodes et des principes qui seront utilisés pendant la recherche. Deuxièmement, les juges de première instance devraient permettre aux groupes d'experts de témoigner en groupe pendant les procès. Ainsi, je crois que le jury pourrait comprendre les différents points de vue des experts, et plus important encore, cette méthode lui permettrait de comprendre de manière claire et efficace si les experts s'entendent sur les questions critiques et dans quelle mesure.

En conclusion, au début de la présente analyse, j'ai soulevé le fait que le système de justice criminelle doit répondre de ses actes devant la population qu'il sert, et que la confiance du public dans la loi et les tribunaux est nécessaire afin que les tribunaux décident de la liberté des gens en fonction d'une autorité morale. L'arrivée de procès extrêmement longs et complexes risque d'ébranler cette confiance.

À mon avis, il existe un risque inacceptable que les procès de terroristes à venir s'effondrent sous leur propre poids et ne connaissent pas de dénouement. Si cette situation se concrétisait, on peut s'attendre à ce que la population n'ait plus confiance au système de justice criminelle qui est au service du pays depuis des siècles.

Selon moi, les différentes réformes dont il a été question permettraient d'éviter ce risque et aideraient à ce que le système de justice criminelle du Canada soit perçu, à l'échelle nationale et internationale, comme juste, efficace et qu'il s'agit d'un modèle pour tous les États démocratiques.

Bruce A. MacFarlane, c.r., a été sous-ministre de la Justice et sous-procureur de la province du Manitoba, au Canada, de 1993 à 2005. Auparavant, il a été sous-procureur général adjoint (droit pénal) du Canada; il est actuellement professionnel affilié à la Faculté de droit de l'Université du Manitoba, où il enseigne le droit pénal.

En 1988, il a été nommé conseil de la Reine par le gouvernement du Canada. Admis au Barreau du Manitoba en 1974, il a ensuite été admis au Barreau de la Saskatchewan, en 1979, puis au Barreau de l'Alberta, en 1987. Il a pratiqué le droit devant les cours pénales de ces trois provinces et devant la Cour suprême du Canada. M^e MacFarlane a publié en 1979 un texte juridique intitulé *Drug Offences in Canada*, qui a été réédité en 1986 puis de nouveau en 1996. Cet ouvrage est désormais mis à jour chaque année en collaboration avec Rob Frater et Chantal Proulx. Il est régulièrement cité par les cours d'appel canadiennes, y compris la Cour suprême du Canada.

Ces dernières années, M^e MacFarlane a pris plusieurs initiatives afin de prévenir les condamnations injustifiées et de sensibiliser la profession juridique aux circonstances pouvant conduire à de telles condamnations :

- A prononcé un discours et présenté un exposé sur le sujet à l'occasion d'une conférence internationale sur le droit pénal à Darwin, en Australie, en mai 2003 (publiés en 2006). Le même exposé a été présenté à une réunion des sous-ministres de la Justice du Canada en juin 2003.
- A fait effectuer un examen sans précédent des cas d'homicide instruits au Manitoba au cours des 15 dernières années, afin de vérifier ceux où des preuves douteuses pouvaient avoir été présentées par la Couronne.
- A présidé une importante conférence internationale sur les causes des condamnations injustifiées et les moyens de les éviter, à Winnipeg, du 20 au 22 octobre 2005. Le site Web de la conférence se trouve à <http://www.wrongfulconviction.ca>.
- A témoigné à titre d'expert sur les condamnations injustifiées lors de l'enquête Lamer à Terre-Neuve (2005), de l'enquête

Driskell au Manitoba (2006), de l'enquête sur Air India en Ontario (2007) et de l'enquête Goudge en Ontario (2008).

- A institué un nouveau cours sur les condamnations injustifiées à la Faculté de droit de l'Université du Manitoba.
- A donné une présentation sur le rôle des médias dans les condamnations injustifiées à l'occasion d'une conférence réunissant plus de 600 délégués de 30 pays sur le thème du journalisme d'enquête (Toronto, mai 2007).
- A présenté une communication sur les moyens d'éviter les condamnations injustifiées à la Société internationale pour la réforme du droit pénal à Vancouver (juin 2007).

M^e MacFarlane collabore régulièrement au *Criminal Law Quarterly* et est l'auteur d'un certain nombre d'articles sur des questions de droit pénal qui ont été publiés par l'Université de la Colombie-Britannique, l'Université de Toronto et l'Association du Barreau canadien. Ses articles ont également été cités à l'appui par des cours d'appel canadiennes; l'un d'entre eux en particulier a été cité avec approbation par la Haute Cour de l'Australie.

M^e MacFarlane est actuellement domicilié dans sa ville natale de Winnipeg, au Canada, où il pratique le droit et écrit sur le sujet.

**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**

**RÉSUMÉ
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

Résumé

Kent Roach*

Introduction

Ce texte est un résumé d'un article plus étoffé portant sur les défis uniques que posent les poursuites relatives aux activités terroristes, par opposition aux défis communs à tous les procès criminels longs et complexes, surtout lorsqu'il y a de nombreux accusés, de nombreux chefs d'accusation, de nombreuses requêtes préalables et une volumineuse preuve à communiquer. On trouvera dans l'article plus long des études de cas détaillées portant sur de telles poursuites intentées au Canada. Elles montrent que le Canada a éprouvé des difficultés à poursuivre les auteurs d'activités terroristes par le passé. On peut relier bon nombre de ces difficultés au problème que pose la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve.

Dans certains cas, le ministère public voudra utiliser le renseignement en cour parce qu'il constitue la meilleure preuve de la perpétration d'une infraction terroriste. Mais la recevabilité en preuve du renseignement de sécurité pose problème en partie parce qu'il aura pu être obtenu selon des normes qui sont moins exigeantes pour le ministère public que celles qui s'appliqueraient normalement aux efforts policiers en vue de constituer la preuve. Dans d'autres cas, c'est l'accusé qui pourra vouloir prendre connaissance de ces renseignements en vue de se défendre contre une accusation de terrorisme. Il pourra rechercher non seulement des moyens de défense exculpatoires, mais aussi des renseignements touchant la crédibilité des témoins ou la façon dont la preuve a été obtenue. Si la preuve ou l'information pertinente n'est pas communiquée à l'accusé, l'équité du procès peut être entachée et des personnes innocentes peuvent être condamnées à tort. Il y a déjà eu par le passé des erreurs

* Professeur de droit et titulaire de la Chaire Prichard-Wilson en droit et en politique publique, Faculté de droit, Université de Toronto. Les opinions exprimées dans ce résumé sont celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement celles de la Commission ou du commissaire. Je tiens à remercier Birinder Singh et Robert Fairchild pour leur excellente assistance à la recherche. Ce texte est un résumé d'un article beaucoup plus long qui sera publié séparément et qui contient des études de cas détaillées sur des poursuites relatives aux activités terroristes ainsi que des discussions et analyses.

judiciaires dans d'autres pays reliées au fait que toute la preuve à charge n'avait pas été communiquée à l'accusé¹.

En même temps, il n'est pas dans l'intérêt de la justice de forcer le gouvernement à divulguer des renseignements secrets qui ne sont pas nécessaires à un procès équitable. Dans de tels cas, le gouvernement serait inutilement obligé de choisir entre divulguer de l'information qui devrait demeurer secrète afin de protéger des sources, des enquêtes ou des renseignements confidentiels provenant de l'étranger, ou alors ne pas engager de poursuite relative à une activité terroriste. Même si ce choix difficile entre communiquer la preuve ou s'abstenir de poursuivre² peut s'avérer nécessaire dans les cas où un procès équitable n'est pas possible sans divulgation, il ne devrait pas être imposé au gouvernement.

L'expérience du Canada en matière de poursuites relatives aux activités terroristes : les études de cas

Le choix entre communiquer la preuve ou s'abstenir de poursuivre n'est pas une question hypothétique ou théorique. Notre article plus long contient des études de cas détaillées de poursuites relatives aux activités terroristes au Canada. Dans deux de ces poursuites visant de présumés terroristes sikhs, le gouvernement a essentiellement sacrifié des poursuites criminelles plutôt que de consentir à une pleine communication de la preuve qui aurait mis des informateurs à risque. L'une de ces poursuites visait Talwinder Singh Parmar, largement soupçonné d'avoir été le cerveau de l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India. L'autre avait trait à un complot pour faire exploser un autre avion d'Air India en 1986³. Même si le procès R. c. Malik et Bagri lié à Air India a donné lieu à un verdict en 2005, il aurait aussi pu échouer en raison des questions soulevées par la divulgation de renseignements secrets, n'eut été des mesures sans précédent qui ont été prises pour communiquer ces renseignements aux avocats de la défense sous condition d'un engagement de leur part de ne pas les divulguer à leurs clients⁴. De plus, s'il n'a pas été nécessaire

1 Bruce MacFarlane, « Structural Aspects of Terrorist Trials », étude réalisée pour la Commission d'enquête; Kent Roach et Gary Trotter, « Miscarriages of Justice in the War Against Terrorism » (2005) 109 Penn. State Law Review 1001.

2 Robert Chesney, « The American Experience with Terrorism Prosecutions », étude réalisée pour la Commission d'enquête.

3 R. c. Parmar (1987) 31 C.R.R. 256 et autres affaires connexes discutées dans l'article plus long; R. c. Khela [1996] Q.J. no 1940 et autres affaires connexes discutées dans l'article plus long.

4 Robert Wright et Michael Code, « The Air India Trial: Lessons Learned ». Voir aussi Michael Code « Problems of Process in Litigating Privilege Claims », dans Law Society of Upper Canada Special Lectures The Law of Preuve (Toronto: Irwin Law, 2004), sous la dir de A. Bryant et al.

que le juge du procès ordonne une réparation pour la destruction de renseignements qui à son avis aurait dû être conservés et communiqués à l'accusé, c'est parce que celui-ci a été acquitté⁵.

Si le ministère public entend présenter des renseignements de sécurité en preuve, il lui faudra communiquer de l'information entourant l'obtention de ces renseignements. Des problèmes au sujet des affidavits utilisés par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) pour intercepter des communications ont été fatals à la poursuite dans *R. c. Atwal*⁶, un complot en vue de commettre un acte terroriste. Dans les poursuites relatives aux activités terroristes, les accusés peuvent souvent demander la divulgation des renseignements que possède le SCRS. En vertu de l'article 38 de la Loi sur la preuve au Canada, la Cour fédérale peut ordonner qu'ils ne soient pas divulgués afin de ne pas nuire à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales, mais il faut pour cela un procès séparé qui peut retarder et fragmenter la poursuite. L'affaire *Kevork*⁷ et l'affaire en cours *Khawaja*⁸, relatives à des activités terroristes, ainsi que l'affaire *Ribic*⁹ relative à une prise d'otages, montrent toutes que les débats entourant l'article 38 peuvent retarder et fragmenter la poursuite, même si les affaires *Kevork* et *Ribic* ont toutes deux abouti à des condamnations.

Le dilemme entre communiquer ou abandonner

Les poursuites relatives aux activités terroristes peuvent devoir être abandonnées si le ministère public n'est pas disposé à communiquer l'information qui est essentielle à un procès équitable ou s'il n'y a pas moyen de déterminer quelle information il faut communiquer et quelle information peut être soustraite à la communication. Les milieux du renseignement et le système de justice doivent tous deux s'ajuster aux défis que présente la divulgation de renseignements de sécurité dans les poursuites relatives aux activités terroristes. Les services du renseignement et la police peuvent travailler en amont pour rendre le renseignement plus utilisable dans les poursuites. Les tribunaux et le législateur peuvent travailler en aval pour trouver des moyens plus efficaces et plus équitables de protéger les renseignements et déterminer

⁵ *R. c. Malik et Bagri* 2005 BCSC 350.

⁶ (1987) 36 C.C.C.(3d) 161 (C.A.F.) et autres affaires connexes discutées dans l'article plus long.

⁷ (1984) 17 C.C.C.(3d) 426 (C.F. 1re inst.) et autres affaires connexes discutées dans l'article plus long.

⁸ *R. c. Khawaja* 2007 CF 463; *R. c. Khawaja* 2007 CF 490; *R. c. Khawaja* 2007 CAF 342 discutées dans l'article plus long.

⁹ *R. c. Ribic* [2003] F.C.J. no 1964 et autres affaires connexes discutées dans l'article plus long.

quels sont les renseignements qui doivent être communiqués à l'accusé. Avant que le ministère public soit forcé d'abandonner une poursuite relative à des activités terroristes pour protéger des secrets ou qu'un juge soit forcé d'ordonner un sursis de l'instance pour défaut de divulgation, le système de justice devrait s'assurer que la divulgation de l'information secrète est vraiment nécessaire pour que le procès soit équitable et qu'aucune autre forme de communication partielle de la preuve ne peut satisfaire aux exigences d'un procès juste. L'intérêt public et les exigences légitimes de la Charte ne seront pas servis par l'abandon inutile d'une poursuite dans le but de préserver des secrets qui n'auront pas vraiment d'incidence sur le résultat ou l'équité du procès. En même temps, l'intérêt public et les exigences légitimes de la Charte ne seront pas servis par des procès injustes dans lesquels des renseignements qui auraient dû être communiqués à l'accusé ou que celui-ci aurait dû pouvoir présenter n'ont pu l'être en raison de préoccupations, même légitimes, relatives à la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale.

La recherche de solutions de rechange raisonnables qui concilient les exigences en matière d'équité et de confidentialité ne se limite pas aux procédures officielles du système de justice. Il faut s'efforcer de convaincre les informateurs confidentiels que même si leur identité pourra être révélée lors de la communication de la preuve et des témoignages, leur sécurité sera protégée grâce à des programmes de protection des témoins. De même, il faut s'efforcer de convaincre les services du renseignement de sécurité canadiens et étrangers de modifier les réserves interdisant d'utiliser leurs renseignements devant le tribunal. Les instructions permanentes des services de renseignement de sécurité touchant les enquêtes antiterroristes, notamment en ce qui a trait à l'obtention de mandats, à l'enregistrement de la surveillance et des entrevues et au traitement accordé aux sources confidentielles, devraient être révisées à la lumière des exigences en matière de communication et de présentation de la preuve dans les poursuites relatives aux activités terroristes. Cela ne veut pas dire que le SCRS devrait devenir un corps policier¹⁰, mais qu'il devrait à tout le moins être conscient de ces exigences. Concilier équité et confidentialité est l'une des tâches les plus difficiles auxquelles le système de justice est confronté. C'est aussi l'une des plus importantes si on veut que le système de justice puisse être efficace dans la lutte contre les auteurs d'actes terroristes.

¹⁰ Pour une mise en garde au sujet du risque que le SCRS devienne un « paravent » ou un « substitut » des forces de l'ordre, voir Stanley Cohen, *Privacy, Crime and Terror Legal Rights and Security in a Time of Peril* (Toronto: LexisNexis, 2005), p. 407.

Aperçu de l'article

Dans la première partie de cet article, nous présentons une introduction sur l'évolution de la distinction qui est faite entre renseignement et preuve. Même si on a déjà souvent fait ressortir les importantes différences entre le renseignement secret et la preuve publique, il n'a pas été envisagé dans la Loi sur le SCRS de 1984 de dresser un mur entre les deux. Les attentats d'Air India et du 11 septembre ont fait ressortir la nécessité de communiquer les renseignements de sécurité aux forces policières et de les utiliser en preuve si nécessaire. En même temps, les services du renseignement s'inquiètent avec raison que cela puisse signifier que des renseignements secrets soient divulgués en audience publique ainsi qu'à l'accusé.

Dans la deuxième partie, nous présentons les grands principes qui sont en jeu dans la relation entre renseignement et preuve, soit : 1) la nécessité légitime de tenir certains renseignements confidentiels; 2) la nécessité de traiter l'accusé équitablement; 3) la nécessité de préserver le principe de la publicité des débats judiciaires; 4) la nécessité d'une procédure efficace dans les poursuites relatives aux activités terroristes. En fin de compte, il faut concilier la nécessité du secret et la nécessité de la communication.

Le secret et la communication sont tous les deux d'une très grande importance. La communication d'informations qui devraient demeurer secrètes peut causer du tort à des informateurs dont l'identité doit demeurer confidentielle, compromettre les relations entre le Canada et ses alliés, et mettre en péril l'obtention et l'échange d'informations qui pourraient prévenir la perpétration d'autres actes terroristes mortels. La non-communication de l'information pourrait donner lieu à un procès injuste et à une condamnation injustifiée. Mais même dans les cas où la divulgation de renseignements secrets est jugée essentielle à l'équité du procès, le procureur général du Canada peut l'empêcher en délivrant un certificat en vertu de l'article 38.13 de la Loi sur la preuve au Canada ayant pour effet de bloquer l'ordonnance de divulgation du tribunal. Le juge du procès peut pour sa part surseoir à l'instance ou ordonner un arrêt de la poursuite en vertu de l'article 38.14 s'il estime que le droit de l'accusé à un procès équitable est compromis en raison de la non-divulgation de la preuve.

Même si la plupart des inquiétudes exprimées au sujet du lien entre renseignement et preuve concernaient la nécessité de tenir le

renseignement de sécurité secret et de le soustraire à la communication de la preuve, il peut arriver que le renseignement de sécurité soit utilisé en preuve au procès. Cela soulève la question de savoir si l'information obtenue par le SCRS, notamment au moyen de l'écoute électronique, ou celle interceptée par le Centre de la sécurité des télécommunications (le CST), peut être présentée en preuve devant le tribunal. Les renseignements de sécurité sont généralement recueillis dans le respect de normes qui sont moins exigeantes que pour la constitution de la preuve, ce qui représente un défi lorsque le ministère public veut s'en servir comme éléments de preuve. L'utilisation des renseignements de sécurité comme éléments de preuve peut aussi rendre nécessaire la divulgation des moyens utilisés pour les obtenir. Même s'il existe des dispositions qui permettent de protéger les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation, il se peut que l'admissibilité de la preuve soit compromise. Ces questions, y compris celle de l'équilibre approprié entre les mandats obtenus en vertu de la Loi sur le SCRS et ceux obtenus en vertu du Code criminel, seront examinées dans la troisième partie.

Dans la quatrième partie, nous examinerons les exigences en matière de communication de la preuve qui peuvent s'appliquer au renseignement de sécurité. Dans *R. c. Malik et Bagri*, il a été décidé que les renseignements obtenus par le SCRS devaient être communiqués par le ministère public en vertu de l'arrêt *Stinchcombe*, qui a établi l'existence d'une large obligation constitutionnelle pour le ministère public de divulguer à l'accusé les renseignements pertinents et non privilégiés. Même s'il a été établi dans d'autres affaires que le SCRS n'est pas directement assujéti à l'obligation de communication décrite dans *Stinchcombe*, il peut être ordonné que les renseignements soient produits au juge et communiqués à l'accusé selon les modalités établies dans *O'Connor* qui s'appliquent aux dossiers entre les mains de tierces parties. De nombreux renseignements de sécurité pourraient devoir être produits et divulgués dans une poursuite relative à un acte terroriste.

Dans la cinquième partie, nous examinerons les restrictions possibles à l'obligation de communiquer qui pourraient être apportées par l'adoption de nouvelles mesures législatives qui viendraient circonscrire la portée des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* et par l'extension ou la création de privilèges relatifs à la preuve qui permettraient de soustraire des renseignements à la communication de la preuve. Nous examinerons les précédents à de telles restrictions en nous penchant sur leur compatibilité avec les droits de l'accusé garantis par la Charte, y compris sur l'importance

de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé, opposable aux privilèges même les plus importants. Nous nous attacherons aussi aux conséquences de ces restrictions sur l'efficacité des procédures judiciaires. Nous verrons que ces restrictions peuvent donner lieu à des débats sur leur portée exacte ou sur celle du privilège en cause, ainsi qu'à des contestations fondées sur la Charte.

Dans la sixième partie, nous examinons les moyens qui existent pour obtenir des ordonnances de non-divulgence afin de protéger la confidentialité de renseignements de sécurité dans certains types de poursuites. Ces moyens comprennent les procédures envisagées pour revendiquer l'immunité au nom de l'intérêt public ou la confidentialité au nom de la sécurité nationale en vertu des articles 37 et 38 de la Loi sur la preuve au Canada. L'article 38, comme d'autres dispositions législatives analogues, vise à permettre la conciliation efficace et souple d'intérêts divergents en matière de communication et de non-communication de la preuve. Il prévoit un ensemble de solutions de rechange à la communication complète, dont les ententes entre le procureur général et l'accusé, la suppression de certains renseignements, le recours à des résumés ainsi que certaines ordonnances remédiatrices dont les admissions et les conclusions de fait, ainsi que des sursis visant une partie ou la totalité de la poursuite. Toutefois, une particularité de l'article 38 consiste dans le fait que ces arguments relatifs à la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale doivent être plaidés non pas devant le tribunal criminel de première instance ou d'appel, mais devant la Cour fédérale. Comme nous le verrons, cette approche canadienne diffère de celle retenue dans d'autres pays. Elle fait en sorte que le juge du procès est tenu de respecter la décision du juge de la Cour fédérale en ce qui a trait à la communication de la preuve tout en conservant son droit d'ordonner les réparations appropriées, y compris un sursis de l'instance, afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Nous ferons valoir que la procédure prévue par l'article pourrait être rendue plus équitable et plus efficace s'il était permis au juge du procès de prendre connaissance des renseignements confidentiels et d'ordonner si nécessaire qu'ils ne soient pas communiqués à l'accusé. Il pourrait conserver tout au long du procès le pouvoir de réévaluer si la communication est requise pour que le procès soit équitable.

La septième partie de l'article porte sur les méthodes employées aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie pour décider s'il y a lieu de communiquer les renseignements de sécurité à l'accusé. Dans ces pays,

contrairement au Canada, c'est le juge du procès qui en décide. Au Canada, la décision est prise par un juge de la Cour fédérale, et le juge du procès doit se plier le cas échéant à une ordonnance de non-divulgence, tout en ayant à décider s'il est possible de tenir un procès équitable compte tenu de l'ordonnance.

Dans la conclusion, nous examinerons les stratégies qui permettraient d'harmoniser la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve. Il faut à la fois mettre en place des stratégies en amont touchant le travail des services du renseignement et de la police et des stratégies en aval touchant les obligations de communication et le rôle des tribunaux.

Parmi les stratégies en amont qui pourraient faciliter l'utilisation des renseignements de sécurité dans les poursuites relatives aux activités terroristes, mentionnons les suivantes : 1) un changement de culture au sein des services du renseignement de sécurité serait souhaitable pour faire en sorte qu'ils soient plus attentifs aux normes de preuve lorsqu'ils recueillent de l'information dans des enquêtes antiterroristes; 2) dans le cas de renseignements provenant d'autres services, il y aurait lieu de leur demander la permission de les communiquer en vertu de la règle touchant les tiers; 3) on pourrait faire un plus grand usage des mandats d'écoute électronique prévus par le Code criminel plutôt que de recourir à ceux prévus par la Loi sur le SCRS, et utiliser les interceptions du SCRS, autorisées par les tribunaux, plutôt que celles du CST lorsque des personnes soupçonnées d'activités terroristes font l'objet de surveillance électronique à l'étranger; 4) enfin, on pourrait faire davantage appel à des programmes efficaces de protection des sources et des témoins.

En aval, on pourrait déployer les stratégies suivantes pour protéger les renseignements de sécurité : 1) préciser les règles touchant la communication et la production de renseignements de sécurité; 2) préciser la portée des privilèges relatifs à la preuve; 3) trouver des moyens efficaces pour permettre aux avocats de la défense, sous réserve peut-être d'une attestation de sécurité ou d'un engagement de non-divulgence, de prendre connaissance des renseignements confidentiels; 4) s'attacher aux torts concrets que la divulgation de renseignements secrets pourrait causer plutôt que d'invoquer de vagues concepts de danger pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales; 5) mettre en place une procédure où une seule juridiction aurait à trancher la revendication de la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale (CSN); 6) éliminer la possibilité d'interjeter appel d'une décision relative à la CSN avant le début du procès pour activité terroriste.

I. Évolution de la distinction entre renseignement de sécurité et preuve

Comme il est dit dans le résumé, il y a d'importantes différences entre le renseignement de sécurité et la preuve; dans le premier cas, il s'agit d'informer les gouvernements au sujet des risques à la sécurité nationale, alors que la preuve sert à poursuivre les auteurs d'activités criminelles lors d'un procès public. Il reste que la relation entre le renseignement et la preuve est aussi dynamique¹¹. Les crimes liés au terrorisme tournent souvent autour de comportements qui peuvent aussi légitimement faire l'objet d'enquêtes en vue d'obtenir des renseignements de sécurité. Même avant l'adoption de la Loi antiterroriste (LAT), les poursuites relatives aux activités terroristes pouvaient porter sur des allégations de complot ou d'entente en vue de commettre un crime ou d'autres formes de soutien au terrorisme. La Loi antiterroriste criminalise maintenant le fait de soutenir, de préparer ou de faciliter une activité terroriste et le fait de participer aux activités d'un groupe terroriste. Le volet préventif de la Loi rétrécit l'écart entre le renseignement au sujet des risques à la sécurité nationale et la preuve au sujet de crimes.

Le renseignement de sécurité peut être tenu secret s'il est utilisé uniquement dans le but d'informer le gouvernement au sujet de risques à la sécurité nationale. Il faut cependant concilier secret et équité lorsque le renseignement devient pertinent au procès d'un accusé. Parfois, le ministère public voudra utiliser le renseignement en cour parce qu'il constitue la meilleure preuve de la perpétration d'une infraction terroriste. Mais très souvent, c'est l'accusé qui pourra vouloir prendre connaissance de ces renseignements parce qu'ils peuvent fournir des éléments de preuve qui aideront à sa défense.

1) La distinction entre le renseignement et la preuve au moment où le SCRS a été créé

En 1983, un comité sénatorial spécial présidé par Michael Pitfield a insisté sur les différences entre l'exécution de la loi et le travail des services de renseignements :

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

¹¹ Clive Walker « Intelligence and Anti-Terrorism Legislation in the United Kingdom », (2005) 44 Crime, Law and Social Change, p. 387.

perpétration d'un acte criminel précis. La protection de la sécurité ne se contente pas simplement 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 les 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.

La distinction entre la collecte de renseignements et la constitution de la preuve n'aurait pas pu être formulée plus clairement. Le rôle proactif de la police dans la prévention du crime et la répression des tentatives ou des complots en vue de commettre des actes terroristes est passé sous silence. Sans surprise, la possibilité que le renseignement de sécurité puisse avoir une valeur probante dans un procès criminel est également passée sous silence. Ces remarques du comité Pitfield témoignent d'une conception répandue mais erronée au sujet de la distinction entre le travail des services policiers et celui des services du renseignement qui existait au moment de la création du SCRS et de l'enquête initiale relative à Air India.

Le SCRS a été créé en 1984 et son mandat consistait à mener des enquêtes sur un large éventail de menaces à la sécurité du Canada. Même si ces menaces pouvaient comprendre des menaces et des actes de violence

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. 6, par. 14.

grave dirigés contre des personnes ou des biens à des fins politiques au Canada ou à l'étranger, elles comprenaient aussi l'espionnage, les activités clandestines d'influence étrangère et le recours à des actes criminels secrets dans le but de détruire ou de renverser le système de gouvernement constitutionnel en place au Canada. La Loi sur le SCRS a été adoptée dans le contexte de la guerre froide, comme en témoigne des rapports selon lesquels le SCRS aurait interrompu l'opération de surveillance visant Parmar pour plutôt surveiller un diplomate soviétique en visite au pays¹³.

La Loi sur le SCRS mettait l'accent sur le secret. Elle érigeait en infraction le fait de communiquer des informations relatives à une personne « qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel » ou à « une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service »¹⁴. Parallèlement, la Loi sur le SCRS n'envisageait pas un secret absolu car dans ce cas, les renseignements ne seraient jamais communiqués aux organismes chargés de l'application de la loi. Selon le paragraphe 19(2), le Service peut communiquer les informations aux agents de la paix ou aux procureurs compétents « lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale... »¹⁵. Même en 1984, on reconnaissait que le SCRS pourrait avoir des informations utiles aux enquêtes et aux poursuites criminelles. La Loi sur le SCRS n'érigeait pas de mur infranchissable entre le renseignement de sécurité et les informations pertinentes qui pouvaient être communiquées à la police. La conception implicite du lien entre collecte de renseignements et constitution de la preuve qui y est formulée était plus complexe et nuancée que le net contraste articulé dans le rapport Pitfield.

Le rôle proactif de la police dans la prévention du crime et les enquêtes touchant la sécurité nationale a aussi été reconnu dans la Loi sur les infractions en matière de sécurité¹⁶, laquelle confère aux membres de la GRC « la responsabilité première d'exercer les fonctions attribuées aux agents de la paix » à l'égard d'infractions découlant « d'activités constituant des menaces envers la sécurité du Canada » au sens de la Loi sur le SCRS. Les fonctions des membres de la GRC comprennent la prévention du crime

¹³ Kim Bolan, *Loss of Faith How the Air India Bombers Got Away with Murder* (Toronto : McClelland and Stewart, 2005), p. 63.

¹⁴ Loi sur le SCRS, art. 18.

¹⁵ *Ibid.*, al. 19(2)a).

¹⁶ Loi sur les infractions en matière de sécurité, L.R.C. 1985, ch. S-7, art. 6.

ainsi que l'arrestation des criminels¹⁷. Un grand nombre d'infractions, dont le meurtre, la tentative de meurtre, d'autres formes de violence ou de menaces, l'espionnage, le sabotage et la trahison pourraient être comprises dans les « activités constituant des menaces envers la sécurité du Canada ». De plus, le Code criminel interdit non seulement les infractions effectivement commises, mais aussi les tentatives, au-delà d'une simple préparation, de commettre ces infractions, les ententes ou les complots entre deux ou plusieurs personnes en vue de commettre une infraction, les tentatives de conseiller, d'amener ou d'inciter d'autres personnes à commettre une infraction, ainsi que de nombreuses autres formes d'assistance à la perpétration d'un acte criminel.

Une lecture attentive de la Loi sur le SCRS et de la Loi sur les infractions en matière de sécurité laisse voir que le net contraste constaté par le comité Pitfield entre les activités « réactives » des services policiers et les activités « préventives » des services du renseignement était simpliste. La loi originale de 1984 prévoyait la communication des renseignements de sécurité à la police pour servir dans les enquêtes et les poursuites criminelles. Elle établit des compétences qui se chevauchent en conférant au SCRS le rôle de mener des enquêtes relatives à des menaces terroristes lorsque ces menaces, à la fois avant et après que l'acte a été commis, pourrait être un crime relevant de la responsabilité première de la GRC. Et le rôle de la GRC n'était pas uniquement de réagir. Elle avait aussi pour mandat de prévenir les crimes, de mener des enquêtes et de porter des accusations à la fois avant et après la perpétration d'un acte terroriste.

2) Obligations en matière de communication de la preuve et tensions entre le SCRS et la GRC

En 1998 et en 1999, le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) a réalisé une étude sur les relations entre la GRC et le SCRS. On peut y lire :

À l'origine des problèmes découlant de l'échange d'informations entre le SCRS et la GRC se situe l'obligation, pour le Service, de protéger l'information dont la divulgation pourrait révéler l'identité de ses sources, dévoiler ses méthodes de fonctionnement ou compromettre des opérations en cours. D'autre part, des enquêteurs de la GRC estiment que certaines informations du SCRS sont des

¹⁷ Loi sur la GRC, art. 18.

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 preuve¹⁸.

L'étude du CSARS fait remarquer que si le groupe de travail de la GRC sur l'attentat d'Air India avait eu accès aux documents du SCRS, cela aurait pu « compromettre une importante masse d'informations du SCRS, par suite de l'arrêt Stinchcombe, qu'ils servent ou non d'éléments de preuve par la suite »¹⁹. Cette remarque s'est avérée prophétique car il a été établi au procès de Malik et Bagri que le SCRS était effectivement assujéti aux obligations de communication articulées dans l'arrêt Stinchcombe.

Le CSARS a fait remarquer que les préoccupations de la GRC et du SCRS étaient avivées par l'arrêt Stinchcombe prononcé par la Cour suprême en 1991 :

Son incidence est que 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 éveiller des enquêtes du SCRS. Cela veut dire que même des informations fournies lors de discussion conjointes sur des enquêtes ou à titre de pistes d'enquête sont soumises à des risques²⁰.

Même si l'arrêt Stinchcombe décrit l'obligation de divulguer en termes larges, il n'est pas dit qu'elle est illimitée. Elle est circonscrite en fonction de la pertinence à l'affaire, des privilèges, notamment celui qui s'applique aux indicateurs de police, ainsi qu'en fonction du moment où la

18 Coopération du SCRS avec la GRC - Partie I, (CSARS 1998-04), 16 octobre 1998, p. 9.

19 Ibid., p. 14 et 15.

20 Ibid., p. 9.

divulgaration peut être faite. De plus, le procureur général du Canada peut revendiquer une immunité d'intérêt public pour l'empêcher, comme cela s'est effectivement produit avec succès dans au moins une poursuite relative à un acte terroriste²¹.

Ces rapports ont confirmé que l'écart traditionnel entre renseignement de sécurité et preuve était toujours présent et que les craintes que les renseignements de sécurité puissent être compromis avaient été considérablement avivées à la suite de l'arrêt Stinchcombe. Même si le CSARS a peut-être surestimé l'impact de Stinchcombe, il ressort clairement que de nombreuses personnes au sein de la GRC et du SCRS ont été d'avis que cet arrêt avait aggravé les tensions découlant des mandats différents confiés aux deux agences.

3) Après le 11 septembre

La nécessité d'échanger l'information et de convertir le renseignement en preuve est devenue plus urgente après les événements du 11 septembre²². En 2005, l'honorable Bob Rae a insisté sur la nécessité d'établir une relation utile et fiable entre la collecte de renseignements et la constitution de la preuve. Il a situé cette relation dans son contexte politique, historique et juridique plus large en formulant les remarques suivantes :

La séparation des fonctions touchant le renseignement de sécurité de la GRC et la création d'un nouvel organisme, le

²¹ Voir l'étude de cas sur l'affaire Kevork à la partie 4 de l'article plus long.

²² Le service de sécurité britannique, mieux connu sous le nom de MI5, fournit un exemple pertinent de la manière dont un service de renseignement de sécurité peut ajuster ses méthodes pour mieux répondre au besoin d'avoir des preuves pour poursuivre les personnes soupçonnées de terrorisme. Sur son site Internet officiel, il y a une section intitulée [traduction] « Preuve et communication » où on peut lire : [traduction] « Des agents du service de sécurité ont été témoins à charge dans plusieurs procès criminels très médiatisés, et des renseignements de sécurité ont été admis en preuve ou divulgués à la défense à titre de "matériel non utilisé" à plusieurs occasions, le plus souvent dans le contexte de notre lutte contre le terrorisme ou les crimes graves. La participation accrue du service dans les instances criminelles signifie qu'au moment de planifier et d'exécuter une opération de renseignement susceptible de donner lieu à des poursuites, nous gardons à l'esprit les exigences en matière de droit de la preuve ainsi que les obligations de communication.... Lorsque l'enquête mène à une poursuite, le ministère public examine nos dossiers et détermine lesquels d'entre eux peuvent être communiqués à la défense. Si cette communication risque de causer un tort réel à l'intérêt public, en révélant par exemple l'identité d'un agent ou une technique d'enquête délicate, le procureur peut demander à un juge qu'il l'autorise à tenir le document secret. Une telle demande prend la forme d'une revendication d'immunité d'intérêt public (IIP) ». MI5, « Evidence and Disclosure » à <http://www.mi5.gov.uk/output/Page87.html> (consulté le 21 janvier 2007). Le mandat légal du MI5 l'autorise à recueillir des informations [traduction] « aux fins de prévenir et de détecter les crimes graves » (Security Services Act, 1989 par. 2(2)). À titre de comparaison, le SCRS a pour mandat de recueillir des informations en lien avec la sécurité du Canada dans la mesure strictement nécessaire et de communiquer ces informations à la police lorsqu'elles peuvent servir dans les enquêtes et les poursuites relatives à des infractions.

SCRS, se sont produites juste au moment où le terrorisme était une source croissante d'inquiétudes à l'échelle internationale. À cette époque, le contre-espionnage (par opposition au contre-terrorisme) absorbait 80 % des ressources du SCRS. On était toujours en pleine guerre froide, et le milieu du contre-espionnage créé après 1945 avait donné lieu à une culture axée sur le secret. Le nouvel organisme était profondément marqué par le principe du « besoin de savoir ».

Il a poursuivi en notant certaines des conséquences du 11 septembre :

Le rapport de la Commission américaine sur les événements du 11 septembre 2001 est truffé d'exemples des difficultés que pose aux stratégies antiterroristes efficaces la persistance du cloisonnement entre la police et le milieu de la sécurité. Il est bien connu que les organismes étaient réticents à échanger de l'information et étaient incapables de coopérer suffisamment pour éliminer les menaces pour la sécurité nationale. Malheureusement, il n'est guère réconfortant de savoir que le Canada n'était pas le seul pays à devoir faire face à des difficultés dans ce domaine. Dans le présent cas, il faut se demander si les relations institutionnelles entre le SCRS et la GRC ont connu de graves ratés, si, le cas échéant, ces problèmes ont été cernés correctement par les deux organismes, ainsi que par le gouvernement, et si les relations aujourd'hui sont telles qu'on puisse dire avec confiance que nos opérations en matière de sécurité et de police peuvent faire face aux menaces terroristes de toutes sortes avec la coopération et la consultation qui s'imposent.

Le débat concernant les preuves reposant sur des renseignements de sécurité est tout aussi important. 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 loi. De même, les policiers participent inévitablement à la collecte de renseignements de nature générale et de sécurité qui ont trait à des crimes violents commis dans un dessein terroriste²³.

²³ Hon. Bob Rae, *Leçons à retenir* (2005), p. 22 et 23.

Rae a fait remarquer que l'effacement par le SCRS des enregistrements Parmar aurait nui à la fois aux intérêts de l'État en matière de lutte contre le crime et au droit de l'accusé à un procès équitable. Les enregistrements pouvaient contenir des preuves incriminantes qui auraient pu être utilisées dans des poursuites criminelles, mais ils pouvaient aussi contenir des preuves exculpatrices ou d'autres informations utiles pour l'accusé. En tout état de cause, la destruction des enregistrements, ainsi que des notes d'entrevue du SCRS, a permis à l'accusé de plaider qu'il avait été privé de telles preuves. Rae a déclaré :

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'accusé²⁴.

Le rapport Rae fait ressortir que l'action réciproque entre le renseignement de sécurité et la preuve devait faire l'objet d'un examen approfondi à la lumière de l'arrêt Stinchcombe et de la nouvelle importance à accorder à la lutte contre le terrorisme, notamment l'importance d'ériger en infractions les activités de préparation et de soutien du terrorisme.

4) Résumé

La GRC et le SCRS conservent et doivent respecter leurs différents mandats, mais ils opèrent dans un contexte légal et politique dynamique. Le mandat de la GRC consistant à prévenir le crime et à réunir les preuves s'est élargi avec l'adoption en 2001 de la Loi antiterroriste créant plusieurs nouvelles infractions de terrorisme. La GRC a aussi reconnu que les enquêtes relatives au terrorisme devaient être plus centralisées que d'autres enquêtes policières, qu'elles devaient faire appel au renseignement de sécurité, et qu'elles devaient reposer sur une meilleure collaboration

²⁴ Ibid., p. 16.

entre de nombreux autres acteurs, notamment le SCRS²⁵. Les services du renseignement de sécurité peuvent être plus souvent en possession d'informations utiles aux enquêtes et aux poursuites criminelles, surtout en vertu des dispositions de la LAT.

Les événements mentionnés plus haut montrent qu'il est nécessaire de revoir notre conception selon laquelle il y aurait une opposition tranchée entre l'approche « réactive » de la police et l'approche « proactive » des services du renseignement; entre une action policière « décentralisée » et une action « centralisée » de la part des milieux du renseignement; et entre le renseignement « secret » et la preuve « publique ». Ces oppositions reposent sur les conceptions traditionnelles que l'on avait lorsque le SCRS a été créé en 1984, durant la guerre froide, même si une lecture attentive de la Loi sur le SCRS et de la Loi sur les infractions en matière de sécurité laisse transparaître une reconnaissance du fait que les renseignements de sécurité peuvent devoir être communiqués à la police lorsqu'ils sont pertinents à une enquête policière et à une poursuite devant les tribunaux. Les attentats à la bombe de 1985 contre Air India, qui ont causé 331 morts, auraient dû faire sauter en éclats la dichotomie simpliste entre renseignement secret et preuve publique. Celle-ci a toutefois persisté longtemps et joué un rôle dans les tensions entre la GRC et le SCRS. Quoi qu'il en soit, les événements du 11 septembre et l'adoption en 2001 de la LAT devraient donner lieu à une réévaluation complète de la relation entre renseignement de sécurité et preuve.

Le renseignement de sécurité concernant le terrorisme peut être utile dans d'éventuelles enquêtes relatives à un grand nombre d'infractions criminelles graves impliquant diverses formes de soutien, d'association ou de participation à une activité ou à un groupe terroriste. Plusieurs de ces enquêtes visent des associations de personnes cibles ou « personnes d'intérêt » ainsi que leurs activités. Ces renseignements de sécurité peuvent être précieux pour les accusés dans leur défense contre des allégations d'avoir soutenu le terrorisme ou d'y avoir participé. Même s'il demeure important de protéger les sources, les méthodes, les enquêtes en cours et les renseignements de sécurité étrangers, cette importance devrait être réexaminée à la lumière de l'importance à accorder à la nécessité de poursuivre et de punir les terroristes. Les services du renseignement de sécurité doivent se familiariser davantage avec les programmes de protection des témoins auxquels on a recours dans le système de justice

²⁵ Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC touchant la sécurité nationale (2006) ch. 4.

pénale et avec les règles qui s'appliquent à la constitution de la preuve. À cet égard, il est intéressant de noter que le MI5 accepte la nécessité de réunir certains éléments de preuve (sauf ceux relatifs à la surveillance électronique qui demeurent toujours généralement inadmissibles devant les tribunaux britanniques) dans le respect des normes de preuve. Il peut être nécessaire de demander aux services étrangers leur permission avant de communiquer certaines informations aux fins d'une poursuite pénale. Les autres pays doivent également faire face aux difficultés entourant les poursuites relatives aux activités terroristes et peuvent être disposés à accueillir des demandes raisonnables visant la communication de certains des renseignements de sécurité qu'ils ont fournis au Canada. Le monde a changé depuis l'adoption de la Loi sur le SCRS. Il nous faut faire preuve d'imagination et remettre en question nos idées reçues afin d'assurer une relation harmonieuse entre renseignement de sécurité et preuve.

II. Principes fondamentaux concernant le renseignement de sécurité et la preuve

Il y a quatre principes, tous bien fondés en droit, qui doivent être conciliés pour harmoniser la relation entre renseignement de sécurité et preuve.

1) Le besoin de garder des secrets

La communication de renseignements de sécurité à l'accusé et au public peut avoir de graves conséquences sur les enquêtes en cours, sur les opérations de sécurité et finalement sur la capacité pour les services de sécurité d'aider à prévenir les actes terroristes. La divulgation de secrets pourrait aussi faire courir des risques aux sources confidentielles, pouvant aller jusqu'à la torture et à la mort. Dans les arrêts *Ruby*²⁶ et *Charkaoui*²⁷, la Cour suprême a reconnu l'importance de préserver la confidentialité des renseignements de sécurité que le Canada reçoit de ses alliés ainsi que la situation particulière dans laquelle se trouve le Canada comme « importateur » net de renseignements de sécurité. De plus, la Commission d'enquête relative aux attentats du 11 septembre et la Commission Arar ont toutes deux confirmé l'importance qu'il faut accorder à l'échange d'information entre les gouvernements. Or cet échange de renseignements dépendra souvent de l'assurance qu'on aura reçue qu'ils seront tenus secrets. Enfin, les tribunaux ont confirmé dans plusieurs décisions²⁸ l'importance de protéger l'identité des informateurs.

²⁶ [2002] 4 R.C.S. 3.

²⁷ 2007 CSC 9.

²⁸ R. c. Leipert [1997] 1 R.C.S. 287; *Personne désignée c. Vancouver Sun* 2007 CSC 43.

2) Le besoin de traiter l'accusé de manière équitable

La nécessité de traiter l'accusé de manière équitable et de veiller à ce qu'il ait un procès juste est le principe central de la justice fondamentale. Dans *Charkaoui*²⁹, la Cour a dit clairement que même si des ajustements pouvaient être apportés parce qu'il est nécessaire de protéger des secrets et d'autres intérêts en matière de sécurité nationale, il reste qu'à la fin, la procédure doit être essentiellement équitable. Dans *R. c. Stinchcombe*³⁰, la Cour suprême a relié la communication de la preuve, un droit constitutionnel fondamental de l'accusé, à son droit à une défense pleine et entière et à la nécessité de prévenir les erreurs judiciaires. Même concernant la production et la communication de renseignements entre les mains de tierces parties, la Cour a insisté dans *R. c. O'Connor*³¹ sur l'importance du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Même les privilèges les plus jalousement gardés comme celui visant les indicateurs de police sont assujettis à l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé en vertu de laquelle l'identité de l'indicateur peut lui être communiquée si celui-ci devient un témoin ou un participant important³².

3) Le principe de la publicité des débats judiciaires

Le principe de la publicité des débats judiciaires est reconnu depuis longtemps en droit canadien et a repris de la vigueur grâce aux garanties conférées par la Charte à la liberté d'expression. Mais la présomption de publicité n'est pas absolue et ne s'applique pas à l'information protégée par le privilège relatif aux indicateurs de police³³. De façon plus générale, on peut justifier les restrictions au principe de la publicité des débats judiciaires au cas par cas dans la mesure où il s'agit d'une restriction à la liberté d'expression qui demeure proportionnée³⁴.

4) La nécessité d'une procédure judiciaire efficace

La réponse appropriée, très peu de gens en disconvient, est d'empêcher d'agir ceux qui s'appêtent à commettre des actes terroristes et de punir ceux qui sont déjà passés à l'acte. Les procès criminels peuvent

29 2007 CSC 9.

30 [1991] 3 R.C.S. 326.

31 [1995] 4 R.C.S. 401.

32 R. c. Scott [1990] 3 R.C.S. 979, p. 996; *Personne désignée c. Vancouver Sun* 2007 CSC 43, par. 29.

33 *Personne désignée c. Vancouver Sun* 2007 CSC 43.

34 *Re Vancouver Sun* [2004] 2 R.C.S. 332.

jouer un rôle utile en dénonçant les actes terroristes et en sensibilisant le public au sujet des dangers du terrorisme. Ils démontrent que nous sommes attachés aux principes d'équité et de responsabilité individuelle qui font en sorte que seuls les coupables sont punis, une position morale supérieure se situant à l'antithèse du terrorisme qui vise à faire souffrir des personnes innocentes. Il existe divers instruments internationaux et des conventions sur le terrorisme qui obligent le Canada à traiter le terrorisme comme un crime grave et à en poursuivre les auteurs. Finalement, l'accusé a le droit de subir un procès dans des délais raisonnables, un droit qui comporte des avantages pour la société en même temps qu'il fournit des protections à l'accusé³⁵.

5) Résumé

La nécessité d'établir une procédure efficace, équitable et publique afin de poursuivre les auteurs d'activités terroristes signifie que le Canada doit tirer profit de toutes les ressources de son droit pénal pour lutter contre le terrorisme. Le défi consiste à mettre en place une procédure qui permet à l'État de protéger des secrets légitimes tout en traitant les accusés de manière équitable, dans le respect autant que possible du principe de la publicité des débats judiciaires, et à concilier ces principes divergents efficacement et en temps opportun, faute de quoi il sera très difficile de faire aboutir à un verdict les poursuites relatives aux activités terroristes. Si on ne parvient pas à poursuivre les terroristes et à punir ceux dont la culpabilité a été établie au-delà de tout doute raisonnable à la suite d'un procès équitable, le public perdra confiance dans l'administration de la justice. Le Canada serait aussi en violation de ses obligations internationales qui exigent qu'il érige les actes terroristes violents en crimes graves.

III. L'utilisation du renseignement de sécurité comme élément de preuve : les conséquences découlant des normes différentes qui s'appliquent à la collecte du renseignement et à la constitution de la preuve

Il peut arriver que le renseignement de sécurité soit l'une des meilleures preuves dans les poursuites relatives aux activités terroristes. Même si les services du renseignement de sécurité ciblent les personnes qui présentent un risque de participer au terrorisme, celles-ci peuvent

³⁵ R. c. Morin [1992] 1 R.C.S. 771.

inopinément commettre des crimes, dont plusieurs des nouvelles infractions de terrorisme créées en 2001. Il y a plusieurs obstacles à l'utilisation du renseignement de sécurité comme preuve dans une poursuite relative à une activité terroriste. L'un tient au fait que les services du renseignement sont généralement assujettis à des normes moins rigoureuses que la police lorsqu'ils recueillent des informations. La raison en est que le renseignement de sécurité vise à fournir au gouvernement des informations secrètes en vue de prévenir les menaces à la sécurité alors que la police recueille des informations en vue de constituer la preuve qui servira à arrêter et à poursuivre les terroristes. Un autre obstacle tient au fait que les services du renseignement peuvent se voir dans l'obligation de divulguer des informations sur leurs méthodes comme prix à payer pour que le renseignement de sécurité puisse être utilisé comme preuve.

1) L'admissibilité en preuve des résultats de la surveillance électronique exercée par le SCRS

L'une des affaires qui soulèvent le problème énoncé plus haut est l'affaire *R. c. Atwal*³⁶. Dans cet arrêt, la Cour fédérale a statué que le régime en vertu duquel le SCRS avait obtenu le mandat d'écoute électronique ne violait pas le droit de l'accusé, garanti par la Charte, d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, mais que l'affidavit utilisé pour obtenir le mandat devait lui être communiqué, sous réserve que certains renseignements soient supprimés pour des considérations de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Des inexactitudes découvertes dans l'affidavit ont mené à la démission du premier directeur du SCRS. Le SCRS, comme ses pairs tels que le MI5, doit être prêt à accepter que les renseignements qu'il recueille dans des enquêtes relatives au terrorisme puissent dans certains cas être utilisés en preuve ou divulgués à l'accusé.

Même s'il remonte à plus de vingt ans, l'arrêt *Atwal* de la Cour d'appel fédérale demeure toujours l'arrêt de principe établissant que le régime d'obtention des mandats du SCRS est constitutionnel. Une telle conclusion exigerait que les tribunaux acceptent que la collecte du renseignement et l'application de la loi ont des buts distincts, soit en interprétant l'article 8 de la Charte ou en examinant si une dérogation aux normes du droit pénal peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte. Les tribunaux peuvent être plus enclins à constater une violation de la Charte

³⁶ R. c. Atwal (1987) 36 C.C.C.(3d) 161 (C.A.F.)

s'ils sont convaincus que le SCRS a franchi le Rubicon en s'attachant à la responsabilité pénale d'individus en particulier. Mais même dans ce cas, les preuves obtenues grâce à un mandat du SCRS peuvent toujours être admises en vertu du paragraphe 24(2) au motif que l'admission d'éléments de preuve obtenus de manière inconstitutionnelle mais en se fondant de bonne foi sur la loi et un mandat n'aurait pas pour effet de déconsidérer l'administration de la justice.

La décision de la Cour d'appel fédérale dans *Atwal* confirme aussi que l'accusé pourra prendre connaissance de l'affidavit utilisé pour obtenir le mandat du SCRS afin de lui permettre de contester le mandat et d'exercer ainsi son droit à une défense pleine et entière. Le droit à la communication n'est pas absolu, car l'affidavit peut être expurgé afin de protéger des sources confidentielles et l'identité d'agents secrets, tels que requis par l'article 18 de la Loi sur le SCRS. Le procureur général du Canada peut aussi revendiquer la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale afin d'empêcher la communication de l'affidavit³⁷.

2) L'admissibilité en preuve des résultats de la surveillance électronique exercée en vertu du Code criminel

Même si la preuve obtenue en vertu d'un mandat du SCRS peut parfois être admissible dans une instance criminelle, il est peut-être préférable, lorsque possible, d'obtenir une autorisation en vertu du Code criminel. Cela suppose bien sûr une collaboration entre la GRC et le SCRS dans leurs enquêtes relatives au terrorisme. La LAT a rendu les autorisations de surveillance électronique prévues au Code criminel plus attrayantes du point de vue de l'État parce qu'elles peuvent maintenant être accordées, comme les mandats du SCRS, pour une période allant jusqu'à un an³⁸, et que, contrairement aux mandats du SCRS³⁹, il n'est plus nécessaire d'établir que d'autres techniques d'enquête, comme la surveillance, le recours à des indicateurs de police ou à des agents d'infiltration ou les mandats de perquisition ordinaires, ne fonctionneraient pas⁴⁰. Alors que les mandats prévus à l'article 21 de la Loi sur le SCRS peuvent être décernés lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils sont nécessaires pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada, les autorisations prévues par le Code criminel

³⁷ Ibid., p. 186.

³⁸ Code criminel, art. 186.1

³⁹ Loi sur le SCRS, par. 21(5). Les mandats du SCRS en lien avec les activités subversives décrites à l'al. 2d) de la Loi sont limités à 60 jours.

⁴⁰ Code criminel, par. 186(1.1).

peuvent dorénavant être accordées pour des motifs raisonnables dans le cas d'un large éventail d'infractions terroristes comme le financement du terrorisme, la participation aux activités d'un groupe terroriste ou la facilitation du terrorisme.

Le recours aux autorisations du Code criminel n'est évidemment pas une panacée. Elles feront elles-mêmes l'objet de contestations. L'étude de cas sur l'affaire Parmar dans l'article plus long montre bien les difficultés qui peuvent découler de la divulgation des informations ayant servi à l'obtention de ces mandats. Dans cette affaire, la poursuite a échoué parce qu'on ne pouvait pas préserver le mandat sans divulguer l'identité d'un informateur et que celui-ci a refusé de participer au programme de protection des témoins. Il est à espérer que les pratiques entourant les mandats et la protection des témoins se sont améliorées depuis lors. Quoiqu'il en soit, si l'affaire Parmar devait être décidée aujourd'hui, on pourrait plaider que la preuve d'écoute électronique devrait être admise en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte même si le mandat était inconstitutionnel, après l'avoir expurgé de toute référence à un informateur confidentiel ou à d'autres techniques de collecte de renseignements de sécurité⁴¹.

Le Code criminel permet maintenant au poursuivant de supprimer d'un affidavit toute partie qui, à son avis, serait de nature à porter atteinte à l'intérêt public, notamment les informations qui pourraient compromettre la confidentialité de l'identité d'un informateur ou la nature et l'étendue d'une enquête en cours, causer un préjudice à un innocent, ou compromettre la tenue d'enquêtes ultérieures en mettant en danger « ceux qui pratiquent des techniques secrètes d'obtention de renseignements »⁴². Le juge du procès peut ordonner la divulgation subséquente des informations supprimées seulement si elles sont requises pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et si un résumé judiciaire ne suffit pas⁴³. Il se peut même que le Code criminel ouvre la porte plus grande à la possibilité d'expurger les affidavits utilisés en vue d'obtenir une autorisation d'écoute électronique avant de les communiquer à l'accusé que la procédure touchant les mandats d'écoute électronique du SCRS mentionnée dans Atwal. Il y aurait peut-être lieu cependant d'élargir la portée de l'alinéa 187(4)c) qui semble protéger les techniques d'obtention des renseignements seulement lorsque la divulgation pourrait mettre en danger ceux qui les pratiquent.

41 Au moment où l'affaire Parmar a été décidée, la loi excluait automatiquement la surveillance électronique obtenue sans mandat valable. Voir l'étude de cas à la Partie 3 de l'article plus long.

42 Code criminel, par. 187(4).

43 Code criminel, par. 187(7).

Les informations expurgées, toutefois, ne peuvent pas servir à appuyer la validité du mandat.

3) Nouvel équilibre entre les mandats de surveillance du SCRS et les autorisations prévues au Code criminel

Dans les enquêtes internationales complexes visant le terrorisme, il peut y avoir chevauchement entre les opérations de surveillance électronique menées par le SCRS, le CST, les services du renseignement étrangers et la police. Les suspects peuvent intéresser tour à tour le SCRS et la GRC, selon que la preuve est suffisante ou non pour justifier une enquête criminelle ou une enquête de sécurité. Les champs de la collecte de renseignements et de la constitution de la preuve sont changeants parce que de nouvelles activités ont été érigées en infractions terroristes et que des modifications ont été apportées à la loi, lesquelles facilitent l'obtention d'un mandat en vertu du Code criminel autorisant la surveillance électronique dans le cadre de poursuites relatives aux activités terroristes. Le résultat pourrait être que certaines enquêtes antiterroristes où on aurait eu recours aux mandats prévus par l'article 21 de la Loi sur le SCRS pourraient maintenant être menées dès le départ grâce à un mandat décerné en vertu du Code criminel. Il faut évidemment présumer pour cela une entière collaboration entre le SCRS et la police dans les enquêtes relatives au terrorisme.

Lorsqu'ils collectent des renseignements de sécurité, les services du renseignement doivent se demander s'ils ont « franchi le Rubicon » dans un champ qui concerne surtout la responsabilité criminelle. Le cas échéant, les tribunaux pourraient conclure qu'une autorisation prévue au Code criminel aurait dû être obtenue⁴⁴. Si c'est le moins possible, l'État ne devrait pas se fier à des décisions judiciaires complexes a posteriori pour déterminer si une ligne a été franchie ou non ou si des renseignements obtenus en violation de la Charte peuvent néanmoins être admissibles dans une instance criminelle en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte. Le paragraphe 24(2) sera d'un secours limité pour faire admettre des renseignements du SCRS dans un procès criminel parce qu'avec le temps, le gouvernement aura de plus en plus de difficulté à plaider qu'il a agi de bonne foi en se fiant au régime des mandats du SCRS si ceux-ci ont été déclarés contraires à la Charte. Dans les cas où il existe des motifs suffisants pour obtenir une autorisation en vertu du Code criminel, la préférence devrait être accordée à la constitution de la

⁴⁴ R. c. Jarvis [2002] 3 R.C.S. 708. Voir de façon générale Stanley Cohen, *Privacy, Crime and Terror* (Toronto: LexisNexus, 2005), p. 399 et suivantes.

preuve en vertu du Code plutôt qu'en vertu des mandats du SCRS. Pour cela, il faudra que le SCRS permette à la police de prendre la direction de ces enquêtes. Les renseignements utilisés pour obtenir un mandat du SCRS ou une autorisation prévue au Code criminel pourraient devoir être divulgués pour permettre à l'accusé de les contester dans l'exercice de son droit à une défense pleine et entière. L'affidavit, toutefois, sera expurgé avant d'être communiqué afin de protéger l'intérêt public dans la non-divulgaration de certains renseignements. Les informations supprimées ne pourront servir à justifier le mandat et le juge du procès pourra ordonner qu'elles soient divulguées dans la mesure nécessaire à une défense pleine et entière.

4) Le SCRS et la conservation des renseignements recueillis en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS

Une des questions soulevées dans *R. c. Malik et Bagri* était de savoir si le SCRS devait conserver les renseignements aux fins d'une éventuelle divulgation lors d'une instance criminelle. Le juge a statué que dans les circonstances de cette enquête, le SCRS devait respecter l'obligation de divulguer énoncée dans *Stinchcombe* et qu'il avait violé l'obligation de conserver le matériel visé par cet arrêt en détruisant la preuve d'écoute électronique et le compte rendu d'une entrevue avec un témoin-clé⁴⁵. Aucune réparation n'a été ordonnée pour ces violations parce qu'aucune n'était nécessaire en raison des acquittements.

La décision du juge dans *Malik et Bagri* signifie que le SCRS aurait dû conserver les renseignements parce qu'ils devaient être divulgués. En même temps, le SCRS doit se conformer à l'article 12 de la Loi sur le SCRS, formulé comme suit :

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 mots « dans la mesure strictement nécessaire » s'appliquent ici à la collecte des informations et non à leur analyse ou conservation. Si

⁴⁵ *R. c. Malik* [2002] B.C.J. no 3219; *R. c. Malik* [2004] B.C.J. no 842.

les informations doivent être recueillies dans la mesure strictement nécessaire, elles devraient être analysées et conservées sans que cette analyse ou conservation se limite à ce qui est strictement nécessaire.

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 été obtenues conformément à la norme rigoureuse de la stricte nécessité. Même pour les nouvelles informations obtenues de sources confidentielles ou étrangères, il peut être difficile en pratique de distinguer les exigences en matière de collecte de celles s'appliquant à la conservation. Il reste que les informations qui satisfont au critère de la stricte nécessité pour leur collecte devraient être conservées lorsqu'elles sont susceptibles d'être requises ultérieurement dans une enquête relative au terrorisme. On peut mettre en place des mesures de protection pour éviter que ces informations ne soient rendues publiques. Les informations conservées devraient normalement demeurer secrètes et la communication injustifiée de renseignements de sécurité par le SCRS ou le CST peut être détectée par leurs organismes de surveillance. Les informations conservées pourraient ensuite être divulguées en réponse à une ordonnance du tribunal comme dans l'affaire R. c. Malik et Bagri.

5) Le recours par le SCRS à l'exception relative aux pièces commerciales

Certains renseignements de sécurité peuvent être fondés sur le oui-dire en ce sens qu'ils portent sur ce qu'une personne aurait entendu une autre personne dire. Ces dernières années, les tribunaux ont été davantage disposés à admettre le oui-dire dans des cas où il était nécessaire et digne de foi. L'une des nombreuses exceptions à la règle qui interdit le oui-dire est celle qui s'applique aux pièces commerciales. Selon l'article 30 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC), sont admissibles les pièces établies « dans le cours ordinaire des affaires », le terme « affaires » s'entendant notamment de « toute activité exercée ou opération effectuée, au Canada ou à l'étranger, par un gouvernement... ». L'interprétation qu'on a donnée à cette disposition est de permettre la présentation d'une preuve qui autrement serait du oui-dire. On trouve cependant une restriction au paragraphe 30(10) de la Loi selon laquelle la disposition n'a pas pour effet de rendre admissible en preuve « une pièce établie au cours d'une investigation ou d'une enquête ». Cette restriction s'appliquerait

aux notes et aux dossiers relatifs à une enquête policière⁴⁶, ainsi qu'aux imprimés d'ordinateurs militaires utilisés pour aider les autorités chargées d'appliquer la loi dans une opération de surveillance. On peut avancer que les enquêtes sont des choses importantes et que ceux qui procèdent à une enquête devraient être tenus de témoigner et d'accepter d'être contre-interrogés. Dans l'affaire qui suit toutefois, les dossiers ont été admis en vertu de l'exception en common law relative aux pièces commerciales rédigées au jour le jour par quelqu'un qui a une connaissance personnelle des faits et dont le travail consiste à les rédiger⁴⁷.

Même si on invoquait une exception de common law relative aux dossiers commerciaux ou une exception prévue expressément dans une loi pour admettre des dossiers du SCRS et que les restrictions énoncées au paragraphe 30(10) de la LPC étaient abrogées, les responsables du SCRS pourraient quand même être tenus d'expliquer, par affidavit ou en témoignant devant le tribunal, la signification des documents et la manière dont ils ont été obtenus afin d'établir qu'ils sont dignes de foi et qu'il est nécessaire de les admettre en preuve au procès. Le recours à l'exception relative aux dossiers commerciaux ou un élargissement de sa portée ne fera pas nécessairement en sorte que les agents du SCRS ne seront plus tenus de témoigner dans les procès criminels.

6) Renseignements de sécurité obtenus à l'étranger

En raison de la nature du terrorisme international, dont celui à l'origine de l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India, il se peut bien qu'une personne soupçonnée de terrorisme par les autorités canadiennes se déplace entre le Canada et d'autres pays. Lorsqu'un suspect quitte le Canada, les autorités canadiennes peuvent demander aux autorités étrangères de le surveiller. Cette collaboration internationale peut être précieuse, mais il est possible qu'un suspect canadien ne soit pas une priorité pour les services étrangers ou que ceux-ci, dans certaines circonstances, aient recours à des méthodes qui paraîtraient répréhensibles aux yeux des citoyens et des tribunaux canadiens.

Une décision récemment rendue publique a conclu que le régime des mandats d'écoute électronique du SCRS prévu à l'article 21 de la Loi sur le SCRS ne peut servir à obtenir des mandats de surveillance électronique visant des Canadiens se trouvant à l'étranger. Le juge Blanchard, de la Cour

⁴⁶ R. c. Palma (2000) 149 C.C.C.(3d) 169 (C.S.J. Ont.)

⁴⁷ R. c. Sunila (1986) 26 C.C.C.(3d) 331 (C.S. N.-É.) applique Ares c. Venner [1970] R.C.S. 608.

fédérale, a conclu que l'article 21 n'établissait pas que le législateur voulait clairement passer outre aux principes du droit international comme ceux de « l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité », lesquels seraient violés si les autorités canadiennes procédaient à des opérations de surveillance électronique à l'étranger⁴⁸. Cette décision semble indiquer que le SCRS ne peut pas obtenir un mandat l'autorisant à effectuer de la surveillance électronique à l'étranger. En même temps, le jugement laisse entendre que de telles activités extraterritoriales ne violeraient pas l'article 8 de la Charte ni aucune disposition du Code criminel, ni nécessairement le mandat du SCRS qui consiste à recueillir des renseignements touchant les menaces à la sécurité du Canada⁴⁹.

Une solution de rechange possible serait de permettre à l'agence du renseignement sur les transmissions électroniques du Canada, le CST, de tenter de recueillir les renseignements de sécurité. Mais le CST a des pouvoirs limités pour ce qui est des renseignements obtenus à l'étranger et des mesures satisfaisantes doivent être prises pour protéger la vie privée des Canadiens et faire en sorte que les communications privées ne seront utilisées ou conservées que si elles sont essentielles aux affaires internationales, à la défense ou à la sécurité⁵⁰. Les interceptions du CST sont aussi autorisées par le ministre de la Défense nationale plutôt que par un juge, ce qui rend les renseignements obtenus par le CST plus difficiles à admettre en preuve que les résultats de la surveillance électronique exercée par le SCRS en vertu d'un mandat judiciaire. Il serait peut-être souhaitable de modifier la Loi sur le SCRS afin de permettre au SCRS d'obtenir un mandat judiciaire en vue de procéder à des opérations de surveillance électronique à l'extérieur du Canada avec le consentement du pays étranger.

Une autre question est de savoir si les interceptions du CST ou d'une autre agence du renseignement sur les transmissions peuvent servir de preuve. Certains peuvent plaider qu'il est fantaisiste de penser qu'une interception d'une agence du renseignement sur les transmissions puisse un jour être utilisée dans une poursuite relative au terrorisme, mais cette idée doit constamment être réévaluée à la lumière de la nature du terrorisme international et des communications. Les interceptions du CST visent les communications internationales, mais la Loi antiterroriste criminalise différents actes terroristes commis à l'extérieur du Canada. Une

48 Canada (Service canadien du renseignement de sécurité) (Re), 2008 CF 301, par. 54 (Dans l'affaire d'une demande de mandats, 22 oct. 2007, SCRS 10-07).

49 Ibid., par. 62 et 63.

50 Loi sur la défense nationale, art. 273.65.

autre possibilité serait de recourir aux interceptions obtenues de services étrangers. Selon la jurisprudence actuelle, la Charte ne s'appliquerait pas à ces services étrangers du renseignement sur les transmissions, même s'ils agissaient en collaboration avec les autorités canadiennes, et elle ne s'appliquerait pas aux actions menées par des Canadiens à l'étranger⁵¹. Il reste à savoir si un pays étranger consentirait à ce que des renseignements sur les transmissions soient utilisés en preuve. Encore une fois, la nature changeante du terrorisme international et des communications indique qu'il est peut-être prématuré de conclure que les renseignements sur les transmissions ne serviront jamais comme preuve dans une poursuite relative au terrorisme.

7) Résumé

L'un des principaux thèmes de notre étude est que les services du renseignement de sécurité doivent comprendre que leur travail de lutte contre le terrorisme peut donner lieu à des poursuites devant les tribunaux, et que celles-ci ont des implications en ce qui a trait à la divulgation et à la preuve. Chaque fois que le SCRS obtient un mandat de surveillance électronique dans le cadre d'une enquête relative au terrorisme, il devrait examiner attentivement s'il n'y aurait pas des motifs justifiant l'obtention d'une autorisation en vertu de la Partie IV du Code criminel et si cette dernière ne serait pas préférable. Les affidavits utilisés pour obtenir un mandat d'écoute électronique, que ce soit en vertu de la Loi sur le SCRS ou du Code criminel, peuvent devoir être communiqués à l'accusé, mais ils peuvent être expurgés pour protéger l'intérêt du public dans la non-communication. Le procureur général du Canada peut invoquer l'article 38 de la LPC pour s'opposer à la divulgation d'informations qui porteraient atteinte à la sécurité, à la défense nationale ou aux relations internationales. Les renseignements supprimés de l'affidavit, comme dans *Parmar*, ne peuvent servir à justifier le mandat. Contrairement à cette affaire toutefois, l'État peut toujours demander que soient admises des preuves obtenues en vertu d'un mandat invalide en invoquant le paragraphe 24(2) de la Charte.

Étant donné la création de plusieurs nouvelles infractions en lien avec le terrorisme, l'élimination de l'exigence de stricte nécessité pour l'enquête et la prolongation à un an de leur durée en ce qui a trait aux enquêtes relatives au terrorisme, il n'est pas certain que les autorisations d'écoute électronique prévues par le Code criminel seront toujours beaucoup plus

⁵¹ R. c. Hape 2007 CSC 26.

difficiles à obtenir que les mandats du SCRS. Il peut valoir la peine de faire un effort additionnel en vue d'obtenir une autorisation prévue au Code criminel si une poursuite est engagée dans laquelle on souhaite présenter en preuve des informations obtenues grâce à cette autorisation. En recourant à l'autorisation prévue au Code criminel, on n'aura pas à débattre si le régime des mandats du SCRS respecte la Charte. Les dispositions du Code criminel prévoient aussi que les renseignements utilisés pour obtenir l'autorisation peuvent être supprimés avant que celle-ci soit communiquée à l'accusé.

On a souvent invoqué les différents rôles des services du renseignement de sécurité et de la police ainsi que les normes constitutionnelles différentes qui s'appliquent à leurs méthodes de collecte de l'information pour expliquer pourquoi le renseignement de sécurité ne pouvait pas servir en preuve. Dans cette section, nous avons vu que le régime des mandats du SCRS a été validé en vertu de la Charte et que les communications interceptées par le SCRS, si elles sont conservées, pourraient être présentées en preuve dans une poursuite relative au terrorisme. Même si un tribunal jugeait qu'elles ont été obtenues en violation de l'article 8, on pourrait sans doute établir, en l'absence d'une violation délibérée des normes du Code criminel ou de la Charte, d'inexactitudes dans les affidavits utilisés pour obtenir le mandat ou d'un recours persistant à des lois ou à des pratiques inconstitutionnelles, que les renseignements de sécurité obtenus grâce à un mandat de surveillance électronique du SCRS devraient être admis en vertu du paragraphe 24(2). L'utilisation en preuve des renseignements de sécurité viendra toutefois au prix de conserver et de divulguer les renseignements. L'obligation de divulguer n'est cependant pas absolue, et l'affidavit utilisé pour obtenir un mandat ou une autorisation d'écoute électronique, en vertu de la Loi sur le SCRS ou du Code criminel, peut être expurgé en vue de protéger les divers intérêts publics dans la non-communication. Enfin, le procureur général du Canada conserve le droit de demander une ordonnance de non-divulgence en invoquant l'article 38 de la LPC.

IV. Obligations de divulguer les renseignements de sécurité

Même si le ministère public n'a pas l'intention d'utiliser en preuve des renseignements de sécurité, la personne accusée d'une infraction terroriste peut en demander la production et la communication. La définition large des infractions terroristes fait en sorte qu'il sera difficile pour le ministère public de plaider que les renseignements concernant

l'accusé ou ses associés ne sont pas du tout pertinents et n'ont pas à lui être communiqués. Les renseignements de sécurité peuvent aussi avoir trait à la crédibilité des informateurs ou d'autres témoins et aux méthodes utilisées pour mener l'enquête visant l'accusé.

1) La communication de la preuve et l'arrêt Stinchcombe

La décision de la Cour suprême de 1991 dans l'affaire Stinchcombe reconnaît un droit étendue à la communication des informations pertinentes et non privilégiées. Relativement aux faits particuliers de l'enquête Air India, la Cour a établi que le SCRS était assujéti aux obligations de divulgation énoncées dans Stinchcombe, y compris l'obligation de conserver la preuve. Cette décision ne s'appliquerait sans doute pas à toutes les activités du SCRS, mais elle peut s'appliquer à certaines enquêtes antiterroristes visant des suspects susceptibles d'être accusés d'une infraction de terrorisme, ou aux informations que le SCRS échange avec les corps policiers qui mènent des enquêtes antiterroristes. Par exemple, les informations conservées dans le Système de renseignements protégés sur la criminalité (SRPC), ou celles en possession d'une Équipe intégrée de la sécurité nationale (EISN) formée de représentants de la GRC, des services de police provinciaux et municipaux et d'autres organismes fédéraux comme le SCRS, seraient sans doute visées par les obligations de divulguer énoncées dans Stinchcombe⁵². Dans certains cas particuliers, on peut se demander si l'État, en tant que poursuivant, contrôle vraiment les renseignements de sécurité ayant amené le SCRS à confier une enquête à la police ou si une enquête du SCRS constitue les résultats d'une enquête aux fins de la communication⁵³.

⁵² Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC touchant la sécurité nationale (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada), 2006, p. 116 et suivantes. La Commission a signalé que des informations faisant l'objet de restrictions figurent dans la base de données du SRPC de la GRC et que globalement, l'approche retenue vise à être très inclusive. Cette pratique s'explique par l'importance et la fluidité des enquêtes relatives à la sécurité nationale, et par le fait que « la GRC est tenue de veiller à ce que tous les dossiers d'enquête soient complets, conformément aux normes fixées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Stinchcombe. Des dossiers complets doivent comprendre l'information tant inculpatoire que disculpatoire sur l'accusé. L'information comprend souvent des détails sur des personnes avec lesquelles la cible d'une enquête a eu des contacts. La GRC a signalé à cet égard que des informations en apparence insignifiantes peuvent donner un alibi à un accusé potentiel ». Ibid., p. 124 et 125.

⁵³ Voir R. c. Gingras (1992) 71 C.C.C.(3d) 53 (C.A. Alb.) où la demande d'un procureur provincial en vue d'obtenir la communication de dossiers correctionnels d'un organisme fédéral a été rejetée. Des critères de pertinence plus exigeants peuvent être imposés relativement à des informations qui ne sont pas en la possession ou sous le contrôle des procureurs en tant que résultats d'une enquête ou si des intérêts en matière de confidentialité sont en jeu. R. c. McNeil (2006) 215 C.C.C.(3d) 22 (C.A. Ont.). Voir de façon générale David Paciocco, « Filling the Seam Between Stinchcombe and O'Connor : The McNeil Disclosure Application » (2007) 53 C.L.Q. 230.

Selon l'interprétation que l'on a donnée à l'arrêt *Stinchcombe*, les éléments de preuve doivent être conservés. Dans *Malik et Bagri*, il a été statué que le SCRS ne s'était pas conformé à cette obligation en détruisant les enregistrements et les notes⁵⁴. Certains pourraient avancer que la destruction des enregistrements et des notes d'entrevues était justifiée par l'exigence de « stricte nécessité » énoncée à l'article 12 de la Loi sur le SCRS. Mais comme nous l'avons vu plus haut, cette exigence s'appliquerait plutôt à la collecte des informations et non à leur conservation ou analyse. Les informations obtenues légitimement par le SCRS qui peuvent devenir pertinentes à une poursuite relative au terrorisme devraient être conservées, quitte à ce que des mesures soient prises pour protéger le droit à la vie privée et s'assurer que leur communication soit faite dans le respect des lois après révision.

La violation du droit à la communication de la preuve selon les règles énoncées dans *Stinchcombe* ne constitue pas nécessairement une violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. En appel, les tribunaux ont été disposés à accepter qu'une violation du droit général à la communication d'informations pertinentes ne violait pas nécessairement le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et ne nécessitait pas nécessairement la tenue d'un nouveau procès. Certains font valoir que le droit à la communication de la preuve existe pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière, et que le droit à une défense pleine et entière est plus important que le droit à la communication. En même temps, en décidant si le droit à une défense pleine et entière a été compromis ou non, les tribunaux examineront les effets cumulatifs de la non-divulgation et s'il y a une possibilité raisonnable que cette absence de divulgation ait une influence sur le résultat du procès ou l'équité de la procédure⁵⁵.

2) Production et communication de dossiers en la possession de tiers en vertu de l'arrêt O'Connor

Même s'il est établi que les renseignements de sécurité ne sont pas assujettis aux obligations de divulguer énoncées dans *Stinchcombe*, il se peut que le SCRS ou même le CST soit tenu de produire les informations pertinentes selon la procédure s'appliquant aux dossiers en la possession de tiers décrite dans *R. c. O'Connor*⁵⁶. En pareil cas, il

⁵⁴ R. c. *Malik* [2002] B.C.J. no 3219; R. c. *Malik* [2004] B.C.J. no 842.

⁵⁵ R. c. *Taillefer* [2003] 3 R.C.S. 307.

⁵⁶ [1995] 4 R.C.S. 411.

faudrait que l'accusé établisse d'abord que les informations demandées sont vraisemblablement pertinentes relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Ce critère est plus élevé que le critère de pertinence énoncé dans *Stinchcombe*, mais il ne doit pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l'accusé qui ne se lance pas dans une demande de production reposant sur la conjecture ou qui serait perturbatrice.

Une fois que les dossiers contenant des renseignements de sécurité ont été déposés devant le juge, celui-ci pourra soupeser différents facteurs avant de décider s'il y a lieu de les communiquer à l'accusé. Cela pourra dépendre de la réponse que le juge donnera à certaines questions, comme celle de savoir si l'intérêt de l'État à la non-communication des renseignements de sécurité pèse aussi lourd que le droit à la protection de la vie privée de la plaignante dans une affaire d'agression sexuelle. Les facteurs qui pourraient jouer seraient la mesure dans laquelle l'accès aux renseignements de sécurité est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière, leur valeur probante dans un procès et le préjudice que la communication pourrait causer aux intérêts de l'État, au droit à la protection de la vie privée ou à d'autres droits. Même s'il est établi que le SCRS n'est pas assujéti à *Stinchcombe*, celui-ci serait tenu de respecter la procédure énoncée dans *O'Connor* relative à la production et à la divulgation de dossiers entre les mains de tiers.

V. Méthodes pour limiter la communication de renseignements de sécurité

Il y a différents moyens que le législateur ou les tribunaux pourraient utiliser pour limiter la production et la communication de renseignements de sécurité. Les mesures législatives adoptées par le Parlement en réponse à l'arrêt *O'Connor* constituent un précédent qui vient à la fois restreindre la portée de l'arrêt *Stinchcombe* ainsi que la procédure pour obtenir la production de dossiers en la possession de tiers. Ces mesures pourraient permettre de créer des catégories de renseignements de sécurité pouvant être soustraits à la divulgation ou d'établir de nouvelles procédures et de nouvelles limites pour les accusés qui demandent la communication de renseignements de sécurité. L'arrêt *Mills* laisse entendre que les restrictions législatives à la communication peuvent être déclarées respectueuses de la Charte même si le résultat est que des renseignements pertinents entre les mains du ministère public ne sont pas divulgués à l'accusé. Il laisse entendre aussi que le législateur peut fournir des orientations et établir

des procédures touchant la production de renseignements par des tiers. Enfin, les règles en matière de divulgation énoncées dans *Stinchcombe* ne s'appliquent pas aux renseignements visés par les privilèges relatifs à la preuve comme celui concernant les indicateurs de police. La portée de ces privilèges pourrait être étendue par voie législative.

Toutes ces stratégies visant à restreindre la production et la communication des renseignements de sécurité pourraient être contestées au motif qu'elles violeraient les droits de l'accusé garantis par la Charte. Même les privilèges les plus importants souffrent de l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Les restrictions à la production et à la communication doivent quand même respecter le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Une disposition législative qui restreindrait une disposition de la Charte doit aussi satisfaire au critère de la proportionnalité. Même si différentes restrictions relatives à la portée des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor* seraient logiquement liées à la protection de secrets et au bon fonctionnement des services du renseignement de sécurité, il n'est pas certain qu'elles seraient les moins restrictives ou les mieux adaptées à la protection des secrets.

1) Mesures législatives limitant la portée des arrêts *Stinchcombe* et *O'Connor*

Des mesures législatives limitant la possibilité de demander la production et la communication de renseignements de sécurité en s'appuyant sur *Stinchcombe* ou *O'Connor* pourraient être défendues au motif qu'elles représenteraient une limite raisonnable aux droits de l'accusé à la divulgation de la preuve et à une défense pleine et entière garantis par la Charte. Elles auraient vraisemblablement un lien rationnel avec l'important objectif de protéger des secrets, mais on pourrait plaider qu'il existe d'autres mesures plus proportionnelles pour le faire, comme les dispositions actuelles des articles 37 et 38 de la LPC qui permettent aux juges de pondérer les intérêts divergents dans la communication et la non-communication en examinant les faits particuliers de l'espèce. (Ces dispositions seront discutées dans la Partie VI qui suit.)

Les restrictions imposées par voie législative à la production ou à la communication serviraient les mêmes fins que la procédure devant la Cour fédérale prévue à l'article 38, mais si elles permettaient au juge du procès de trancher la question, elles pourraient avoir pour avantage de ne pas porter le débat devant une autre juridiction et de ne pas

permettre la possibilité d'un appel avant même que débute le procès. En permettant au juge du procès de décider si les informations doivent être communiquées ou non à l'accusé, on adopterait la pratique qui existe dans d'autres pays. Cela permettrait peut-être aussi de réexaminer les décisions initiales interdisant la communication à la lumière de la façon dont évolue le droit de l'accusé à une défense pleine et entière durant le procès. Dans certains cas, l'intérêt de l'État à la non-communication peut changer durant le procès si certaines réserves à la divulgation de l'information sont levées ou si une enquête est terminée.

2) Extension du privilège relatif aux indicateurs de police

Un autre moyen possible pour restreindre les obligations en matière de communication et de production de renseignements de sécurité sensibles serait d'étendre et de codifier les privilèges. Par exemple, le privilège relatif aux indicateurs de police pourrait s'étendre aux informateurs du SCRS ou d'autres services du renseignement étrangers. Certains peuvent plaider que le SCRS lui-même devrait être traité comme un indicateur de police, même si normalement le privilège vise à protéger des individus contre les représailles, et non des organismes de l'État au complet. Le privilège relatif aux indicateurs de police pourrait aussi être étendu de manière à s'appliquer dans des affaires comme Khela où l'indicateur avait perdu les avantages du privilège de common law en devenant un agent provocateur. Les questions visées par un privilège valide ne sont pas assujetties aux obligations de divulguer énoncées dans Stinchcombe.

Une telle extension ne serait toutefois pas absolue. Même si les tribunaux ont toujours jalousement protégé le privilège relatif aux indicateurs de police, ils ont aussi toujours reconnu l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé. Dans *R. c. Scott*, la Cour suprême a reconnu que « si l'indicateur a été un témoin essentiel du crime, il n'y a pas de doute que son identité doit être révélée [...]. Une exception devrait aussi être admise si l'indicateur a agi comme agent provocateur »⁵⁷. Cette exception, ainsi que la nécessité de révéler l'identité de l'informateur dans le cas de certaines fouilles ou perquisitions, a récemment été donnée comme un exemple valide de l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé⁵⁸. Cela semble donc militer contre une extension du privilège relatif aux indicateurs de police qui ferait en sorte qu'il s'appliquerait à un informateur comme Billy Joe qui a agi comme agent provocateur dans

⁵⁷ R. c. Scott [1990] 3 R.C.S. 979

⁵⁸ Personne désignée c. Vancouver Sun 2007 CSC 43, par. 29.

l'affaire Khela⁵⁹. Même si on acceptait d'étendre le privilège relatif aux indicateurs de police, il demeurerait toujours assujéti à l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé. Et il est davantage probable que la démonstration de l'innocence soit en jeu lorsque l'informateur a été un témoin essentiel du crime ou un agent provocateur.

3) Création d'un nouveau privilège générique de sécurité nationale pour protéger le renseignement de sécurité

Une autre possibilité serait de créer par voie législative un nouveau type de privilège comme le privilège de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale qui s'appliquerait aux documents du SCRS ou à certains de ces documents obtenus de sources étrangères. Les tribunaux ont souvent été réticents devant les demandes en vue de reconnaître de nouveaux privilèges génériques. La Cour a rejeté la revendication d'un privilège générique touchant des dossiers privés dans les affaires d'agression sexuelle au motif que ces dossiers peuvent parfois être pertinents dans une instance criminelle et que le privilège générique compromettrait le droit de l'accusé à une défense pleine et entière⁶⁰. Des préoccupations semblables s'appliqueraient à la revendication d'un nouveau privilège générique visant à éviter de porter préjudice à la sécurité nationale ou aux relations internationales en empêchant la divulgation de renseignements de sécurité. Certains commentateurs très respectés ont dit douter de la création de nouveaux privilèges génériques et ont fait valoir que [traduction] « l'intérêt personnel des ministres du gouvernement à revendiquer un privilège générique saute aux yeux et mérite qu'on y réfléchisse bien »⁶¹.

Pour être conforme à la Charte, il faudrait que tout nouveau privilège générique de sécurité nationale soit assujéti à l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé. S'il était établi que le nouveau privilège pesait moins lourd que le privilège relatif aux indicateurs de police ou le privilège du secret professionnel de l'avocat, il pourrait souffrir d'une exception plus large afin de reconnaître le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Ces exceptions peuvent avoir une portée très étendue dans les enquêtes relatives au terrorisme. Ces enquêtes peuvent mettre en jeu des questions complexes au sujet de la nature des liens entre l'accusé et d'autres personnes au Canada ou à l'étranger. Elles

⁵⁹ R. c. Khela [1996] Q.J. no 1940, discuté dans la Partie 6 de l'article plus long.

⁶⁰ A (L.B) c. B(A) [1995] 4 R.C.S. 536

⁶¹ John Sopinka et al., *The Law of Evidence* (Toronto : Butterworths, 1999), par. 15.39.

peuvent reposer sur des sources pouvant avoir été payées ou protégées par l'État ou avoir participé à la perpétration de crimes. Certaines de ces informations peuvent devoir être divulguées même si un nouveau privilège était créé. Il ne sera tout simplement pas possible de revenir à l'époque d'avant 1982 où l'on pouvait revendiquer un privilège absolu pour des motifs de sécurité nationale.

4) Un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas pour protéger le renseignement de sécurité

Une solution de rechange moins draconienne à la création d'un nouveau privilège générique pour soustraire le renseignement de sécurité à la divulgation serait le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas. Il est possible qu'un tel privilège puisse s'appliquer aux informations obtenues par les services canadiens du renseignement de sécurité auprès de services étrangers ou de sources confidentielles au motif 1) qu'elles constituent des communications transmises sous le sceau de la confiance avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées; 2) que le caractère confidentiel est essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties; 3) que ces rapports doivent être entretenus assidûment; 4) que le préjudice permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications serait plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision⁶². Mais il faudrait toujours concilier le privilège au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Même dans les affaires de droit privé, la Cour a rejeté l'approche du tout ou rien en matière de privilège et a statué que la communication de dossiers privés peut être nécessaire dans certains cas⁶³. Dans le contexte de dossiers privés de plaignantes victimes d'agression sexuelle, la Cour suprême a aussi reconnu que l'approche ad hoc ne permettrait pas d'atteindre le but recherché par la philosophie sous-jacente à l'octroi du privilège et de donner l'assurance aux plaignantes que leurs dossiers personnels ne seront jamais divulgués⁶⁴. Une conclusion similaire pourrait s'appliquer dans le contexte de la sécurité nationale. Même si le privilège existait, il ne serait pas possible de garantir aux services étrangers ou aux informateurs du SCRS qu'une ordonnance de communication ne sera jamais prononcée⁶⁵. Comme nous le verrons dans la section qui

⁶² Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision 1961, par. 2285.

⁶³ M (A) c. Ryan [1997] 1 R.C.S. 157, par. 33. La Cour a souligné que les arguments en faveur de la communication seraient plus convaincants dans une affaire criminelle où la liberté de l'accusé était en jeu. *Ibid.*, par. 36.

⁶⁴ A (L.B) c. B(A) [1995] 4 R.C.S. 536, par. 77.

⁶⁵ L'interdiction de communiquer des informations relatives à des sources confidentielles ou à des agents secrets du SCRS prévue au par. 18(1) de la Loi sur le SCRS est restreinte par le par. 18(2) qui permet la communication si une autre règle de droit l'exige ou lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites.

suit, le procureur général du Canada a déjà la possibilité de délivrer un certificat en vertu du paragraphe 38(13) de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) ou d'abandonner la poursuite lorsqu'un tribunal a décidé que la communication de renseignements touchant la sécurité nationale est nécessaire. En fin de compte, il s'agit peut-être du seul moyen sûr d'empêcher la divulgation de renseignements de sécurité.

5) Résumé

L'extension des privilèges actuels comme le privilège relatif aux indicateurs de police ou la création d'un nouveau privilège pourrait régler certains problèmes touchant l'étendue des obligations de communication parce que celles découlant de Stinchcombe ne s'appliquent pas aux informations protégées par le privilège relatif à la preuve. Cependant, la certitude que ces réformes parviendraient à protéger les informations est peut-être surestimée. Tout nouveau privilège aura ses limites et on pourra s'adresser aux tribunaux pour déterminer si tel ou tel renseignement de sécurité est couvert par le privilège. Les tribunaux ont été réticents à reconnaître de nouveaux privilèges génériques. La revendication d'un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas devra être plaidée devant le tribunal et ne garantira pas au SCRS, à ses partenaires étrangers ou à ses informateurs que les informations ne seront jamais divulguées. Il peut être difficile de déterminer si le privilège fondé sur les circonstances de chaque cas s'applique sans connaître la valeur des informations dans une instance criminelle. Et même si un privilège générique s'applique, il reste que tous les privilèges souffrent de l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé. Cette question, comme celle de la valeur des informations pour un juste règlement du litige dans le cas du privilège fondé sur les circonstances de chaque cas, est une question qui doit être décidée par le juge du procès.

Même si un privilège étendu relatif aux indicateurs de police ou un privilège relatif aux secrets de l'État aurait un lien rationnel avec l'important objectif de préserver les secrets, il pourrait constituer une restriction disproportionnée des droits de l'accusé à la divulgation de la preuve et à une défense pleine et entière garantis par la Charte. Les tribunaux ont refusé de permettre que les privilèges même les plus solidement établis et appréciés soient absolus. Tout privilège doit être assujéti à l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé pour être conforme à la Charte. Les tribunaux pourraient aussi décider que le régime actuel en vertu de l'article 38 de la LPC, y compris la possibilité qu'a le procureur

général d'empêcher la communication en vertu du paragraphe 38(13), est moins attentatoire des droits que la création d'un nouveau privilège. La procédure visée par l'article 38 permet de pondérer des intérêts divergents en matière de communication et de protection des secrets en se fondant sur les faits particuliers de l'espèce.

Les restrictions législatives en matière de communication ou de production ou tout effort en vue de créer de nouveaux privilèges ne sont pas une panacée pour résoudre les tensions entre le renseignement de sécurité qu'on veut garder secret et la preuve ou les autres informations qui doivent être divulguées devant le tribunal. Elles pourraient être contestées au titre de la Charte. Il n'est pas certain que l'arrêt *Mills* s'appliquerait dans le contexte de la sécurité nationale. Dans cette affaire d'agression sexuelle, la Cour a confirmé les restrictions touchant la communication et la production de dossiers en la possession de tiers au motif que le législateur avait raisonnablement concilié les droits de l'accusé et ceux de la plaignante, mais il n'est pas certain que les affaires de terrorisme mettraient en jeu des droits opposés de la même manière. Même si les mesures législatives limitant la communication ou la production ou créant un nouveau privilège étaient jugées valides au regard de la Charte, il pourrait y avoir de nombreux débats judiciaires au sujet du sens précis à leur donner et de leur portée par rapport aux normes de la Charte. Même si l'État a des intérêts particulièrement solides à la non-communication dans le contexte de la sécurité nationale, il y a aussi le danger que cette non-communication augmente les risques de dénis de justice dans les poursuites relatives aux activités terroristes. La non-communication d'informations même les plus anodines en apparence au sujet d'un groupe soupçonné de terrorisme pourrait priver l'accusé d'importantes ressources qui lui permettraient de contester la manière dont l'État a mené l'enquête à son sujet, ou qui révéleraient que l'État a écarté d'autres interprétations possibles de certains événements ou rapports ambigus qui seraient disculpatoires. Les renseignements de sécurité pourraient aussi être pertinents pour confirmer ou infirmer la crédibilité de sources humaines ou d'informateurs.

Les tribunaux examineront les effets cumulatifs des éléments de preuve non divulgués avant de décider si les restrictions à la communication ou à la production ou un nouveau privilège législatif violent le droit de l'accusé à une défense pleine et entière⁶⁶. Même si les restrictions législatives à la portée de l'arrêt *Stinchcombe* ou les nouveaux privilèges étendus

⁶⁶ R. c. Taillefer [2003] 3 R.C.S. 307.

étaient déclarés valides, ils pourraient obliger le tribunal à examiner une à une les informations que l'on veut soustraire à la communication. Cette procédure entraînerait des incertitudes et des délais. Bien qu'elles visent à rendre moins nécessaire les demandes d'ordonnances de non-divulgence en vertu de l'article 38 de la LPC par le procureur général du Canada, les restrictions à la communication ou à la production ou encore la création de nouveaux privilèges pourraient ajouter à la complexité et accroître les délais et les débats contradictoires entourant les poursuites relatives aux activités terroristes. Elles pourraient doubler ou chevaucher la procédure déjà disponible en vertu de l'article 38 de la LPC en vue d'obtenir des ordonnances interdisant la divulgation. Il serait peut-être préférable de modifier cette procédure pour la rendre plus efficace et équitable que de tenter de créer de nouvelles restrictions à la communication qui pourraient être déclarées inconstitutionnelles.

VI. Procédures judiciaires en vue d'obtenir des ordonnances de non-divulgence

On peut tenter d'apporter des restrictions visant la communication de certaines catégories de renseignements de sécurité par la voie législative ou en créant des privilèges plus étendus, mais on peut aussi obtenir des ordonnances du tribunal en vertu de l'article 37 ou 38 de la LPC portant que les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgence l'emportent sur celles qui militent pour la divulgation en raison des faits particuliers de l'espèce. L'approche législative ex ante discutée dans la section qui précède peut sembler à première vue fournir plus de certitude que les renseignements de sécurité ne seront pas divulgués, mais comme nous l'avons dit plus haut, même les privilèges les plus robustes et les restrictions législatives souffriront de certaines exceptions afin de garantir un traitement équitable à l'accusé. Les techniques examinées dans la présente section sont adaptées aux faits de l'espèce.

La procédure utilisée pour obtenir une ordonnance de non-divulgence varie considérablement selon la nature des raisons d'intérêt public déterminées qui sont invoquées. L'existence de ces raisons d'intérêt public ou d'un privilège reconnu en common law peut être déterminée par un juge de la division de première instance d'une cour supérieure de juridiction criminelle en vertu de l'article 37 de la LPC. Par opposition, les revendications de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale (CSN) sous le régime de l'article 38 portant que la divulgation des informations porteraient atteinte à la sécurité ou à la défense nationales

ou aux relations internationales doivent être tranchées par des juges désignés de la Cour fédérale. Le juge du procès doit se conformer à toute ordonnance de non-divulgence de la Cour fédérale, mais conserve en même temps le droit d'ordonner la réparation requise pour assurer l'équité du procès. Plusieurs études de cas dans l'article plus long, ainsi que l'affaire Kevork et l'affaire en cours Khawaja relatives à des activités terroristes ou l'affaire Ribic relative à une prise d'otage, montrent bien comment la nécessité de tenir un procès séparé pour débattre des revendications de CSN peut retarder et fragmenter les poursuites. En exigeant que les oppositions à la divulgation soient décidées par deux tribunaux de juridictions différentes, le régime canadien fait courir le risque que des renseignements de sécurité soient divulgués même si cela n'est pas nécessaire pour l'équité du procès, ou qu'ils ne soient pas divulgués lorsqu'ils sont nécessaires. Comme nous le verrons, cette approche n'est pas celle qui a été retenue dans d'autres pays démocratiques.

1) L'article 37 de la LPC et l'immunité d'intérêt public

L'article 37 de la LPC fournit un outil précieux et souple pour harmoniser au cas par cas la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve, le secret et la divulgation. Il permet à l'État de se concentrer sur le difficile compromis à faire entre le secret et la divulgation dans le contexte propre à chaque affaire.

L'article 37 permet aux juges, notamment les juges de la division de première instance d'une cour supérieure dans les poursuites relatives au terrorisme, de rendre des décisions au cas par cas relativement à la divulgation complète ou partielle des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu des faits qui y sont liés. Il permet aux autorités d'alléguer que la divulgation doit être interdite pour des raisons d'intérêt public déterminées. Le juge décide alors si la divulgation de l'information risque d'être préjudiciable au regard de ces raisons d'intérêt public. Si sa réponse est affirmative, il doit ensuite décider si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public militant pour la non-divulgence. Le juge peut imposer des conditions à la divulgation, y compris la suppression de certains renseignements ou l'utilisation d'un résumé afin de limiter le préjudice

causé par la divulgation⁶⁷. Les articles 37.1 et 37.2 portent sur les appels des décisions rendues aux termes de l'article 37 devant la Cour d'appel et la Cour Suprême, mais il existe une certaine jurisprudence autorisant la poursuite du procès, si possible, pendant que ces différents droits d'appel sont exercés⁶⁸.

L'article 37.3 permet au juge qui préside l'instance criminelle d'ordonner toute réparation appropriée et juste pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable tout en respectant l'ordonnance de non-divulgation prononcée aux termes de l'article 37. Toutefois, il n'est pas certain si une telle ordonnance rendue avant la tenue du procès peut être révisée à la lumière de ce qui survient durant le procès et qui pourrait amener le juge à conclure que l'information doit être divulguée à l'accusé pour que la procédure soit équitable. Comme nous le verrons, les juges d'instance dans d'autres pays conservent la possibilité de réviser les ordonnances de non-divulgation en tenant compte du déroulement du procès.

2) L'article 38 de la LPC et la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale

L'article 38 de la LPC établit une procédure complexe pour protéger les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou encore à la défense ou à la sécurité nationales. Contrairement à l'article 37 qui permet à un juge de première instance d'une cour supérieure de trancher, toutes les demandes en vue de faire interdire la divulgation aux termes de l'article 38 doivent être décidées par un juge de la Cour fédérale. Le juge de l'instruction doit se plier à cette décision, mais peut ordonner toute réparation nécessaire pour protéger l'équité du procès et qui serait requise en raison de cette non-divulgation.

En vertu de l'article 38.01, les participants au système de justice, dont l'accusé, sont tenus d'aviser le procureur général du Canada s'ils prévoient

⁶⁷ Le paragraphe 37(5) est formulé ainsi : « Si le tribunal saisi conclut que la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1) est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public déterminées, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice au regard des raisons d'intérêt public déterminées, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés ».

⁶⁸ R. c. McCullough (2001) 151 C.C.C.(3d) 281 (C.A. Alb.); R. c. Archer (1989) 47 C.C.C.(3d) 567 (C.A. Alb.).

divulguer des « renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales », ou 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 »⁶⁹. Ces dispositions portant sur l'avis au procureur général ont pour objectif d'informer le gouvernement, avant le début de l'audition, d'une telle situation, « et de lui permettre de prendre des mesures proactives au moment opportun ». Elles visent aussi à réduire la nécessité, en cas d'objection soulevée au cours de l'instance, « de suspendre celle-ci jusqu'à ce que la Cour fédérale rende une décision au sujet de la divulgation des renseignements en cause »⁷⁰. C'est précisément ce qui est arrivé au cours du procès Ribic relatif à une prise d'otage, et qui a entraîné la nullité du procès. En même temps toutefois, « [s]elon le régime modifié, le gouvernement peut toujours invoquer la Loi pour s'opposer à la divulgation de renseignements lors de l'audition »⁷¹. Cela signifie que les questions visées par l'article 38 peuvent toujours être soulevées durant l'instance criminelle. Par exemple, le ministère public peut procéder tardivement à la communication de la preuve et invoquer l'article 38. Ou encore, l'accusé pourrait, comme dans Ribic, vouloir faire témoigner quelqu'un au sujet de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Dénier à l'accusé le droit d'appeler à la barre un témoin ayant des renseignements pertinents pourrait violer son droit à une défense pleine et entière. Comme il est arrivé dans Ribic, de longs débats devant la Cour fédérale pourraient être nécessaires au milieu de l'instance criminelle.

Aux termes de l'article 38.03, le procureur général du Canada « peut, à tout moment, autoriser la divulgation [des renseignements] dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées » parce que l'avis prévu par l'article 38.01 a été donné. L'article 38.031 vise les accords de divulgation conclus entre le procureur général et les personnes ayant donné l'avis prévu à l'article 38.01. Faute d'accord entre le procureur général et l'accusé, il y aura une audition devant un juge désigné de la Cour fédérale pour que soit décidé s'il doit y avoir divulgation, divulgation modifiée ou partielle, ou non-divulgation des renseignements en litige.

69 LPC, art. 38.

70 Fiche de renseignement du ministère de la Justice, « Modifications à la Loi sur la preuve au Canada », <http://www.justice.gc.ca/fra/antiter/fiche-sheet/lpc-cea/lpc2-cea2.html>

71 Ibid.

i. Observations ex parte, avocats spéciaux et engagements de non-divulgence de la part des avocats de la défense

Le procureur général du Canada et l'accusé peuvent tous les deux présenter leurs observations au juge en l'absence d'autres parties. L'avocat de l'accusé peut présenter ses observations ex parte à la Cour fédérale, et peut effectivement y être tenu pour établir les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation⁷². L'accusé peut ainsi révéler les moyens de défense qu'il entend invoquer sans les divulguer au procureur de la poursuite ou au juge de l'instruction. L'avocat de la défense peut toutefois être réticent à le faire ou incapable de le faire avant le procès sans avoir pris connaissance des renseignements non divulgués.

La possibilité pour le procureur général de présenter ses observations ex parte a subi le test de la Charte, sous réserve que des avocats ayant l'attestation de sécurité requise pourraient si nécessaire être nommés pour assurer un débat contradictoire⁷³. La nomination de ces avocats ne serait pas visée par une nouvelle loi concernant les avocats spéciaux dans le cas des certificats de sécurité⁷⁴. Il faudra cependant du temps pour que ces avocats se familiarisent avec le dossier, ce qui risque de causer d'autres délais dans la procédure prévue à l'article 38. En fin de compte, il se peut qu'ils n'arrivent jamais à maîtriser le dossier aussi bien que le propre avocat de l'accusé. Les avocats spéciaux jouent un rôle important en faisant en sorte que soit débattue la revendication de confidentialité de la part du gouvernement, mais ils auront plus de difficulté à protéger le droit de l'accusé à une défense pleine et entière étant donné leur connaissance plus limitée du dossier et peut-être leur possibilité limitée de consulter l'accusé et de recevoir des instructions de sa part concernant les renseignements secrets. Il n'est pas certain non plus qu'ils pourront demander une divulgation additionnelle ou appeler d'autres témoins à la barre⁷⁵.

Dans *R. c. Malik et Bagri*, les avocats des accusés ont pu prendre connaissance de renseignements non divulgués après s'être d'abord engagés à ne pas les communiquer à leurs clients. Cela a permis aux

⁷² *R. c. Khawaja* 2007 CAF 342, par. 34 et 35.

⁷³ *R. c. Khawaja* 2007 CF 463.

⁷⁴ Projet de loi C-3, Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, sanction royale le 14 février 2008.

⁷⁵ Selon le projet de loi C-3, toute consultation entre l'avocat ayant l'attestation de sécurité et d'autres personnes au sujet de l'affaire après avoir pris connaissance de l'information devra être autorisée par le juge.

avocats les plus familiers avec le dossier de déterminer la pertinence et l'utilité des renseignements et de présenter ensuite des demandes de divulgation plus ciblées et en meilleure connaissance de cause⁷⁶. Sous le régime de l'article 38, les avocats de la défense doivent présenter des demandes de communication qui tissent très large parce qu'ils n'ont pas vu l'information en cause.

ii. Concilier secret et divulgation

Aux termes de l'article 38.06, le juge de la Cour fédérale détermine d'abord si la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Dans la négative, les renseignements peuvent être divulgués. Si la divulgation est préjudiciable, le juge examine les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et celles qui justifient la non-divulgation. Il peut aussi imposer des conditions à la divulgation, comme autoriser la divulgation d'une partie seulement des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés. Cet article met l'accent sur la conciliation flexible d'intérêts divergents en matière de communication et de secret⁷⁷. Il est en cela conforme à l'approche retenue dans d'autres pays démocratiques.

L'article 38.06 décrit en termes généraux les torts que pourrait causer la divulgation, soit « la divulgation des renseignements [qui] porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». Le comité sénatorial qui a examiné la Loi antiterroriste a recommandé que les préjudices particuliers qui pourraient être portés aux relations internationales soient énumérés avec plus de précision. La même chose pourrait s'appliquer aux termes vagues que sont la

⁷⁶ Michael Code, « Problems of Process in Litigating Privilege Claims » dans Law Society of Upper Canada Special Lectures The Law of Evidence, sous la dir. d'A. Bryant et al. (Toronto : Irwin Law, 2004).

⁷⁷ Le paragraphe 38.06(2) est formulé comme suit : « Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés ».

« défense et la sécurité nationales »⁷⁸. Par exemple, on pourrait modifier l'article 38 pour préciser le préjudice causé par la divulgation à des sources ou à des informateurs vulnérables, aux enquêtes policières en cours, aux opérations secrètes ou relativement aux engagements donnés à des partenaires étrangers. En précisant ainsi les préjudices, on pourrait peut-être limiter les revendications de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale injustifiées et restaurer la confiance du public en l'utilisation légitime du secret.

iii. Appels sous le régime de l'article 38

L'article 38.09 fournit à l'accusé ou au procureur général la possibilité d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale d'une ordonnance prononcée en application de l'article 38.06. Même si l'appel doit être interjeté dans les 10 jours de l'ordonnance, il n'y a pas de limite de temps pour que l'appel soit entendu ou décidé⁷⁹. La décision de la Cour d'appel fédérale n'est pas nécessairement finale car les parties ont 10 jours après le jugement pour demander l'autorisation de former un pourvoi devant la Cour suprême. Ces dispositions font donc en sorte que les questions de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale peuvent être débattues jusque devant la Cour suprême avant même que le procès relatif au terrorisme débute, ou alors qu'elles peuvent l'être en plein milieu du procès criminel.

iv. Certificats du procureur général en application de l'article 38.13

Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dont la communication a été ordonnée par le tribunal. Ce certificat peut faire l'objet d'un contrôle

⁷⁸ Dans sa décision touchant l'art. 38 relativement à l'affaire de la Commission Arar, le juge Noël s'est attaqué à la difficile tâche de définir les termes fonctionnels de cette disposition. Il a indiqué que la 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 Canada » (Canada c. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens 2007 CF 766, par. 68). La défense nationale inclut « tous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis » ainsi que « l'arsenal militaire d'une nation ». Les relations internationales renvoient aux « renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec des nations souveraines » (Ibid., par. 61 et 62). Le caractère vague de l'expression « sécurité nationale » est bien connu. M.L. Friedland par exemple, dans la préface d'une étude réalisée pour la Commission McDonald, a énoncé ce qui suit : « Avant d'amorcer cette étude sur les dimensions juridiques de la sécurité nationale, je dois avouer que j'ignore le sens de l'expression "sécurité nationale". Cependant, il me faut ajouter que le gouvernement l'ignore lui aussi ». M.L. Friedland, *Les aspects juridiques de la sécurité nationale* [Ottawa] : Ministre des Approvisionnement et services, 1980, p 1.

⁷⁹ La Cour d'appel fédérale a récemment rendu une décision partielle dans R. c. Khawaja 2007 CAF 342 en suivant une procédure accélérée.

judiciaire, mais seulement pour déterminer si les renseignements ont été reçus d'une entité étrangère ou se rapportent à la sécurité ou à la défense nationales.

v. Le rôle du juge de l'instance aux termes de l'article 38.14

Aux termes de l'article 38.14, le juge de l'instance doit se conformer à l'ordonnance de la Cour fédérale limitant ou interdisant la divulgation prononcée en application de l'article 38.06 ou au certificat du procureur général délivré en vertu de l'article 38.13. Mais il peut aussi rendre l'ordonnance qu'il estime indiquée en l'espèce en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, y compris prononcer l'arrêt des procédures, annuler un ou plusieurs chefs d'accusation ou se prononcer à l'encontre d'une ou l'autre des parties.

vi. Résumé

Les attitudes entourant la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale (CSN) ont considérablement évolué au cours des 25 dernières années. Jusqu'en 1982, un ministre fédéral pouvait s'opposer à la divulgation de renseignements pour des motifs de sécurité nationale sans que ses prétentions ne soient sujettes à révision. Dans les années 1980, les tribunaux étaient réticents à même examiner les documents lorsque la sécurité nationale était invoquée⁸⁰. On s'inquiétait vivement que la communication de renseignements même anodin puisse porter préjudice à la sécurité et à la défense nationales ou aux relations internationales par effet de « mosaïque » en raison des capacités de nos adversaires dans la guerre froide de rassembler les éléments d'information⁸¹. Mais au cours des dernières années, les tribunaux se sont montrés plus prudents en ce qui a trait à l'effet mosaïque et ont indiqué que le Canada devrait demander la permission à ses alliés pour que les renseignements puissent être divulgués en application de la règle touchant les tiers⁸². On s'est dit inquiet du fait que la multiplication des réclamations de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale cause des délais et rend le public cynique à l'égard des secrets légitimes⁸³. La règle touchant les tiers

⁸⁰ Re Goguen (1984) 10 C.C.C.(3d) 492, p. 500 (C.A.F.).

⁸¹ Henrie c. Canada (1988) 53 D.L.R.(4th) 568, p. 580, 578 conf. 88 D.L.R.(4th) 575 (C.A.F.).

⁸² Canada c. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar 2007 CF 766; R. c. Khawaja 2007 CF 490.

⁸³ 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 public et Services gouvernementaux Canada), p. 302, 304.

demeure essentielle pour les revendications légitimes de la CSN, mais elle ne doit pas être invoquée de manière automatique. Elle ne s'applique qu'aux renseignements reçus d'un tiers sous le sceau de la confidentialité et ne doit pas s'étendre aux renseignements qui appartiennent déjà au domaine public ou qui ont été obtenus de manière indépendante par les services canadiens. En général, ceux-ci devraient également demander la permission de l'organisme source avant d'utiliser les renseignements visés par la règle.

Le protocole d'entente de 2006 entre la GRC et le SCRS envisage le recours à l'article 38 de la LPC comme moyen d'empêcher que les renseignements de sécurité transmis par le SCRS à la GRC ne soient divulgués dans des instances criminelles ou autres. Comme nous l'avons dit plus haut, l'arrêt *Stinchcombe* impose des obligations de divulgation contraignantes à l'État, et même dans les cas où *Stinchcombe* ne s'applique pas, l'accusé peut demander la production des renseignements du SCRS en vertu de la procédure établie dans *O'Connor* pour la production de dossiers en la possession de tiers. Le principal moyen de garantir que les renseignements de sécurité ne seront pas communiqués à l'accusé demeure l'application de l'article 38 de la LPC. Néanmoins, l'article 38 impose un long processus peu commode pour concilier la nécessité de divulguer les informations et la nécessité de préserver les secrets. Il oblige les participants du système de justice, y compris l'accusé, à aviser le procureur général du Canada et à lui fournir un vaste éventail d'informations sensibles et potentiellement préjudiciables. L'article 38 s'applique à de nombreux renseignements qui, s'ils étaient divulgués, pourraient porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Il y aurait lieu de songer à limiter l'étendue des renseignements visés par l'article 38 et de préciser les préjudices réels et concrets causés par la divulgation de l'information.

La possibilité qu'a le procureur général de présenter des observations ex parte au juge chargé de statuer sur l'application de l'article 38 n'est compensée qu'en partie par la possibilité qu'a l'accusé de faire de même. La valeur des observations de l'accusé sera atténuée par le fait qu'il n'a pas pris connaissance des renseignements secrets en litige. Dans *Khawaja*⁸⁴, le juge en chef Lutfy a ouvert la porte à la nomination d'un avocat ayant une attestation de sécurité qui, contrairement à l'avocat de l'accusé, pourrait voir les renseignements et débattre des observations ex parte présentées par le procureur général à l'appui de la non-divulgation. En

⁸⁴ 2007 CF 463.

confirmant sa décision toutefois, la Cour d'appel fédérale n'a pas laissé entendre qu'un avocat spécial pourrait être nommé⁸⁵. Quoi qu'il en soit, une telle nomination pourrait retarder les procédures. De plus, un avocat spécial ou un avocat ayant une attestation de sécurité ne sera jamais aussi familiarisé avec le dossier de l'accusé et avec les utilisations qui peuvent être faites des renseignements non divulgués que le propre avocat de l'accusé.

Même si l'article 38.06 confère explicitement à la Cour fédérale la souplesse requise pour concilier les intérêts opposés en matière de secret et de divulgation, notamment en autorisant la divulgation partielle ou résumée comme il a été fait dans *Khawaja*, en créant des substituts aux renseignements classifiés comme les transcriptions expurgées utilisées dans *Ribic* ou en prononçant des décisions contre les parties, l'effet ultime de ces décisions dépendra du jugement que rendra le juge de l'instance en application de l'article 38.14 au sujet des conséquences de l'ordonnance de non-divulgation sur le droit de l'accusé à un procès équitable. Il se peut que le juge de la Cour fédérale ne soit pas le mieux placé pour savoir quelle valeur les renseignements peuvent avoir pour l'accusé puisque celui-ci n'y aura pas eu accès et que le procès ne sera peut-être même pas encore commencé. De même, il se peut que le juge président l'instance criminelle ne soit pas le mieux placé pour apprécier les conséquences de la non-divulgation des renseignements sur l'équité du procès. Il n'y a rien dans les pouvoirs conférés au procureur général par l'article 38.03 ou dans ceux conférés au juge de la Cour fédérale par l'article 38.06 qui mentionne de manière précise la possibilité de faire une exception à une ordonnance interdisant la divulgation qui permettrait au juge de l'instance de voir les renseignements soustraits à la divulgation⁸⁶. Ces œillères imposées tant au juge de la Cour fédérale qu'au juge de l'instance risquent de causer des sursis qui ne sont pas nécessaires pour

⁸⁵ *Khawaja c. Procureur général du Canada* 2007 CAF 388, par. 135. Il est toutefois arrivé qu'un *amicus curiae* ayant une attestation de sécurité soit nommé pour participer aux débats entourant l'article 38 dans une affaire d'extradition mettant en cause des allégations de terrorisme. L'une des conditions à cette nomination était que ce dernier n'ait aucun contact avec l'accusé ou son avocat après avoir pris connaissance des renseignements secrets sans l'autorisation de la Cour (*Khadr c. Procureur général du Canada* 2008 CF 46). Cette personne n'aura pas non plus accès aux renseignements visés par le privilège relatif aux indicateurs de police (*Ibid.*, par. 37).

⁸⁶ L'article 38.05 de la LPC semble ouvrir la porte à la possibilité que le juge du procès fasse rapport à la Cour fédérale saisie de l'affaire, mais ne semble pas à première vue envisager qu'un juge de la Cour fédérale fasse rapport au juge du procès pour que celui-ci puisse revenir sur sa décision en vertu de l'article 38.14. Le juge de la Cour fédérale pourrait obliger le procureur général du Canada en vertu de l'article 38.07 à aviser le juge du procès au sujet d'une ordonnance de non-divulgation, mais cet article n'autorise pas la levée de l'ordonnance pour le juge du procès.

garantir l'équité du procès d'une part, ou des procès qui ne sont pas tout à fait équitables en raison de la non-divulgence de renseignements que ni le juge de la Cour fédérale ni le juge du procès n'ont estimé nécessaires à une défense pleine et entière, d'autre part.

Même si une entente innovatrice a été conclue entre les avocats dans l'affaire Malik et Bagri afin d'éviter la procédure distincte devant la Cour fédérale, celle-ci demeure à la fin le seul moyen de régler le différend en l'absence d'entente. Cette procédure retardera et fragmentera l'instruction criminelle, comme nous le mentionnons dans les études de cas sur les affaires Kevork, Ribic et Khawaja dans l'article complet. Elle ne pourra pas non plus permettre de régler tous les différends car le procureur général peut toujours invoquer les privilèges de common law ainsi que l'article 37 de la LPC. Pour sa part, l'accusé pourra et voudra demander réparation pour une divulgation partielle en invoquant l'article 38.14 de la LPC lorsque le débat reviendra devant le juge du procès. Comme nous le verrons, d'autres pays démocratiques n'ont pas retenu l'approche unique et lourde du Canada, fondée sur le recours à deux tribunaux de juridictions différentes, pour décider des revendications au titre de la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale.

VII. Divulgence et secret dans d'autres pays

1) États-Unis

La Classified Information Procedures Act⁸⁷ a été adoptée en 1980. Elle a déjà eu une influence sur l'article 38 de la LPC pour ce qui est de l'obligation de donner un préavis et d'accorder aux juges la souplesse de pouvoir recourir à différentes options pour concilier les droits au secret et les droits à la communication à l'aide de divers moyens comme les versions expurgées, les résumés ou les substitutions. Elle diffère cependant de l'article 38 sous de nombreux aspects. La CIPA permet au juge de la Cour fédérale qui instruit le procès relativement à une infraction terroriste de trancher les questions relatives à la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Elle prévoit que ces questions feront partie des autres questions à examiner lors de la gestion globale de l'affaire, alors que l'article 38 de la LPC les renvoie à un autre tribunal pour que celui-ci en décide. En vertu de la CIPA, le juge du procès peut revenir sur les ordonnances de non-divulgence tandis que le juge du procès au Canada doit se conformer à une ordonnance de non-divulgence ou de

⁸⁷ PL 96-456

divulgaration partielle prononcée par la Cour fédérale avant le procès, tout en étant en mesure de rendre les ordonnances requises pour protéger l'équité du procès compte tenu de cette ordonnance.

Une autre différence entre la CIPA et la LPC tient au fait que la CIPA permettrait au juge du procès d'exiger, lorsqu'il y a lieu, que les avocats de la défense obtiennent une attestation de sécurité pour avoir accès à des renseignements classifiés⁸⁸. Cette procédure a toutefois été contestée parce qu'elle empêche l'avocat de la défense de révéler les renseignements classifiés à son client et qu'elle peut influencer le choix de l'avocat. Il reste que celui-ci sera généralement mieux placé que l'avocat spécial pour apprécier l'utilité des renseignements pour la défense. Enfin, la CIPA vise à concilier les tensions inévitables au sein du gouvernement entre les services du renseignement de sécurité qui demandent le secret et les procureurs qui ont un intérêt à la divulgation. Elle fournit des mécanismes potentiellement précieux pour informer le gouvernement, y compris des comités législatifs, des conséquences des réclamations exagérées soit en matière de secret, soit en matière de divulgation. Dans au moins une affaire de terrorisme instruite après le 11 septembre, le gouvernement a décidé de déclasser des communications interceptées trois jours avant le procès. Par la suite, des commentateurs ont recommandé que la classification des renseignements pertinents soit réexaminée dès qu'une poursuite a été engagée afin de réduire la surclassification chronique⁸⁹.

2) Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, comme aux États-Unis, les juges du procès peuvent revenir sur les décisions touchant la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale ou ce qui est appelé l'immunité d'intérêt public (IIP). L'expérience britannique indique que les questions relatives à l'immunité d'intérêt public ne peuvent pas être séparées des obligations de communication. Ces obligations étendues reconnues en common law, semblables à celles formulées dans *Stinchcombe*, ont été remplacées par voie législative par des obligations de portée plus restreinte, de sorte qu'il n'est pas requis de divulguer des renseignements non utilisés qui ne sont pas susceptibles de nuire à la thèse de la poursuite ni d'aider la défense⁹⁰.

⁸⁸ États-Unis c. Ben Laden 58 F.Supp.2d 113. Dans la même veine, voir États-Unis c. Al-Arian 267 F.Supp 2d 1258.

⁸⁹ Serrin Turner et Stephen Schulhofer, *The Secrecy Problem in Terrorism Trials* (New York: Brennan Centre, 2005), p. 27, 80.

⁹⁰ R. c. Ward [1993] 1 WLR 61; Criminal Procedure and Investigations Act 1996, art. 3, modifié par la Criminal Justice Act 2003; R. c. H et C [2004] UKHL 3, par. 17.

Ainsi, la divulgation de renseignements de sécurité incriminants non utilisés ne serait pas requise.

Tant la Chambre des lords dans *R. c. H. et C*⁹¹ que la Cour européenne des droits de l'homme dans *Edwards et Lewis*⁹² ont accordé beaucoup d'importance au fait que le juge du procès puisse revenir sur une décision initiale portant que la communication de renseignements sensibles n'est pas requise, compte tenu du déroulement du procès, de la thèse de la défense et du contre-interrogatoire des témoins par l'avocat de la défense. Même si les tribunaux ont abordé la possibilité qu'a le juge du procès de revoir les décisions en matière d'IIP surtout dans le but de traiter l'accusé de manière équitable, il y a aussi une dimension touchant l'efficacité car cela permet au juge du procès d'ajouter les questions relatives à l'IIP aux autres questions de nature générale dans la gestion de l'affaire et de prononcer des ordonnances de non-divulgation initiales en sachant que celles-ci peuvent être cassées si nécessaire. Le juge peut examiner les renseignements et ordonner qu'ils ne soient pas divulgués, mais annuler cette ordonnance de son propre chef à mesure qu'évolue le procès afin de garantir qu'il sera juste et équitable. Cette approche n'est pas possible sous le régime de l'article 38 de la LPC qui fait intervenir deux tribunaux de juridictions différentes.

Les Britanniques ont une certaine expérience en ce qui a trait au recours à des avocats spéciaux dans les procédures touchant l'IIP. Cependant, les tribunaux britanniques ont signalé que le recours aux avocats spéciaux pouvait causer des retards et que ceux-ci pouvaient ne pas être en mesure de recevoir des instructions utiles de l'accusé après avoir pris connaissance des renseignements secrets et non divulgués⁹³.

3) Australie

L'Australie a une expérience récente considérable en ce qui a trait aux demandes de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Sa commission de réforme du droit a rédigé un rapport complet sur le sujet⁹⁴ et une loi sur la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale a été adoptée en 2004. La *National Security Information Act*⁹⁵ a suscité

91 [2004] UKHL 3

92 Jugement du 27 octobre 2004.

93 *R. c. H et C* [2004] UKHL 3, par. 22.

94 Australian Law Reform Commission, *Keeping Secrets The Protection of Classified and Security Sensitive Information* (2004)

95 *National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act*, 2004

la controverse et on en a contesté sans succès la constitutionnalité⁹⁶. Les critiques ont porté sur le pouvoir initial qu'a le procureur général d'expurger la preuve, sur la primauté que la loi accorde à la sécurité nationale plutôt qu'à l'équité du procès, et sur le pouvoir qu'a le procureur général d'exiger que les avocats de la défense aient une attestation de sécurité. Sur tous ces points, la commission de réforme du droit australienne aurait accordé aux juges plus de pouvoirs pour qu'ils rendent leurs propres décisions sur les moyens appropriés de concilier secret et divulgation. La loi australienne, comme l'article 38, favorise la souplesse dans cette conciliation en permettant le recours à des procédés comme les résumés. La commission de réforme du droit aurait permis un éventail encore plus large de possibilités comme celles de permettre aux témoins de témoigner de façon anonyme, par vidéo ou par télévision en circuit fermé, ou par questions et réponses écrites, d'une manière pas très différente de celle utilisée dans Ribic.

La loi australienne se démarque de l'approche canadienne sous de nombreux aspects. Elle permet au juge du procès de décider des questions touchant la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Elle permet que plusieurs problèmes relatifs à la divulgation de renseignements de sécurité soient réglés dans des conférences préalables à l'instruction. Elle offre aux avocats de la défense la possibilité d'obtenir des attestations de sécurité. Enfin, elle permet au juge de l'instance de réexaminer les questions relatives à la divulgation de la preuve à mesure que le procès évolue. La loi australienne a déjà été mise à l'épreuve dans une affaire de terrorisme menée à terme⁹⁷. Le juge qui a présidé l'instruction a fait les commentaires suivants dans un discours prononcé hors cour :

[traduction]

Les agents de l'ASIO [service du renseignement de sécurité australien] risquent de se faire de plus en plus présents en ce qui a trait à la constitution de la preuve devant servir dans les procès criminels relatifs au terrorisme. Il reste que notre service du renseignement, malgré toute sa compétence à recueillir les renseignements, n'est peut-être pas bien équipé pour réunir les éléments de preuve en vue d'une instance criminelle, et que ses agents individuels ne sont pas bien au fait des subtilités du droit pénal en matière de procédure et de preuve. De plus, la présence croissante de notre service du renseignement de sécurité dans les enquêtes et les

⁹⁶ R. c. Lodhi [2006] NSWSC 571, par. 85.

⁹⁷ Voir l'étude de cas sur l'affaire R. c. Lodhi dans l'article complet.

procédures judiciaires s'accompagne de plus en plus d'un air de secret qui, s'il n'est pas correctement circonscrit, pourrait sérieusement empiéter sur les principes d'une justice ouverte et disloquer de manière significative tant l'apparence que la réalité d'un procès équitable⁹⁸.

Ces commentaires confirment qu'il sera critique de créer une relation harmonieuse entre le renseignement de sécurité et la preuve dans les futurs procès relatifs au terrorisme. Ils indiquent aussi que la nécessité de préserver le secret autour du renseignement de sécurité imposera des contraintes aux procès criminels.

4) Résumé

Les expériences étrangères décrites plus haut nous fournissent de précieuses informations sur les réformes à apporter à l'article 38 de la LPC de façon à mieux concilier la relation entre le renseignement de sécurité qui doit demeurer secret et les éléments de preuve et autres informations qui doivent être divulgués pour assurer un procès équitable. Dans ces trois pays, c'est le juge du procès qui décide des questions de non-divulgaration, ce qui permet de les intégrer dans la gestion de l'affaire préalable à l'instruction. Mais chose encore plus importante, cela permet au juge du procès qui a pris connaissance des renseignements secrets de revenir sur une ordonnance initiale de non-divulgaration à la lumière de l'évolution de l'instance criminelle, un fait qui a été souligné tant par la Chambre des lords que par la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁹ comme étant essentiel au traitement équitable de l'accusé. La possibilité de revenir sur une décision de non-divulgaration permet aussi au procès de se dérouler efficacement sans devenir embourbé dans des débats préalables à l'instruction entourant la communication.

La comparaison met aussi au jour d'intéressantes innovations en matière de procédure. Les tribunaux britanniques ont permis le recours aux avocats spéciaux tout en indiquant qu'ils reconnaissaient que cela pouvait causer des délais avant que ceux-ci se familiarisent avec le dossier et que leur impossibilité de recevoir des instructions de l'accusé pouvait soulever des problèmes éthiques. Les États-Unis et l'Australie permettent pour leur part à l'avocat de la défense de prendre connaissance des renseignements sensibles à la condition qu'il obtienne une attestation de

⁹⁸ Juge Whealy, « Terrorism », article rédigé en vue d'une conférence des juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême, Perth 2007.

⁹⁹ R c. H et C [2004] UKHL 3; Edwards et Lewis c. Royaume-Uni, jugement du 27 octobre 2004.

sécurité et s'engage à ne pas communiquer les renseignements classifiés à son client. Même si la procédure en vue d'obtenir une attestation de sécurité peut causer des délais, elle permet aussi à la personne qui connaît le mieux le dossier de l'accusé d'avoir accès aux renseignements secrets pour plaider que leur divulgation est nécessaire à un procès équitable. L'obligation d'obtenir une attestation de sécurité peut limiter le choix de l'avocat, mais favorise aussi le recours à des avocats de la défense d'expérience dans les procès relatifs au terrorisme. L'expérience australienne montre aussi que le recours innovateur aux témoignages par télévision en circuit fermé peut aider à concilier des intérêts opposés en matière de communication et d'équité lorsque des membres des services du renseignement de sécurité canadiens ou étrangers témoignent dans un procès relatif au terrorisme.

Conclusions

A) Évolution de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve

Il est nécessaire de revoir les distinctions traditionnelles entre le renseignement de sécurité et la preuve à la lumière de la nature particulière du terrorisme et de la menace qu'il comporte. Le terrorisme constitue à la fois une menace à la sécurité nationale et un crime. Même si l'espionnage et la trahison sont aussi des crimes, le meurtre de civils et les actes de terrorisme comme l'attentat à la bombe contre le vol 182 d'Air India doivent être dénoncés et punis. Il en va de même des actes intentionnels de planification et de préparation en vue de se livrer à la violence terroriste. Même si les tentatives et les complots de terrorisme ont toujours été des crimes graves, la Loi antiterroriste de 2001 a modifié la relation entre les questions relevant du renseignement de sécurité et celles relevant de l'application de la loi en créant de nombreuses infractions terroristes qui peuvent être perpétrées en préparation ou en soutien du terrorisme longtemps avant qu'un acte terroriste comme tel soit effectivement commis. La prévention du terrorisme doit demeurer la principale priorité, mais chaque fois que c'est possible, ceux qui planifient, préparent ou commettent des actes terroristes doivent être poursuivis et punis. Tant les lois internes du Canada que ses obligations internationales exigent la répression et la punition du terrorisme.

Il est inquiétant de constater que le SCRS continue de résister à la nécessité de recueillir les renseignements dans le cadre d'enquêtes antiterroristes

dans le respect des normes de preuve. Par voie de comparaison, le MI5 a déclaré qu'il acceptait de réunir des éléments de preuve en matière de surveillance dans le respect de ces normes, et des agents de l'ASIO ont eu à témoigner dans le procès Lodhi pour terrorisme. Dans le cas d'Air India, les renseignements du SCRS sous forme d'enregistrements d'écoute électronique et de notes d'entrevues avec des témoins auraient pu constituer certains des éléments de preuve les plus importants au procès, mais malheureusement ils ont été détruits en partie parce que le SCRS considérait que son rôle était celui d'une agence de renseignement de sécurité qui n'a pas à constituer ou à conserver la preuve. Le fait de ne pas conserver et de ne pas divulguer ces renseignements peut porter préjudice tant aux intérêts de l'État qu'à ceux de l'accusé. Bien que le SCRS n'ait pas pour mandat de faire appliquer la loi, l'alinéa 19(2)a) de la Loi sur le SCRS prévoit qu'il recueillera des informations pouvant servir à la police ou aux procureurs dans le cadre d'une enquête ou d'une poursuite et qu'il peut leur communiquer ces informations. La loi n'a jamais érigé de mur entre le renseignement de sécurité et la preuve ou entre le SCRS et la police au Canada. Le paragraphe 18(2) de la Loi sur le SCRS permet aussi que soient divulguées des informations permettant de découvrir l'identité de sources confidentielles ou d'agents secrets si elles sont requises dans une enquête ou une poursuite criminelle. L'article 12 de la Loi sur le SCRS ne doit pas être interprété comme une autorisation de détruire les informations qu'il a recueillies conformément à l'exigence qu'elles soient recueillies dans la mesure strictement nécessaire. Le net contraste établi par le comité Pitfield et d'autres entre le rôle « réactif » de la police dans la constitution de la preuve et le rôle « préventif » du SCRS n'a pas été utile. La Loi sur le SCRS n'a jamais créé de mur infranchissable entre le renseignement de sécurité et l'application de la loi. Même si cela aurait dû être clair en 1984, cela ne devrait plus faire le moindre doute après l'attentat d'Air India.

B) Les études de cas : L'expérience difficile du Canada en matière de poursuites relatives aux activités terroristes

Les études de cas que nous présentons dans cet article soulèvent des doutes sur la question de savoir si les pratiques et les lois canadiennes sont bien adaptées aux exigences des poursuites relatives aux activités terroristes, notamment en ce qui concerne la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve et la question connexe de la protection des informateurs. La poursuite contre Parmar à Hamilton, celle contre Khela à Montréal et celle contre Atwal en Colombie-Britannique

ont toutes échoué en raison des difficultés découlant de l'obligation qui incombe à l'État de communiquer toutes les informations pertinentes, y compris celles permettant de dévoiler l'identité d'informateurs confidentiels. La communication de l'affidavit utilisé par le SCRS pour obtenir le mandat d'écoute électronique dans l'affaire Atwal a permis de découvrir des inexactitudes et a entraîné la démission du premier directeur du SCRS. La communication de l'affidavit dans l'affaire Parmar a aussi révélé des inexactitudes qui auraient permis aux avocats de la défense de contre-interroger ceux qui l'avaient signé. Dans les affaires Parmar et Atwal, la procédure consistant à permettre à l'accusé de prendre connaissance des affidavits utilisés pour procéder à l'écoute électronique était inédite, et il est à espérer que les pratiques en la matière se sont améliorées depuis lors et se sont ajustées aux exigences de la divulgation. Il est possible d'expurger les affidavits afin de protéger l'intérêt public à la non-divulgation, mais les renseignements supprimés ne peuvent pas servir à justifier le mandat. De même, les programmes de protection des témoins sont devenus plus structurés et se sont améliorés depuis l'échec des poursuites contre Parmar et Khela en partie parce que les informateurs craignaient pour leur sécurité si leur identité était dévoilée à l'accusé. Il reste que ces affaires démontrent que les informations devront vraisemblablement être divulguées lorsqu'elles sont jugées nécessaires pour que l'accusé puisse exercer son droit à une défense pleine et entière, et elles soulignent l'importance de protéger les informateurs lorsque des renseignements de sécurité sont utilisés en preuve dans les poursuites relatives aux activités terroristes.

Les affaires Kevork et Khawaja en matière de terrorisme, et l'affaire Ribic touchant une prise d'otage, mettent au jour un autre type de problème. Elles ont toutes été retardées et interrompues par la procédure distincte devant la Cour fédérale visant à débattre des questions de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. L'article 38 impose des contraintes à l'instruction de l'affaire criminelle en exigeant que la Cour fédérale rende une décision concernant la divulgation sans avoir entendu la preuve présentée au procès criminel. De même, il impose des contraintes au juge de l'instance criminelle qui se trouve dans la position inconfortable, sinon intenable, de décider si l'interdiction de divulgation, partielle ou totale, de renseignements que ni lui ni l'accusé n'ont vus aurait un effet préjudiciable sur le droit de l'accusé à un procès juste et équitable et à une défense pleine et entière.

La procédure peu commode prévue à l'article 38 a pu être évitée dans l'affaire Malik et Bagri seulement parce que les avocats chevronnés des deux parties ont pu s'entendre sur une approche innovatrice permettant à l'avocat de la défense de prendre connaissance des renseignements du SCRS après s'être d'abord engagé à ne pas les communiquer à ses clients. N'eût été de cette procédure, qui pourrait ne pas être facilement dupliquée et qui pourrait exiger que les avocats de la défense obtiennent une attestation de sécurité, la poursuite contre Malik et Bagri aurait facilement pu être retardée encore davantage et peut-être même interrompue en raison des débats entourant les questions visées par l'article 38. Le juge du procès aurait pu aussi ordonner le sursis de l'instance ou une autre mesure de réparation en réponse à la destruction par le SCRS des enregistrements et des déclarations des témoins s'il n'avait pas décidé d'acquitter les accusés. À certains égards, il est presque miraculeux que cette affaire ait abouti à un verdict.

On a déjà tenté d'encourager le règlement des questions visées par l'article 38 avant la tenue du procès, mais l'affaire Ribic et la réalité de la divulgation tardive dans les affaires complexes, notamment l'affaire Khawaja, démontrent que les poursuites relatives au terrorisme peuvent être perturbées par la multiplication des requêtes au titre de l'article 38 et par la multiplication des allers-retours devant la Cour fédérale et des appels en vue de résoudre ces questions. Le Royaume-Uni et les États-Unis ont beaucoup plus d'expérience avec les poursuites relatives au terrorisme que le Canada, et il est intéressant de noter que ces pays permettent au juge du procès de décider s'il y a lieu d'interdire la divulgation au titre de la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Cette procédure fait en sorte que ces questions peuvent être intégrées à la gestion générale de l'affaire et permet au juge du procès de revenir sur une ordonnance initiale de non-divulgation si, à la lumière du déroulement du procès, il estime que le traitement équitable de l'accusé exige la divulgation. Alors, le poursuivant peut être confronté à un choix difficile : divulguer les renseignements secrets ou abandonner la poursuite. Mais cette décision difficile ne sera pas prise prématurément. Elle ne devra être prise qu'après qu'un juge pleinement informé aura décidé que la divulgation est nécessaire pour être équitable à l'endroit de l'accusé.

C) Stratégies en amont et en aval pour harmoniser la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve

Pour soustraire le renseignement de sécurité à la divulgation, le poursuivant peut décider de ne pas porter d'accusation ou d'abandonner

la poursuite, ou le procureur général du Canada peut délivrer un certificat interdisant la divulgation en application de l'article 38.13 de la LPC. Il reste que ces stratégies deviendront beaucoup moins attrayantes à mesure que se multiplieront les complots terroristes mortels qui doivent être réprimés et punis. Si l'on écarte l'absence ou l'abandon des poursuites, il reste deux grandes stratégies pour relever les défis que présente la nécessité d'harmoniser la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve.

L'une d'elles se situe en amont et exige que l'on change la nature du renseignement de sécurité secret afin qu'il puisse servir dans une poursuite criminelle. Ces changements viseraient les pratiques du SCRS pour faire en sorte qu'il recueille lorsque possible les renseignements de sécurité dans le respect des normes de preuve et qu'il envisage de recourir aux programmes de protection des témoins s'il devient nécessaire de dévoiler l'identité d'informateurs confidentiels. Elle exigera aussi que le SCRS coopère avec la GRC et les autres corps policiers engagés dans les poursuites relatives au terrorisme de façon à recourir lorsqu'il y a lieu aux procédures prévues au Code criminel, notamment en ce qui a trait à l'écoute électronique. Ces réformes en amont posent des défis qu'il ne faut pas sous-estimer, surtout pour le SCRS et les services étrangers qui échangent des renseignements avec le Canada sous réserve qu'ils ne soient pas divulgués.

La deuxième stratégie vise les procédures en aval auxquelles on peut recourir à l'instance judiciaire pour concilier la nécessité de préserver les secrets et la nécessité de divulguer la preuve. Elles concernent les règles touchant les obligations de divulgation et de production de la preuve ainsi que les privilèges relatifs à la preuve. Ces stratégies viseraient surtout à rendre plus efficace et plus équitable la procédure employée pour décider des revendications de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Pour cela, il faudra peut-être s'attacher davantage aux préjudices concrets susceptibles d'être causés par la divulgation de renseignements secrets afin d'éviter les demandes injustifiées au titre de la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Il faudra peut-être aussi accorder aux juges d'instance la possibilité de décider s'il y a lieu ou non d'interdire la divulgation, en totalité ou en partie, au titre de la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale, ainsi que la possibilité de revenir sur leur décision.

D) Stratégies en amont pour que le renseignement de sécurité puisse servir dans les poursuites relatives aux activités terroristes

1. Collecte du renseignement de sécurité dans le respect des normes en matière de preuve et de divulgation

Une stratégie importante qui pourrait être déployée en amont serait de faire en sorte que les services du renseignement de sécurité accordent plus d'importance aux normes en matière de preuve et de divulgation lorsqu'ils recueillent des informations dans le cadre d'enquêtes antiterroristes. La possibilité que des poursuites soient engagées et que certains renseignements de sécurité soient divulgués ou utilisés en preuve a augmenté depuis la création du SCRS en 1984. C'est parce que la menace du terrorisme a augmenté, que les normes en matière de communication et de production sont devenues plus exigeantes et que plusieurs nouvelles infractions de soutien, de financement et de préparation du terrorisme ont été créées. Rares seront les enquêtes antiterroristes où il n'y aura pas la possibilité qu'un crime ait été commis et qu'une poursuite devant les tribunaux soit requise. Cela peut ne pas être le cas dans les enquêtes de contre-ingérence ou de contre-espionnage.

Dans certains cas, il arrive que des services du renseignement de sécurité comme le MI5 et l'ASIO recueillent en toute connaissance de cause les renseignements dans le respect des normes de preuve, sachant que leurs agents pourraient devoir les produire et témoigner devant le tribunal. L'affaire Malik et Bagri, cependant, nous a appris que les agents du SCRS à l'époque n'ont pas recueilli les renseignements ou conservé les résultats de leur enquête conformément à ces normes ou dans la perspective d'une éventuelle poursuite judiciaire. Même s'il n'a pas été nécessaire d'ordonner une réparation en raison des acquittements, le juge du procès a conclu qu'en ne conservant pas les renseignements pertinents, le SCRS avait violé les droits de Malik et Bagri garantis par l'article 7 de la Charte. Dans le cadre d'enquêtes antiterroristes, le SCRS et les autres services du renseignement de sécurité devraient constamment avoir à l'esprit que des poursuites pourront être engagées et que celles-ci pourraient avoir des conséquences sur les renseignements de sécurité secrets. Lorsque c'est possible, ils devraient recueillir et conserver les renseignements en respectant les normes de preuve.

L'article 12 de la Loi sur le SCRS ne devrait pas empêcher la conservation des renseignements obtenus dans le respect des règles. Les renseignements

obtenus selon la norme de la « stricte nécessité » devraient être conservés s'ils peuvent être pertinents à une éventuelle poursuite, quitte à ce que soient prises les mesures appropriées pour protéger le droit à la vie privée dans le cas d'une communication ultérieure des renseignements. De même, les informations obtenues grâce à un mandat décerné en application de l'article 21 de la Loi sur le SCRS pourraient aussi être conservées, quitte à ce qu'il y ait des restrictions touchant les personnes habilitées à en prendre connaissance.

Même si l'enquête relative à Air India comportait des aspects uniques qui ont fait en sorte que le SCRS soit déclaré assujetti aux obligations de divulgation et de conservation de la preuve établies dans *Stinchcombe*, le SCRS aurait tort de conclure que les résultats de ses enquêtes antiterroristes pourraient être complètement soustraits à la divulgation. Même si le SCRS est considéré comme un tiers aux fins de la divulgation, l'accusé dans un procès pour terrorisme pourrait demander que certains de ses renseignements lui soient communiqués.

Il peut être nécessaire d'apporter des changements à la culture organisationnelle des services du renseignement de sécurité canadiens pour relever les défis que posent les poursuites relatives aux activités terroristes. La nécessité de protéger des secrets prend une nouvelle dimension lorsque les cibles du renseignement de sécurité sont sur le point de faire exploser des avions en plein vol. Les services du renseignement de sécurité doivent s'adapter aux nouvelles menaces et à la possibilité accrue que leurs enquêtes antiterroristes en arrivent à un point où il devient impératif que la police procède à des arrestations et engage des poursuites. Ils doivent résister à la tentation de la surclassification et à l'obsession du secret. Les services du renseignement de sécurité, de plus en plus engagés dans la lutte contre le terrorisme, ne peuvent plus invoquer le vieux mantra selon lequel il ne leur incombe pas de constituer la preuve. En commençant par l'affaire *Atwal*, on constate que le SCRS n'a pas eu la main heureuse en matière de communication de l'information aux tribunaux. Parce que le Canada est un importateur net de renseignement de sécurité, le SCRS a peut-être tendance à trop pencher du côté du secret plutôt que du côté de la divulgation, mais les tribunaux ont commencé à se montrer plus insistants pour qu'il dévoile les renseignements de sécurité. Ils ont décidé de revoir certains concepts remontant à la guerre froide, comme la crainte qu'un pays hostile puisse rapiécer des petits bouts d'information anodine par effet « mosaïque ». Ils ont aussi commencé à reconnaître que le Canada peut demander à

ses alliés, en application de la règle touchant les tiers, de consentir à la communication des renseignements de sécurité, et que cette règle ne s'applique pas aux informations qui sont déjà dans le domaine public¹⁰⁰. Le recours automatique et étendu au secret pouvait peut-être se justifier à l'époque de la guerre froide lorsque la principale menace à la sécurité nationale venait d'espions soviétiques. Cela n'est plus le cas dans notre contexte contemporain où le SCRS consacre la plus grande partie de ses ressources à la lutte contre le terrorisme et travaille côte à côte avec la police pour essayer de prévenir la violence terroriste.

Il ne sera toutefois pas possible de respecter les normes de preuve et de divulgation au tribunal et à l'accusé dans tous les cas. Les services du renseignement de sécurité doivent respecter le mandat qui leur est confié par la loi et qui consiste à fournir au gouvernement des renseignements secrets pour l'avertir des menaces à la sécurité, et non de réunir les éléments de preuve. Ils doivent aussi respecter les conditions qui leur sont posées par les services étrangers pour l'utilisation des renseignements que ceux-ci leur fournissent, et ils doivent protéger leurs sources confidentielles. La protection de ces renseignements nécessitera des stratégies en aval pour assurer la non-divulgation. Les services du renseignement de sécurité doivent déployer plus d'efforts pour comprendre la capacité qu'a le système de justice de protéger les secrets et pour éduquer les autres acteurs ainsi que le public sur les besoins légitimes du secret. Le juge O'Connor a souligné que la multiplication injustifiée des réclamations de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale ne faisait que rendre le grand public plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité¹⁰¹. Il est nécessaire de mieux comprendre pourquoi il est nécessaire et légitime de préserver le secret entourant les renseignements de sécurité pour protéger nos alliés, les enquêtes en cours, les méthodes d'enquête secrètes et les informateurs vulnérables.

2. Modifier les réserves en vertu de la règle touchant les tiers

Le fait que le Canada soit un importateur net de renseignements de sécurité continuera de présenter des défis pour l'harmonisation de la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve. Le Canada doit encourager les gouvernements étrangers à échanger des informations

¹⁰⁰ Canada c. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar 2007 CF 766; Canada c. Khawaja 2007 CF 490.

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 public et Services gouvernementaux Canada), p. 302, 304.

avec lui et doit respecter les réserves ou les restrictions annexées aux informations que ceux-ci partagent avec lui. Cela dit, la règle touchant les tiers qui fait en sorte que les réserves sont respectées ne constitue pas une barrière infranchissable et immuable à la communication de renseignements susceptibles d'être nécessaires dans une poursuite relative au terrorisme. La règle touchant les tiers interdit seulement d'utiliser et de divulguer les renseignements sans le consentement de l'organisme qui les a fournis au Canada.

Une stratégie en amont qui pourrait contrer les effets néfastes des réserves pour les poursuites relatives aux activités terroristes serait de s'adresser à nos partenaires étrangers pour faire modifier les réserves qui interdisent la communication de l'information aux fins de la poursuite. De nombreux renseignements de sécurité fournis à la police par les services du renseignement canadiens ou étrangers sont assortis de réserves qui interdisent l'utilisation subséquente de ces renseignements dans une poursuite. La Commission Arar a récemment confirmé l'importance de ces réserves, ainsi que la nécessité de veiller à ce que les renseignements de sécurité soient exacts et fiables. Mais elle a aussi fait clairement ressortir qu'on pouvait demander et obtenir qu'elles soient modifiées ou restreintes dans certains cas¹⁰². La récente décision rendue dans l'affaire *R. c. Khawaja*¹⁰³ indique aussi que la règle touchant les tiers ne devrait pas être appliquée de manière automatique pour empêcher la divulgation d'informations que possède déjà le Canada ou qui sont dans le domaine public. Même lorsque la règle s'applique, le Canada devrait demander aux services étrangers qu'ils l'autorise à divulguer les informations aux fins limitées des poursuites relatives au terrorisme. Il faut rejeter l'idée selon laquelle nos relations avec les services du renseignement étrangers ou l'engagement du Canada envers la règle touchant les tiers seront ébranlés par le seul fait de demander qu'une réserve soit modifiée. Les services étrangers, qui sont également confrontés à des demandes de divulgation dans des poursuites relatives aux activités terroristes dans leur propre pays, devraient comprendre que le fait de demander que soient modifiées les réserves qu'ils ont ajoutées à l'information démontre un respect pour les réserves. Dans certains cas, ils pourront consentir à ce que les renseignements de sécurité soient divulgués, en totalité ou en partie, et dans d'autres, ils refuseront. Dans ces derniers cas, le Canada dispose des outils nécessaires, comme le recours aux certificats prévus

¹⁰² 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 public et Services gouvernementaux Canada, 2006), p. 318 à 322, 331 et 332.

¹⁰³ 2007 CF 490 rev. pour d'autres motifs 2007 CAF 342.

à l'article 38.13 de la LPC, pour honorer ses engagements auprès de ses alliés.

3. Recours accru aux autorisations d'écoute électronique prévues au Code criminel

Une autre stratégie en amont serait de recourir davantage aux dispositions du Code criminel pour obtenir les autorisations de procéder à la surveillance électronique dans une enquête relative au terrorisme lorsqu'elle est susceptible d'aboutir à une poursuite. Le recours à ces autorisations éviterait d'avoir à débattre l'épineuse question de savoir si le résultat de l'écoute électronique exercée par le SCRS, le CST ou un service du renseignement étranger serait admissible dans un procès criminel au Canada. La LAT a facilité l'obtention des autorisations de surveillance électronique prévues au Code criminel dans les enquêtes relatives au terrorisme en éliminant le besoin d'établir leur stricte nécessité pour l'enquête et en prolongeant leur durée. Une telle stratégie exigera bien sûr que le SCRS collabore étroitement avec la police et accepte que celle-ci prenne la direction de l'enquête lorsqu'il existe des motifs pour obtenir une autorisation d'écoute électronique en vertu du Code criminel.

Les autorisations d'intercepter les communications prévues au Code criminel comportent leurs propres défis dans la mesure où elles obligent à divulguer bon nombre des informations mises de l'avant pour les obtenir, mais les règles relatives à leur divulgation et à leur admissibilité en preuve sont plus claires que pour le renseignement de sécurité. Le régime prévu à la Partie VI du Code a été déclaré constitutionnel par la Cour suprême, et les règles et procédures pour expurger l'affidavit afin de protéger les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation sont claires, alors qu'on ne peut en dire autant du régime s'appliquant aux mandats d'écoute électronique du SCRS qui ont été déclarés constitutionnels dans une décision partagée de la Cour d'appel fédérale il y a vingt ans. Cela dit, les motifs pour expurger l'affidavit utilisé pour obtenir une autorisation d'écoute électronique énumérés au paragraphe 187(4) du Code criminel pourraient être étendus de façon à permettre la suppression d'informations qui nuiraient aux techniques d'obtention de renseignements de sécurité, même si leur divulgation ne mettrait pas en danger ceux qui pratiquent ces techniques. Les renseignements supprimés d'un affidavit ne peuvent servir à justifier le mandat. D'autres mandats prévus au Code criminel pourraient aussi être employés dans les enquêtes relatives au terrorisme, et les juges peuvent ordonner que

l'information relative à ces mandats ne soit pas communiquée pour les diverses raisons énumérées à l'article 487.3 du Code criminel. Ces motifs ne sont pas limitatifs et comprennent la protection de l'identité des informateurs et des enquêtes en cours, mais on pourrait y ajouter la nécessité de protéger les techniques d'obtention de renseignements de sécurité. Les intérêts au secret de l'État devront être conciliés avec les intérêts opposés à la publicité des débats judiciaires et au traitement équitable de l'accusé en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas. Il reste que les procédures prévues au Code criminel pour l'obtention des mandats fournissent une base solide et constitutionnelle pour concilier ces intérêts.

Cela dit, l'État devrait continuer lorsqu'il y a lieu de plaider, comme il l'a fait dans le dossier Atwal, l'admissibilité au procès des communications interceptées par les services du renseignement de sécurité. Ces arguments auront de meilleures chances de succès lorsque les informations auront été obtenues par le service du renseignement dans le respect de son mandat et que celui-ci n'aura pas franchi le Rubicon pour se livrer à des activités d'application de la loi. Bien que les autorisations prévues par le Code criminel puissent être parfois utiles, les services du renseignement de sécurité ont toujours l'important rôle prévu par la loi d'obtenir les renseignements en suivant des procédures spéciales qui leur sont propres. Lorsque c'est approprié, les communications interceptées par les services du renseignement pourraient être admises en preuve dans une instance criminelle. Il pourrait aussi être indiqué de modifier l'article 21 de la Loi sur le SCRS pour bien préciser qu'un mandat peut être décerné au SCRS pour procéder à des opérations de surveillance électronique à l'extérieur du Canada. Il est peut-être préférable que ce soit le SCRS qui procède à ces opérations avec le consentement du pays étranger que de s'en remettre aux services étrangers. Un mandat extraterritorial du SCRS pourrait s'appliquer aux activités de Canadiens soupçonnés d'activités terroristes alors que le CST sera limité par son mandat à obtenir des renseignements de sécurité étrangers. Ces renseignements obtenus en vertu d'une autorisation ministérielle sont moins susceptibles d'être admissibles en preuve que ceux obtenus en vertu d'un mandat judiciaire.

Même si les tribunaux déclaraient que le recours aux communications interceptées par les services du renseignement constituait une violation injustifiée du droit de l'accusé d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, la preuve obtenue pourrait quand même être admise dans certains cas au procès criminel en vertu du

paragraphe 24(2) de la Charte. Il aurait peut-être été possible de mener la poursuite contre Parmar à terme si le ministère public avait pu invoquer le paragraphe 24(2) et plaider sa bonne foi à l'égard du mandat, même si celui-ci n'était plus justifié et était devenu invalide du fait que l'affidavit à l'appui avait été expurgé des renseignements permettant de dévoiler l'identité de l'informateur. Le paragraphe 24(2) ne fonctionnera toutefois pas dans tous les cas, et on devrait recourir aux mandats prévus par le Code criminel lorsque possible.

4. Recours accru aux programmes de protection des sources et des témoins

Une dernière stratégie en amont pour rendre le renseignement de sécurité plus utilisable dans les poursuites criminelles consisterait à recourir à de meilleurs programmes de protection des témoins pour faciliter lorsque nécessaire le témoignage d'informateurs confidentiels dans les poursuites criminelles et obtenir qu'ils consentent à ce que leur identité soit dévoilée. La poursuite contre Parmar a échoué parce qu'un informateur clé a refusé que son identité soit révélée. Plusieurs des problèmes en matière de communication de la preuve dans l'affaire Khela découlaient d'une promesse qu'aurait faite la police à un informateur clé qu'il n'aurait pas à témoigner. Les informateurs ont de nombreuses bonnes raisons pour ne pas vouloir témoigner, et il n'existe pas de solution magique. Il reste que tous les efforts raisonnables doivent être déployés pour rendre leur témoignage possible et acceptable à leurs yeux.

Les services du renseignement de sécurité devraient pouvoir tirer parti des ressources offertes par les programmes de protection des témoins, et ceux-ci devraient être aussi souples et attrayants que possible pour les témoins. La relocalisation à l'étranger peut être particulièrement importante dans les poursuites relatives aux activités terroristes ayant une dimension internationale. Il faudrait faire plus d'efforts pour s'assurer que tous comprennent mieux les difficultés auxquelles sont confrontés les témoins. On ne saurait trop insister sur l'importance d'offrir une protection adéquate et efficace aux témoins si l'on veut harmoniser la

relation entre le renseignement de sécurité et la preuve¹⁰⁴.

E) Stratégies en aval pour concilier les impératifs de la divulgation et ceux du secret

Bien qu'il faille élaborer des stratégies en amont pour rendre le renseignement de sécurité plus facilement utilisable dans les poursuites criminelles, il faut aussi des stratégies en aval pour prévenir la communication de renseignements qui causeraient de graves préjudices s'ils étaient divulgués. Les renseignements de sécurité secrets qui ne sont pas nécessaires pour garantir l'équité du procès ne devraient pas être divulgués, étant donné la nécessité impérieuse de protéger les informateurs, les enquêtes et les opérations en cours, ainsi que l'échange sans entrave d'informations secrètes avec nos alliés. Alors que la tâche d'élaborer et de mettre en place des stratégies en amont pour faciliter l'utilisation du renseignement de sécurité dans les poursuites relatives aux activités terroristes revient surtout aux services du renseignement et à la police, les stratégies en aval sont surtout l'affaire des procureurs, des avocats de la défense, des juges et du législateur.

1. Préciser les obligations en matière de divulgation et de production

L'une des mesures qui pourraient être prises en aval serait de préciser l'étendue des obligations de divulgation faites au ministère public, et de fournir par voie législative des orientations pour les demandes de production adressées au SCRS quand il est établi que le Service est un tiers non assujetti aux règles énoncées dans Stinchcombe. Plusieurs des poursuites relatives au terrorisme examinées dans la présente étude ont été intentées avant l'arrêt clé prononcé par la Cour suprême dans l'affaire Stinchcombe exigeant la divulgation des éléments de preuve pertinents et non privilégiés, et avant que la Cour ne reconnaisse dans O'Connor une procédure pour produire et divulguer des renseignements en la possession de tiers lorsque requis dans une instance criminelle. Même s'il existait des normes de divulgation reconnues en common law

¹⁰⁴ Le rapport annuel le plus récent du programme fédéral de protection des témoins géré par la GRC indique que son coût avait été de 1,9 million de dollars cette année-là, qu'il y avait 53 personnes participant au programme, que 15 témoins avaient refusé d'y participer, que 21 témoins avaient demandé la fin volontaire de leur protection alors que 7 témoins ont été involontairement retirés du programme. Rapport annuel 2005-2006 du programme de protection des témoins, <http://securitepublique.gc.ca/abt/dpr/le/wppa2005-6-fr.asp>

avant l'arrêt *Stinchcombe*, il est nécessaire de préciser le plus clairement possible quelle est l'étendue des obligations de divulgation. Certains éclaircissements ont été apportés dans la foulée des modifications touchant l'ouverture des paquets scellés apportées dans la Partie VI du Code criminel, mais il faut faire davantage. Dans son examen des rapports entre la GRC et le SCRS à la fin des années 1990, le CSARS a fait état de perceptions selon lesquelles toute information communiquée par le SCRS à la GRC était assujettie aux obligations de divulgation énoncées dans *Stinchcombe*. Même si l'arrêt *Stinchcombe* impose des obligations de divulgation étendues, celles-ci ne sont pas illimitées. Le ministère public n'est tenu de divulguer que les renseignements pertinents aux questions soulevées dans la poursuite. Le critère de pertinence est plus élevé dans le cas des demandes de production de dossiers entre les mains de tiers visées par *O'Connor*, et une pondération des intérêts opposés est permise avant que ceux-ci ne soient divulgués. Les renseignements protégés par des privilèges comme celui relatif aux indicateurs de police peuvent généralement être soustraits à la divulgation. La divulgation peut être retardée pour des motifs légitimes ayant trait à la sécurité des témoins et des sources. Enfin, les tribunaux ont fait la distinction entre la violation du droit de l'accusé à la divulgation et la violation plus grave de son droit à une défense pleine et entière.

Il y aurait lieu d'éclaircir et de codifier les principes entourant la divulgation de la preuve. Étant donnée la gravité des infractions terroristes et l'importance d'avoir des règles universelles qui s'appliquent à tous les types de crimes, il pourrait être indiqué de codifier les principes de divulgation pour toutes les poursuites. L'arrêt *Stinchcombe* a été prononcé il y a plus de quinze ans et même à cette époque, la Cour semblait s'attendre à une certaine codification subséquente des détails en matière de divulgation. Une plus grande certitude quant à l'étendue des obligations de divulgation et aux raisons légitimes justifiant la non-divulgation serait utile pour les poursuites relatives aux activités terroristes. L'expérience du Royaume-Uni indique que la codification des obligations de divulgation pourrait apporter des avantages considérables. Dans ce pays, les tribunaux ont reconnu des obligations de common law étendues en matière de divulgation en partie parce qu'ils ont constaté que le fait de ne pas avoir divulgué toute la preuve avait créé un déni de justice dans un certain nombre d'affaires relatives au terrorisme. Toutefois, le législateur a par la suite précisé les obligations de communication de sorte que le ministère public n'est plus tenu de divulguer les informations lors d'un procès, y compris les renseignements de sécurité secrets lors d'un procès pour

terrorisme, à moins qu'on puisse raisonnablement considérer qu'elles sont susceptibles de nuire à la thèse de la poursuite ou d'aider celle de l'accusé¹⁰⁵. Bref, il n'est plus nécessaire au Royaume-Uni de divulguer les renseignements de sécurité non utilisés même s'ils sont incriminants. Il sera plus difficile de codifier et de restreindre les obligations de divulgation au Canada qu'au Royaume-Uni parce que les tribunaux ont statué que l'accusé avait droit, au titre de l'article 7 de la Charte, à ce que lui soient communiquées toutes les informations pertinentes et non privilégiées. Les tribunaux accepteront que la nécessité de protéger des secrets légitimes est un objectif assez important pour justifier que certains droits garantis par la Charte soient restreints, mais la question critique sera de savoir si les restrictions à la divulgation constituent le moyen le plus proportionnel pour atteindre cet objectif. Ils pourront considérer que la procédure prévue aux articles 37 et 38 de la LPC constitue un moyen moins radical et mieux adapté pour soustraire des secrets à la divulgation grâce à une ordonnance judiciaire prononcée par un juge qui aura examiné les informations secrètes à la lumière des faits de l'espèce.

Le Parlement pourrait aussi légiférer pour préciser la procédure et les critères à appliquer lorsque l'accusé demande la divulgation et la production de dossiers en la possession de tiers. Même si la Cour a déclaré que le SCRS était assujéti à la règle énoncée dans *Stinchcombe* dans les circonstances uniques de l'enquête relative à *Air India*, il pourrait être reconnu comme étant un tiers dans d'autres affaires. Une disposition législative qui ferait en sorte que le SCRS serait présumé être un tiers non assujéti à *Stinchcombe* est une autre possibilité, mais qui pourrait être contestée au titre de l'article 7 de la Charte compte tenu des faits particuliers de l'enquête. Dans les cas où le SCRS est un tiers non assujéti à *Stinchcombe*, la tribunal a précisé dans *Mills* que le législateur pouvait modifier la procédure de common law énoncée dans *O'Connor* obligeant l'accusé à démontrer que les renseignements sont vraisemblablement pertinents et que les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation l'emportent sur celles qui militent contre la divulgation. On pourrait par exemple préciser que les informations se rapportant uniquement aux méthodes internes employées par les services du renseignement de sécurité ne sont pas suffisamment pertinentes pour qu'il soit justifié de les communiquer à la défense. On pourrait aussi inviter les tribunaux à tenir compte de certains facteurs, comme le préjudice causé par la

¹⁰⁵ R. c. Ward [1993] 1 WLR 61; Criminal Procedure and Investigations Act 1996, art. 3, modifié par Criminal Justice Act 2003; R. c. H et C [2004] UKHL 3, par. 17.

divulgation aux informateurs, les promesses faites à des pays étrangers ou les enquêtes en cours, avant d'ordonner la divulgation et la production. Il reste que toute nouvelle règle touchant la production des renseignements de sécurité devra respecter le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Les tribunaux ont déjà reconnu que toutes les violations des droits de l'accusé en matière de communication de la preuve ne constituent pas nécessairement une violation de son droit encore plus fondamental à une défense pleine et entière. Les tribunaux peuvent être disposés à accepter des restrictions législatives aux droits en matière de divulgation, surtout lorsque celle-ci causerait des préjudices aux intérêts de l'État en matière de sécurité nationale. Cela dit, ils examineront aussi les effets cumulatifs de la non-divulgation sur le droit de l'accusé à une défense pleine et entière si l'accusé n'a pas accès aux informations pertinentes qui pourraient être utiles pour sa défense. Il est important qu'à la fin, ce soit des juges indépendants qui prennent la décision en la matière car les fonctionnaires de l'État sont encouragés à multiplier les secrets. En raison d'opinions préconçues ou du principe de la « corruption pour une juste de cause », les fonctionnaires de l'État peuvent omettre de divulguer des informations qui peuvent être précieuses pour l'accusé. Le fait de ne pas avoir divulgué toutes les informations a été un facteur important dans des condamnations injustifiées, y compris dans des affaires de terrorisme.

Les restrictions à la divulgation et à la production apportées par voie législative seront contestées au regard de la Charte. Et même si elles sont déclarées conformes à la Charte, l'accusé plaidera souvent que le ministère public n'a pas respecté les obligations de divulgation ou de production codifiées dans le nouveau texte législatif, et ces arguments pourront retarder la poursuite. Les tribunaux ne reviendront pas et ne devraient pas revenir à leur ancienne pratique d'ordonner la non-divulgation des renseignements de sécurité sans même examiner les renseignements pour déterminer leur valeur pour l'accusé.

2. Préciser et étendre la portée des privilèges relatifs à la preuve qui soustraient les informations à la divulgation

Une autre stratégie pour restreindre les obligations en matière de divulgation ou de production serait la codification et l'extension de certains privilèges comme le privilège relatif aux indicateurs de police ou la création de nouveaux privilèges. Cette codification et extension possible

du privilège pourrait se justifier pour préciser que les informateurs du SCRS jouissent aussi du privilège relatif aux indicateurs de police, mais cette stratégie a ses limites. Même les privilèges les plus jalousement gardés comme celui visant les indicateurs de police sont assujettis à l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé¹⁰⁶. On peut comprendre qu'il y ait une résistance à créer de nouveaux privilèges génériques alors que la création d'un privilège fondée sur les circonstances de chaque cas ne permettrait guère de savoir à l'avance avec certitude ce qui ne doit pas être divulgué. Il y a aussi le risque que les nouveaux privilèges encouragent la non-divulgence de renseignements qui sont nécessaires pour une défense pleine et entière.

Restreindre les droits à la divulgation ou à la production par voie législative ou étendre la portée des privilèges pourrait donner lieu à des contestations au regard de la Charte et à des débats judiciaires pour déterminer si les informations en cause appartiennent bien aux nouvelles catégories de renseignements visées par le texte législatif ou le privilège. Plutôt que de tenter d'imposer à l'avance des restrictions abstraites à ce qui doit être communiqué à l'accusé et de risquer que ces restrictions soient déclarées inconstitutionnelles ou multiplient les recours judiciaires, une solution plus pratique pourrait être d'améliorer l'efficacité de la procédure employée pour déterminer ce qui doit être communiqué et ce qui doit demeurer secret dans le cadre d'une instance criminelle en particulier. Cela dit, les privilèges présomptifs pourraient avoir l'avantage de fournir une certaine certitude aux organismes, notamment le SCRS, que l'information peut être partagée avec la police sans nécessairement devoir être divulguée. Tout nouveau privilège ferait toutefois l'objet de recours judiciaires visant à en déterminer la portée exacte. Il serait aussi au minimum limité par l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé. Il peut être impossible de recourir à des restrictions législatives ou à de nouveaux privilèges pour fournir une garantie absolue que les renseignements de sécurité ne devront jamais être divulgués, quelles que soient les circonstances. Comme nous le verrons toutefois, cela ne veut pas dire qu'on ne puisse pas justifier une ordonnance de non-divulgence en tenant compte des faits particuliers de l'espèce.

¹⁰⁶ R. c. Leipert [1997] 1 R.C.S. 287; *Personne désignée c. Vancouver Sun* 2007 CSC 43.

3. Communication confidentielle et inspection des renseignements de sécurité pertinents

À l'heure actuelle, les avocats de la défense sont dans la difficile position de devoir faire des demandes très générales pour que leur soient divulgués des renseignements de sécurité qu'ils n'ont pas vus. Comme nous le verrons dans la section qui suit, ces demandes de divulgation trop générales de la part de l'accusé déclenchent parfois en réponse des revendications de confidentialité exagérées de la part du poursuivant. La relation entre le renseignement de sécurité et la preuve pourrait être rendue plus harmonieuse si les deux parties pouvaient être encouragées à faire des demandes plus ciblées et plus raisonnables.

Dans l'affaire Malik et Bagri, il a été permis aux avocats de la défense d'inspecter les documents du SCRS après s'être engagés à ne pas divulguer l'information à leurs clients à moins que les procureurs y consentent ou que le tribunal ne l'ordonne. On a donc pu s'entendre sur la question de la divulgation dans cette affaire, et il n'a pas été nécessaire d'en débattre devant la Cour fédérale sous le régime de l'article 38 de la LPC. À l'avenir, il serait peut-être indiqué de permettre aux avocats de la défense d'inspecter les documents secrets après s'être engagés à ne pas partager l'information avec leurs clients tant que la divulgation n'a pas été approuvée par le procureur général du Canada ou le tribunal. Il faudra alors assurer la confidentialité de l'information dévoilée et possiblement fournir aux avocats de la défense un accès à des lieux et à du matériel sécurisés pour procéder à cette inspection.

Il pourrait aussi être nécessaire d'exiger qu'ils obtiennent une attestation de sécurité avant d'avoir accès aux documents secrets. Cela pourrait retarder la poursuite et limiter le choix de l'avocat, mais ces problèmes ne devraient pas être insurmontables s'il y a une équipe d'avocats de la défense expérimentés détenant des attestations de sécurité et disposant des installations et des fonds nécessaire pour assurer la défense. On a recours aux attestations de sécurité pour les avocats de la défense tant en Australie qu'aux États-Unis.

Si l'avocat de la défense ne veut pas ou ne peut pas obtenir une attestation de sécurité, il serait possible de nommer un avocat spécial en possédant une pour qu'il puisse prendre connaissance des informations secrètes et contester les observations du procureur général présentées ex parte à l'appui de la non-divulgation¹⁰⁷. La nomination d'un avocat

spécial ajouterait cependant des délais additionnels à la procédure sous le régime de l'article 38, et il est possible que celui-ci ne devienne jamais aussi bien informé de l'utilité que ces informations secrètes et non divulguées peuvent avoir pour l'accusé que le propre avocat de ce dernier. L'avocat spécial pourrait toutefois effectivement contester les revendications trop générales de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale et réussir ainsi à obtenir des informations qui pourraient être divulguées à l'accusé. Mais il ne pourrait pas, comme c'est le cas en matière d'immigration, contester des éléments de preuve dont l'accusé n'a pas pris connaissance. Comme la Cour suprême l'a reconnu dans *Charkaoui*, l'article 38 de la LPC ne permet pas de présenter des éléments de preuve secrets que l'accusé n'a pas vus.

4. Un traitement des revendications de confidentialité rigoureux et fondé sur les préjudices

Il y a le danger qu'à des demandes de divulgation trop générale de la part de l'accusé dans une poursuite relative au terrorisme correspondent des revendications de confidentialité exagérées de la part du procureur général du Canada. Il y a eu un certain nombre de contestations récemment portant sur la question de savoir si le procureur général du Canada n'avait pas revendiqué la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale (CSN) sans réelle justification. Le différend entre la Commission Arar et le procureur général du Canada a été réglé au cours de l'enquête ainsi que par une décision de la Cour fédérale qui a autorisé la divulgation de la plus grande partie des informations en litige¹⁰⁸. La multiplication des réclamations de CSN peut rendre le grand public plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité même légitimes. Quand il y a de bonnes raisons de tenir certaines informations secrètes pour protéger des informateurs vulnérables ou des enquêtes en cours ou pour tenir nos promesses envers nos alliés, il ne faudrait pas avoir crié au loup une fois de trop en revendiquant la CSN.

Une façon de répondre aux préoccupations au sujet de la légitimité des revendications de CSN serait de restreindre la portée de l'article 38 qui exige que les participants au système de justice l'invoquent au sujet d'un grand nombre d'informations que le gouvernement souhaite protéger même quand celles-ci ne risquent pas vraiment de porter préjudice à

¹⁰⁷ R. c. *Khawaja* 2007 CF 463.

¹⁰⁸ *Canada c. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar* 2007 CF 766.

l'intérêt public. Un autre moyen serait de préciser les préjudices réels que la divulgation pourrait causer. À l'heure actuelle, l'article 38.06 stipule que le juge peut autoriser la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Les tribunaux ont tenté de définir ces termes¹⁰⁹, mais ils demeurent extrêmement généraux et vagues. Une définition plus précise des préjudices que pourrait causer la divulgation pourrait réduire la multiplication des réclamations. Elle pourrait aussi sensibiliser les intervenants au sujet des besoins légitimes de confidentialité pour protéger des sources vulnérables ou des enquêtes en cours ou pour tenir la promesse faite à nos alliés que les renseignements de sécurité ne seront pas dévoilés ou utilisés dans une instance judiciaire. Une telle approche fondée sur le préjudice pourrait répondre aux préoccupations articulées par la Commission Arar et certains juges selon lesquelles le gouvernement avait invoqué l'article 38 dans des situations où le préjudice qu'aurait pu causer la divulgation n'avait pas été établi. Énumérer les préjudices précis que pourrait causer la divulgation pourrait aussi être une solution de rechange plus souple et spécifique que de tenter de créer de nouveaux privilèges touchant les informations concernant la sécurité nationale.

On pourrait aussi modifier l'article 38 afin de reconnaître la distinction qui commence à se préciser entre le renseignement de sécurité et la preuve. La règle touchant les tiers ne devrait pas s'appliquer si l'information est déjà dans le domaine public ou connue des autorités canadiennes. Et même quand elle s'applique, le gouvernement pourrait être tenu de faire des efforts raisonnables afin d'obtenir le consentement des services d'où provient l'information confidentielle avant de la divulguer. Les tribunaux ont aussi reconnu qu'il y avait lieu d'être prudent quand on invoque l'effet de « mosaïque » pour réclamer la non-divulgation de la preuve¹¹⁰. Ces préoccupations autour de l'effet de mosaïque remontent à la guerre froide et ne sont sans doute pas justifiées dans les poursuites visant des acteurs non étatiques plus ou moins organisés comme les terroristes. Enfin, on pourrait préciser les préjudices causés par la non-divulgation, surtout en ce qui a trait au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Une attention devrait être apportée aux effets cumulatifs de la

¹⁰⁹ La sécurité nationale a été définie de la façon suivante : elle « 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 Canada ». *Canada c. Commission d'enquête 2007 CF 766*, par. 68. La défense nationale comprend « tous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis » et « l'arsenal militaire d'une nation ». Les renseignements préjudiciables aux relations internationales « s'entendent des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec des nations souveraines ». *Ibid.*, par. 61 et 62.

¹¹⁰ *Ibid.*; *R. c. Khawaja 2007 CF 490*.

non-divulgence sur la capacité de l'accusé de remettre en cause la thèse du ministère public et de faire valoir des moyens de défense ainsi que sur l'équité de la procédure.

Si l'on traite les revendications de confidentialité en vertu de l'article 38 de la LPC de façon plus restrictive et en se fondant sur les préjudices, et si l'on consent dans certains cas à ce que l'avocat de la défense puisse inspecter les documents secrets après s'être engagé à ne pas en dévoiler la teneur à ses clients sans autorisation et après avoir obtenu une attestation de sécurité, il sera peut-être moins nécessaire de débattre de l'application l'article 38 de la LPC et de recourir au tribunal pour trancher les questions entourant le secret et la divulgation. Cela dit, il faudra dans certains cas que le procureur général du Canada insiste pour que certains renseignements demeurent secrets, et les intérêts opposés à la divulgation et à la non-divulgence devront alors être départagés en vertu de l'article 38.

5. Une procédure efficace et équitable pour trancher les revendications de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale devant un seul tribunal

La stratégie en aval la plus importante pour harmoniser la relation entre le renseignement de sécurité et la preuve consisterait à mon avis à rendre la procédure pour obtenir une ordonnance de non-divulgence ou de divulgation partielle plus efficace et plus équitable pour toutes les parties. Une telle réforme viendrait combler les limites des stratégies en amont pour faciliter l'utilisation du renseignement de sécurité comme preuve ou pour tenter de réduire les obligations de divulgation par la voie législative ou par la création de nouveaux privilèges. La procédure sous le régime de l'article 38 devrait évoluer afin de permettre au juge du procès de décider lui-même, en se fondant sur les faits de l'espèce, si et quand la divulgation de renseignements confidentiels est nécessaire pour que le procès soit équitable. En cela, nous adopterions les meilleures pratiques d'autres pays démocratiques qui ont plus d'expérience que le Canada en matière de poursuites relatives au terrorisme.

Même si l'article 37 de la LPC permet d'invoquer des raisons d'intérêt public devant un juge de première instance d'une cour supérieure pour s'opposer à la divulgation, l'article 38 exige que les oppositions fondées sur les préjudices à la sécurité ou à la défense nationales ou aux relations internationales soient plaidées devant un juge de la Cour fédérale.

Le juge de l'instance criminelle doit respecter l'ordonnance de la Cour fédérale concernant la divulgation, mais conserve le droit d'ordonner la réparation requise, y compris le sursis de l'instance, pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Les études de cas portant sur les affaires Kevork, Ribic et Khawaja montrent bien les difficultés qu'entraîne cette procédure faisant appel à deux tribunaux différents au Canada. Même si le juge du procès dans Kevork a fini par décider qu'un procès équitable était possible après que la Cour fédérale eut refusé d'ordonner la divulgation des renseignements du SCRS, il a exprimé beaucoup de malaise au sujet de la procédure bifurquée. Il est en soi bien difficile de demander au juge de l'instance de conclure que la divulgation d'informations qu'il n'a pas vues n'est pas nécessaire pour assurer un procès équitable. Il faudrait au minimum qu'on trouve le moyen de faire en sorte que le juge du procès, et peut-être un avocat possédant une attestation de sécurité, puisse examiner les renseignements secrets qui n'ont pas été divulgués à l'accusé.

L'affaire Ribic a montré que l'article 38 pouvait être invoqué au milieu d'un procès. Après que les questions eurent été débattues devant la Cour fédérale puis devant la Cour d'appel fédérale, le procès a été déclaré nul. Un nouveau procès a eu lieu, mais il a fallu 6 ans avant que tout le processus soit mené à terme. L'article 38 a été modifié en 2001 pour exiger qu'un préavis soit donné de l'intention de divulguer ou de demander que soient divulgués des renseignements classifiés. Malgré les meilleurs efforts de toutes les parties concernées, il reste que les questions visées par l'article 38 peuvent surgir plus tard dans le cours de l'instance criminelle. Par exemple, le ministère public a le pouvoir discrétionnaire, sujet à révision judiciaire, de retarder la communication de la preuve si nécessaire pour protéger des témoins. L'accusé peut aussi vouloir présenter des éléments de preuve qui obligeront de débattre des questions visées par l'article 38 de la LPC. Le juge du procès pourra avoir de la difficulté à refuser que l'accusé puisse présenter des éléments de preuve qui sont nécessaires à une défense pleine et entière. Même si le ministère public peut être pénalisé pour une communication de la preuve tardive, le refus de lui permettre de présenter une opposition fondée sur l'article 38 en raison de cette communication tardive peut le forcer à abandonner la poursuite afin que l'information demeure secrète. Le débat concernant la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale devant la Cour fédérale, soit avant ou pendant l'instance criminelle, peut mettre en péril la poursuite relative à une activité terroriste. L'accusé a le droit que son procès se déroule dans des délais raisonnables, et le public, y compris le jury, a intérêt à ce que

les procès visant des activités terroristes soient menés à terme dans des délais raisonnables. Les retards dans l'affaire Khawaja sont préoccupants à cet égard, surtout lorsqu'on constate que le procès de ses présumés complices est terminé en Grande-Bretagne.

Même si on pouvait éviter les problèmes de délais causés par l'article 38 en procédant de manière accélérée, il reste que le recours à deux tribunaux différents met tant les juges de la Cour fédérale que les juges d'instance dans l'embarras. Le juge de la Cour fédérale doit tenter de déterminer l'importance pour l'accusé des informations non dévoilées alors que l'avocat de ce dernier n'en a pas pris connaissance et alors qu'à cette étape préalable au procès, on ne sait trop quelles questions pourront y être soulevées. La possibilité qu'elle a de présenter des observations ex parte au juge de la Cour fédérale ne peut compenser pour le fait que la défense n'a pas vu les éléments de preuve non divulgués et que le procès n'a pas encore pris forme. Même s'il est possible de nommer un avocat spécial ayant une attestation de sécurité pour répondre aux arguments du gouvernement à l'appui de la non-divulgaration, cela ne garantit pas que toutes les informations qui devraient être dévoilées le seront. Même si le juge de la Cour fédérale avait l'avantage de tous les arguments contradictoires relativement aux requêtes de non-divulgaration, il aurait toujours le fardeau de rendre une décision finale à ce sujet sans savoir comment évoluera le procès criminel. Les juges qui ont à prendre des décisions similaires en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis sont bien heureux de savoir qu'ils peuvent revenir sur leur décision à la lumière des nouveaux éléments qui peuvent survenir durant le procès.

Cette structure unique de double juridiction imposée par l'article 38 de la LPC place aussi le juge du procès criminel dans une position difficile. Il doit décider si le procès peut être équitable malgré la non-divulgaration d'informations dont ni l'accusé, ni ses avocats ni sans doute lui-même n'auront pris connaissance. Ou encore, il doit trouver une réparation, qui peut aller jusqu'à un sursis de l'instance, pour la non-divulgaration des informations secrètes. Même si le juge du procès peut être guidé par une liste des informations visées par l'ordonnance de non-divulgaration, cette liste ne peut pas contenir de renseignements qui porteraient un préjudice à la sécurité nationale ou à la défense nationales ou aux relations internationales¹¹¹.

¹¹¹ R. c. Khawaja 2007 CAF 342, par. 12.

La structure unique de double juridiction au Canada fait courir le risque que des décisions soient prises prématurément tant par le juge de la Cour fédérale que par le juge du procès portant, soit que la divulgation n'est pas nécessaire, soit que le poursuivant doit être sanctionné pour ne pas avoir divulgué des informations, en dépit du fait que celles-ci ne sont pas nécessaires pour que l'accusé soit traité équitablement. Bref, cette structure bifurquée de double juridiction est une bonne recette pour les délais et les désastres dans les poursuites relatives aux activités terroristes.

Aucun des principaux pays auxquels le Canada peut être comparé ne recourt à ce système de double juridiction pour décider des revendications de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. L'Australie, le Royaume-Uni et les États-Unis permettent tous que le juge du procès décide si des renseignements sensibles peuvent être soustraits de la communication de la preuve sans que cela ne compromette les droits de l'accusé. Cette approche a l'avantage de permettre au juge du procès de prononcer une ordonnance de non-divulgation en sachant qu'il pourra revenir sur sa décision si, à mesure que le procès avance, l'équité envers l'accusé l'exige.

Une seule juridiction : la Cour supérieure ou la Cour fédérale?

On pourrait réformer le système canadien de double juridiction de deux façons. On pourrait peut-être conférer à la Cour fédérale la compétence de connaître de toutes les poursuites relatives aux activités terroristes. Cette approche exigerait toutefois que les causes soient entendues par la Cour fédérale avec jury, sinon elle pourrait être contestée au titre de l'alinéa 11f) de la Charte. L'extension des compétences de la Cour fédérale ou la création d'un nouveau tribunal pour instruire les causes de terrorisme pourrait aussi provoquer des contestations en vertu de l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 au motif que cela remettrait en cause la compétence inhérente des cours supérieures provinciales en matière criminelle. Pour justifier l'extension des compétences de la Cour fédérale ou la création d'un nouveau tribunal pour instruire les procès criminels relatifs au terrorisme, on pourrait plaider que le terrorisme, comme la justice pour les adolescents, est une nouvelle réalité qui n'existait pas en 1867. Ainsi, les activités terroristes pourraient être retirées de la

compétence des cours supérieures de première instance¹¹². Mais il existe des arguments plus convaincants selon lesquels le terrorisme existe depuis longtemps et que les poursuites relatives aux activités terroristes visent essentiellement à punir les personnes ayant commis des meurtres, ou coupables de complots ou de tentatives de meurtre. Le meurtre, comme l'outrage au tribunal et peut-être la sédition ou le piratage sont des questions qui relèvent essentiellement de la compétence des cours supérieures provinciales, compétence que le Parlement fédéral ou les provinces ne peuvent modifier sans modifier la Constitution¹¹³. Ainsi, le fait de retirer aux cours supérieures provinciales le pouvoir de juger les crimes les plus graves, comme les actes terroristes de meurtre ou de préparation ou de facilitation en vue de commettre ces crimes, pourrait être déclaré contraire à l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867¹¹⁴. La Cour fédérale ou le nouveau tribunal en matière de terrorisme continuerait à instruire les procès pour terrorisme dans le but traditionnel de déterminer la culpabilité et la peine, et non pas à des fins distinctes comme celle de créer un nouveau système de justice pour les adolescents. On peut aussi plaider que ces nouvelles compétences conférées à la Cour fédérale ou la création d'une nouvelle juridiction violerait l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867. Et même si l'article 96 n'empêchait pas de transférer la compétence fondamentale des cours supérieures à un autre tribunal de compétence fédérale, on pourrait faire valoir que le pouvoir de constituer des tribunaux de juridiction criminelle pour juger des crimes de terrorisme relève de la compétence des provinces¹¹⁵.

112 Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants [1991] 1 R.C.S. 252.

113 Voir l'art. 469 du Code criminel.

114 *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15 (« Les cours supérieures possèdent une compétence fondamentale ou inhérente qui fait partie intégrante de leur fonctionnement. Aucun des ordres de gouvernement ne peut retirer à une cour supérieure cette compétence fondamentale, sans que ne soit modifiée la Constitution ». Les juges dissidents dans cette affaire ont rejeté cette idée de compétence fondamentale, mais ils ont aussi conclu que le pouvoir de punir les adolescents pour outrage au tribunal pouvait être transféré d'une cour supérieure provinciale à un tribunal pour adolescents parce qu'il était accessoire aux pouvoirs spéciaux exercés par ces tribunaux.

115 Peter Hogg a laissé entendre que l'art. 96 ne devait pas empêcher le transfert de la compétence fondamentale d'une cour supérieure à une autre cour fédérale. *Peter Hogg, Constitutional Law of Canada 4e éd., al. 7.2e*). Mais l'arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* [1995] 4 R.C.S. 725, au par. 15 indique qu'« aucun des ordres de gouvernement ne peut retirer à une cour supérieure cette compétence fondamentale, sans que ne soit modifiée la Constitution ». Quoiqu'il en soit, le professeur Hogg indique aussi que le gouvernement fédéral n'a pas le pouvoir de créer des tribunaux de juridiction criminelle, un pouvoir expressément exclu des compétences fédérales en matière de droit et de procédure criminels en vertu du paragraphe 91(27) et inclus dans les compétences provinciales relatives à l'administration de la justice conférées par le paragraphe 92(14). Voir *Ibid.*, par. 193. Le seul pouvoir fédéral qui pourrait justifier la création d'un nouveau tribunal pour instruire les causes de terrorisme semblerait être le pouvoir résiduel incertain de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada.

Même si elle était permise par la Constitution, cette approche exigerait aussi que la Cour fédérale se donne une expertise en droit criminel, ce qui pourrait être difficile si les poursuites relatives aux activités terroristes demeurent peu fréquentes. Et si tous ces changements étaient apportés, il resterait la question problématique des tribunaux spéciaux pour affaires terroristes, un problème soulevé au sujet des tribunaux de type Diplock en Irlande du Nord ou des tribunaux spéciaux en Irlande. L'un des avantages des poursuites relatives aux activités terroristes est de faire en sorte que les actes de violence terroriste soient dénoncés comme étant des crimes et que les terroristes soient traités comme étant des criminels. À cet égard, au moins, les terroristes ne devraient pas être élevés au rang d'adversaires politiques de l'État nécessitant une solution spéciale comme les tribunaux d'exception.

Il serait préférable de conférer à des juges désignés d'une cour supérieure de première instance, très expérimentés dans les procès criminels complexes, le pouvoir de trancher, durant le procès pour terrorisme, les réclamations de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale faites sous le régime de l'article 38 de la LPC. Les juges des cours supérieures provinciales peuvent être nommés comme juges suppléants à la Cour fédérale avec le consentement de leur juge en chef, de celui du juge en chef de la Cour fédérale et de celui du gouverneur en conseil¹¹⁶. Il faudrait que ces juges acquièrent une expertise relativement aux questions de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale¹¹⁷. Les juges de première instance d'une cour supérieure peuvent déjà décider des oppositions à la divulgation pour des raisons d'intérêt public formulées sous le régime de l'article 37, et ils devraient être capables d'en apprendre assez sur les questions de sécurité nationale pour prendre les décisions sous le régime de l'article 38. Ils seront aidés en cela en étant des juges suppléants de la Cour fédérale et en entendant tous les arguments formulés ex parte sur ces questions par le procureur général du Canada et par l'accusé.

Permettre au juge du procès de se prononcer sur les oppositions à la divulgation fondées sur la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale ou sur des raisons d'intérêt public serait conforme à l'approche retenue en Australie, au Royaume-Uni et aux États-Unis. En nommant un

¹¹⁶ Loi sur les Cours fédérales, par. 10(1).

¹¹⁷ Les juges désignés pourraient aussi connaître des demandes en vue d'obtenir un mandat du SCRS afin de se tenir à jour si les procès pour terrorisme mettant en cause l'article 38 s'avèrent rares.

certain nombre de juges d'une cour supérieure comme juges suppléants de la Cour fédérale, on conserverait la compétence de celle-ci sur les réclamations de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale et on éviterait d'avoir à chambouler l'article 38 et à accorder à tous les juges des cours supérieures provinciales le pouvoir de décider des questions relatives à l'article 38. Il ne sera peut-être même pas nécessaire de nommer des juges des cours supérieures provinciales comme juges suppléants de la Cour fédérale dans toutes les provinces ou territoires si on peut convenir avec certaines d'entre elles que les poursuites relatives aux activités terroristes seront intentées par le procureur général du Canada à un endroit central se trouvant à l'extérieur de la province¹¹⁸. De cette façon, un petit nombre de juges d'instance pourraient se donner les connaissances spécialisées leur permettant d'instruire tous les volets des procès relatifs au terrorisme, y compris les questions concernant l'article 38¹¹⁹.

Il faudrait prendre des mesures pour que les juges d'une cour supérieure nommés juges de la Cour fédérale aux fins de la procédure relative à l'article 38 de la LPC aient les installations et la formation requise pour traiter les informations classifiées et pour qu'ils aient l'occasion de bien s'informer au sujet des questions complexes entourant la confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Si nécessaire, les poursuites relatives aux activités terroristes visées par l'article 83.25 du Code criminel pourraient être intentées par le procureur général du Canada et les procès pourraient se tenir à Ottawa même si l'infraction alléguée a été perpétrée à l'extérieur de l'Ontario. Les alliés du Canada ne devraient pas s'opposer à un tel arrangement parce que les juges désignés d'une cour supérieure de première instance seraient aussi membres de la Cour fédérale et disposeraient des installations et de la formation requise pour empêcher les fuites d'informations secrètes.

Le recours à une seule juridiction permettrait au juge du procès de trancher toutes les questions complexes relatives à la divulgation de la preuve dans les poursuites relatives aux activités terroristes sans la séparation artificielle entre les questions concernant l'article 38 qui doivent être décidées par

¹¹⁸ Art. 83.25 du Code criminel.

¹¹⁹ On pourrait aussi plaider que les juges actuels de la Cour fédérale qui ont des connaissances en matière de sécurité nationale devraient être autorisés à instruire des procès criminels. Il faudra cependant alors nommer ces juges à différentes cours supérieures provinciales, tandis que la solution proposée plus haut exige seulement de nommer un petit nombre de juges d'une cour supérieure comme juges suppléants à la Cour fédérale pour leur permettre d'instruire la procédure relative à l'article 38 de façon incidente à leur instruction du procès criminel.

la Cour fédérale et les autres, notamment celles visées par l'article 37, qui doivent être décidées par le juge du procès. Cela mettrait aussi un terme ou dédoublement des procédures si des oppositions préliminaires à la divulgation doivent être décidées en première instance puis en appel sous le régime de l'article 38 et qu'ensuite, les mêmes questions refont surface devant le juge du procès sous le régime de l'article 37 ou de l'article 38.14 de la LPC. Le recours à une seule juridiction faciliterait la mise en place d'une assise institutionnelle solide pour harmoniser la relation difficile et dynamique entre les renseignements de sécurité secrets et les informations qui doivent être divulguées à l'accusé.

6. Abolir les appels préalables au procès

Une dernière réforme pour rendre la procédure entourant les réclamations de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale plus efficace serait d'abroger l'article 38.09 de la LPC qui permet d'interjeter appel d'une décision rendue en la matière devant la Cour d'appel fédérale, avec la possibilité d'interjeter un autre appel devant la Cour suprême du Canada en vertu l'article 38.1. La procédure normalement suivie dans les procès criminels est d'éviter que des questions puissent être portées en appel avant ou pendant le procès afin d'éviter que celui-ci ne soit retardé ou fragmenté.

L'accusé conserverait son droit d'interjeter appel d'une ordonnance de non-divulgation ou de divulgation modifiée dans le cadre de l'appel de sa condamnation devant la Cour d'appel provinciale, comme il est prévu au Code criminel. Le procureur général du Canada perdrait son droit d'interjeter appel d'une ordonnance autorisant la divulgation, droit qu'il a exercé avec un succès partiel dans *Khawaja*¹²⁰. On pourrait plaider que cela risquerait de mettre fin prématurément à la poursuite en ne permettant pas au procureur général d'établir qu'un juge a commis une erreur de droit en ordonnant que trop d'informations soient divulguées à l'accusé. Par contre, le procureur général du Canada conserverait le droit de délivrer un certificat interdisant la divulgation sous le régime de l'article 38.13 de la LPC ou de prendre charge de la poursuite et de l'abandonner s'il conclut que la divulgation porterait sérieusement préjudice à l'intérêt public. L'abolition des appels préalables au procès pourrait exiger une coordination plus étroite entre le procureur général du Canada et les procureurs qui engagent les poursuites relatives aux activités terroristes

¹²⁰ 2007 CAF 342. À noter toutefois que l'erreur qui a été corrigée dans cette affaire aurait pu l'être en demandant au juge de revenir sur sa décision initiale. *Ibid.*, par. 18, 52.

dans les provinces ou sous la direction du nouveau directeur fédéral des poursuites pénales. Quoi qu'il en soit, ces procédures doivent être coordonnées et le procureur général du Canada conserve le pouvoir d'engager les poursuites relatives au terrorisme¹²¹.

Mais si la possibilité d'interjeter appel d'une décision relative à l'article 38 devait être conservée, il y aurait lieu d'envisager la possibilité de fixer des délais pour l'audition et la décision de l'appel, et non seulement, comme il est prévu à l'article 38.09, pour l'interjection de l'appel.

F) Conclusion

Il y a un urgent besoin de réformer la procédure entourant les réclamations de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale. Dans la majorité des poursuites relatives au terrorisme intentées au Canada jusqu'ici, on a eu recours à des informations fournies par les services du renseignement de sécurité canadiens ou étrangers, et cette tendance n'ira vraisemblablement qu'en s'intensifiant étant donnée la nature du terrorisme international. Même si certaines réformes en amont peuvent rendre les services du renseignement de sécurité plus disposés à accepter que des renseignements soient divulgués ou même utilisés en preuve, certaines réclamations de confidentialité demeureront nécessaires pour protéger des informateurs vulnérables, des sources ou des méthodes d'enquête, et pour assurer que des restrictions subséquentes à la divulgation soient respectées.

Même s'il peut y avoir certains avantages à codifier les exigences en matière de communication et de production de la preuve ou à tenter de préciser clairement les informations qui n'ont pas à être communiquées à l'accusé ou produites devant le tribunal, il y a un danger que des exigences réduites en la matière engendrent des contestations au titre de la Charte et multiplient les recours judiciaires pour déterminer si la divulgation est adéquate. Il est peut-être plus avisé d'améliorer le processus suivant lequel le gouvernement peut chercher à obtenir une ordonnance interdisant la divulgation dans des cas spécifiques. Le protocole d'entente de 2006 entre la GRC et le SCRS envisage le recours à l'article 38 de la LPC pour protéger les renseignements du SCRS. Malheureusement, le recours à l'article 38 peut mettre en danger la viabilité des poursuites relatives aux activités terroristes en provoquant des délais, des appels préalables au procès et des ordonnances de non-divulgation prononcées par la Cour fédérale obligeant le juge du procès à surseoir à l'instance. Les parties au procès

¹²¹ Loi sur les infractions en matière de sécurité, L.R. 1985 ch. S-7, art. 2; Code criminel, art. 83.25.

de Malik et Bagri ont pris des mesures extraordinaires et innovatrices pour éviter d'avoir à plaider les questions relatives l'article 38 devant la Cour fédérale. S'ils l'avaient fait, cela aurait retardé et fragmenté un procès criminel qui était déjà l'un des plus longs et des plus dispendieux dans l'histoire du Canada. Si l'article 38 avait été invoqué dans cette affaire, il est possible que la poursuite aurait échoué ou qu'un arrêt des procédures aurait été prononcé en vertu de l'article 38.14 plutôt qu'une décision sur le fond.

Le juge de l'instruction devrait avoir le pouvoir de décider si des informations secrètes doivent être communiquées à l'accusé. Cela lui permettrait de prendre des décisions concernant la divulgation et la réclamation de confidentialité pour des motifs de sécurité nationale sans les inefficacités et iniquités potentielles causées par les procédures distinctes devant la Cour fédérale et révélées dans les affaires Kevork, Ribic et Khawaja. Dans les affaires où les renseignements de sécurité ne seraient pas utiles à l'accusé, le juge pourrait décider que leur divulgation n'est pas nécessaire, tout en conservant le pouvoir de revenir sur sa décision plus tard au cours du procès s'il le juge nécessaire pour protéger le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Combiné à des réformes en amont qui permettraient de préparer les renseignements de sécurité pour qu'il soit possible de les divulguer et de les utiliser en preuve, le recours à une juridiction unique rapprocherait le Canada de la procédure employée dans d'autres pays démocratiques ayant plus d'expérience dans les poursuites relatives aux activités terroristes. Cela fournirait une assise plus solide pour harmoniser la relation difficile et dynamique entre les renseignements de sécurité secrets concernant les menaces terroristes et les éléments d'information et de preuve qui doivent être divulgués dans un procès relatif au terrorisme. Sans ces réformes, il se peut que les poursuites relatives aux activités terroristes au Canada échouent en raison de notre façon unique et bifurquée de résoudre les tensions entre le secret et la communication.

M. Kent Roach, professeur de droit ainsi que de criminologie et de science politique, est titulaire de la Chaire Prichard-Wilson en droit et en politique publique de l'Université de Toronto. En 2002, il a été nommé à la Société royale du Canada par ses confrères et consœurs admis au sein de cette organisation. Par le passé, il a été auxiliaire juridique de feu la juge Bertha Wilson, à la Cour suprême du Canada. Rédacteur en chef du *Criminal Law Quarterly* depuis 1998, il a été souvent appelé à comparaître devant la Cour suprême et devant des cours d'appel à titre d'avocat représentant divers intervenants. Mentionnons parmi les neuf œuvres dont il est l'auteur *Constitutional Remedies in Canada*, écrit qui lui a valu le Prix Owen en 1997, décerné pour le meilleur traité de droit canadien, et *Brian Dickson: A Judge's Journey* (en collaboration avec R. J. Sharpe), lauréat du Prix Dafoe en 2004, accordé à l'ouvrage qui contribue le mieux à faire comprendre la réalité canadienne. En outre, deux autres de ses ouvrages ont été présélectionnés pour le Prix Donner, attribué au meilleur traité en matière de politique publique.

Au cours des dernières années, M. Roach s'est intéressé en particulier aux lois et aux politiques visant la lutte contre le terrorisme. Il a été codirecteur de la rédaction de *Global Anti-Terrorism Law and Policy* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005) et du recueil *The Security of Freedom: Essays on Canada's Anti-Terrorism Bill* (Toronto, University of Toronto Press, 2001). Il a par ailleurs signé *September 11: Consequences for Canada* (Montréal, McGill-Queens University Press, 2003) ainsi que de nombreux articles sur les lois antiterroristes, entre autres les exposés présentés lors de l'édition 2002 de la conférence de la Revue de droit de McGill et de l'édition 2005 de la conférence Vicomte-Bennett. Le texte de ces conférences a été publié par la suite dans la Revue de droit de McGill et dans la *Cardozo Law Review*, respectivement. M. Roach a comparu devant des comités du Parlement du Canada, de l'Indonésie et du Congrès des États-Unis chargés de se pencher sur les lois et politiques antiterroristes. Il a aussi fait partie d'un groupe d'experts juristes qui a examiné, pour le compte de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, les dispositions pénales visant à mettre en œuvre la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire.

Les articles de M. Roach sur les lois antiterroristes ont été publiés en Afrique du Sud, en Australie, au Canada, aux États-Unis, en Égypte, à Hong Kong, en Italie, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et à Singapour. Ils ont également été traduits en arabe, en chinois et en russe. M. Roach a donné des conférences sur les lois et politiques antiterroristes à l'Université de Cape Town, à l'Université de la Nouvelle-Galles du Sud, à l'Université nationale de Singapour, à l'Université d'Oxford et à l'Université Yale. Il était du groupe consultatif de la recherche rattaché à la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, aux côtés de quatre autres personnes, et était directeur de la recherche de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario. Enfin, il était directeur de la recherche (études juridiques) 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.