

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

**RÉFLEXIONS SUR DIVERS MÉCANISMES ADMINISTRATIFS ET USAGE DE
RENSEIGNEMENTS SECRETS: UN PROCESSUS ADVERSAIRE À
GÉOMÉTRIE VARIABLE**

Me François Dadour
Avocat spécial

La liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté
John Rawls

1. Introduction

L'expression « processus adversaire » est bien connue des juristes. Celle-ci semble cependant plus descriptive que normative, en ce sens qu'elle réfère à une typologie de systèmes judiciaires plutôt qu'à un contenu spécifique de règles précises. Une de ses formulations équivalentes est sans doute celle de « système contradictoire » qui caractérise le processus judiciaire de type anglo-saxon. De temps à autre, la Cour suprême du Canada y réfère, particulièrement dans les affaires discutant de l'indépendance judiciaire. Un bref extrait illustre ce qui précède :

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties — qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer pleinement à une procédure publique — pour qu'elles produisent les éléments de preuve pertinents.¹

Comme le souligne cet extrait, se rattache à la notion de processus adversaire un certain nombre de règles qui relèvent à la fois des principes de common law connus de longue date, de règles de justice naturelle, de préceptes de justice fondamentale, de même que des garanties constitutionnelles. Le but de ce qui suit n'est pas de procéder à une analyse exhaustive de ce que contient la notion de processus adversaire, mais plutôt de se limiter volontairement à deux de ses caractéristiques principales, soit le principe d'un débat contradictoire relativement aux faits et au droit, de même que celui de la divulgation de la preuve liée au litige entre les parties.

Dans le contexte de procédures judiciaires faisant usage de renseignements secrets, comment s'expriment les notions de débat contradictoire et de divulgation de preuve?

¹ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350 (ci-après *Charkaoui I*), par. 50.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

Avec la création de l'institution de l'avocat spécial, dans la foulée de l'arrêt *Charkaoui I*, une nouvelle dynamique a vu le jour en ce qui concerne certaines procédures exceptionnelles relatives au droit de l'immigration. A la conception classique qui oppose un litige entre le justiciable et l'État à l'occasion d'une procédure publique devant un arbitre impartial, s'est ajoutée une modalité qui permet maintenant un processus adversaire double se tenant à la fois à huis-clos et en public. La procédure à huis-clos se déroule ainsi entre l'État et un adversaire chargé de la défense des intérêts du justiciable (l'avocat spécial), devant le même arbitre qui, en parallèle, intègre les éléments découlant d'un débat public se tenant cette fois entre l'État et le justiciable représenté par avocat. Dans ce système dynamique, le débat contradictoire porte sur les faits et le droit reliés au matériel secret dans la portion à huis-clos, de même que sur les faits et le droit reliés au matériel public dans la portion publique.

Une logique similaire s'applique à la divulgation de l'information litigieuse : la divulgation ne se limite pas à une production originelle *ad litem* entre l'État et le justiciable. En effet, l'arbitre impartial veille continuellement à ce que le justiciable puisse être informé de ce qui peut être rendu public. Pour ce faire et toujours dans cette perspective dynamique, l'avocat spécial aura la responsabilité de contrer les allégations de confidentialité avancées par l'État afin de favoriser, à tout moment du litige, une divulgation maximale de la preuve en faveur du justiciable et du public.

Il découle de ce qui précède qu'un double système est en place afin de préserver, dans la mesure du possible, l'essentiel du débat contradictoire et de la divulgation de la preuve et, par voie de conséquence, des caractéristiques principales du processus adversaire.

Ces notions ont connu des développements jurisprudentiels importants dans le cadre de cinq certificats de sécurité renouvelés suite à la décision de la Cour suprême dans *Charkaoui I*, sous l'égide de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.² Dans ce qui suit, nous discuterons de quelques mécanismes n'ayant en apparence aucun lien les uns avec les autres, mais dont le processus plus ou moins adversaire qui leur est associé peut être compatible avec le double système se tenant simultanément en public et à huis-clos. Nous ne prétendons nullement à l'exhaustivité de ces mécanismes, ni à une analyse en profondeur de ceux-ci. Il ne s'agit que d'un exercice comparatif avec le régime de l'avocat spécial afin de sonder si, au final, un bénéfice net peut être dégagé relativement à l'équité de ces procédures.³

² L.C. 2001, ch. 27 (ci-après LIPR).

³ Nous excluons de la présente discussion l'analyse de la jurisprudence sous l'angle de la LIPR puisque celle-ci est abordée par notre collègue Me Lorne Waldman.

A ce sujet, l'expérience britannique est d'un intérêt considérable. Depuis l'affaire *Chahal*⁴ qui a subséquemment donné naissance au régime d'avocats spéciaux au Royaume-Uni (et qui a influencé l'adoption de ce régime au Canada), le double système permettant un processus adversaire à huis-clos et en public a connu de multiples variantes et s'est vu appliqué à différents types de litiges. Plus récemment, la Cour suprême du Royaume-Uni⁵ s'est prononcée dans deux affaires particulières, commentant par le fait même l'application du double système à des litiges qui dépassaient largement le cadre du droit de l'immigration. Les commentaires que l'on y retrouve permettent d'établir des liens pertinents avec les problématiques similaires propres aux mécanismes administratifs que nous discuterons. Ces deux affaires sont *Home Office c. Tariq* et *Al Rawi and others c. The Security Service and others*.⁶

Avant d'aborder ces divers thèmes, le lecteur nous pardonnera une digression préliminaire. Comme l'indique le titre de ce texte, le double système permettant à la fois un débat contradictoire et une divulgation de la preuve à huis-clos et en public repose sur la prémisse opératoire voulant que l'État entend utiliser des renseignements secrets au soutien de la procédure judiciaire qu'il a initiée. L'arbitre impartial saisi du litige doit donc trancher les questions de fait et de droit relativement à de l'information sensible relevant de la sécurité nationale. En d'autres termes, le secret devient justiciable, c'est-à-dire qu'il fait l'objet du processus judiciaire. Cela est-il inévitable?

2. La justiciabilité du secret

Seules trois hypothèses peuvent être envisagées relativement à la possibilité de recourir à des renseignements secrets dans une procédure judiciaire :

- Aucun renseignement, aucune information ou preuve dite secrète, confidentielle ou classifiée⁷ qui a pour effet de priver une partie au litige de la divulgation de celle-ci ne saurait être accepté par le système judiciaire : tout doit être divulgué;
- Ce qui est secret doit le demeurer et le système judiciaire ne saurait en ordonner la divulgation, même si cela doit entraîner l'irrecevabilité du litige : rien ne doit être divulgué;

⁴ *Chahal c. Royaume-Uni*, (1996) 23 EHRR 413 (Cour européenne des droits de l'homme).

⁵ Celle-ci a remplacé, en octobre 2009, la Commission judiciaire de la Chambre des lords à titre de plus haute instance judiciaire britannique.

⁶ Respectivement, [2011] UKSC 35 et [2011] UKSC 34.

⁷ Ces termes semblent interchangeable dans la jurisprudence et nous ne ferons, pour les fins de ce texte, aucune distinction entre ceux-ci.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

- L'arbitre pèse le pour et le contre dans une perspective d'intérêt public, et décide au cas par cas si un renseignement est susceptible d'être divulgué, en tout ou en partie : un mécanisme judiciaire objectif de divulgation est à l'œuvre;

La thèse de la divulgation intégrale

Pour les tenants de cette approche, il est inadmissible que les parties ne soient pas sur un pied d'égalité en termes d'accès au débat contradictoire, c'est-à-dire de pouvoir plaider l'ensemble des faits et du droit en jouissant de la divulgation de l'intégralité du matériel sous-jacent à la procédure. Le droit criminel fait office d'étalon de mesure de l'équité de la procédure : si une information ne peut être divulguée, alors elle sera inutilisable par le juge des faits quant au fond du litige. Ce serait le cas d'une information qui relèverait d'un privilège, tel celui de l'informateur de police par exemple. De plus, même les faits assujettis à un privilège peuvent être rendus publics dans certaines circonstances, lorsque les conditions déclenchant le privilège n'existent plus ou qu'une exception à celui-ci entre en jeu.

A ce jour, cette approche n'a guère reçu l'assentiment des tribunaux. Deux principaux arguments s'y opposent. D'abord, l'État a la responsabilité première et générale de protéger la société dans son ensemble contre les menaces à la sécurité de celle-ci. Plus particulièrement, il n'est pas contesté que les renseignements sensibles relevant de la sécurité nationale doivent être protégés. Dans une revue de la jurisprudence à ce sujet, monsieur le juge Noël, dans l'affaire *Harkat* (constitutionnalité du régime des avocats spéciaux)⁸, a souligné la constance des décisions sur le sujet : de l'arrêt *Chiarelli*⁹ à l'arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême a maintes fois souligné l'importance, la validité et la légitimité de protéger les secrets d'État¹⁰. Plus récemment, la Cour a confirmé ce paradigme à deux autres reprises.¹¹

Ensuite, le droit criminel ne constitue pas le passage obligé de toute analyse concernant l'usage de matériel confidentiel. L'arrêt *Charkaoui I*, de même que le second arrêt *Charkaoui*¹² établissent clairement que les distinctions entre les domaines de droit ne sont pas suffisantes pour tirer des conclusions finales relativement aux questions en litige dans ces arrêts. Au contraire, l'analyse proposée par la Cour est celle de l'application de l'article 7 de la *Charte* selon un *continuum* variable selon le contexte du litige. Il s'ensuit

⁸ *Re Harkat*, 2010 CF 1242, par. 125 et s.

⁹ *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711.

¹⁰ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385.

¹¹ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel*, [2004] 2 R.C.S. 248 et *R. c. Ahmad*, [2011] 1 R.C.S. 110.

¹² *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326 (ci-après *Charkaoui II*).

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

que, dans l'état actuel du droit, une procédure peut comporter une portion à huis-clos et une portion publique de même qu'une divulgation publique restreinte, et se conformer néanmoins à l'article 7. Comme nous le verrons, cette approche est valide même en droit criminel.¹³

La thèse du secret absolu

Une autre approche consiste à refuser tout compromis quant à la divulgation publique de renseignements à l'égard desquels l'État prétend à la confidentialité. Lorsque le secret fait irruption d'une manière substantielle dans une procédure, le litige sous-jacent peut devenir simplement non justiciable. Deux exemples soutiennent ce qui précède, l'un américain et l'autre britannique.

Le droit américain comprend, sous le vocable de la « doctrine des secrets d'État »¹⁴, deux mécanismes qui, enclenchés, mènent au rejet pur et simple de la procédure qui se fonde sur du matériel secret. Le premier mécanisme est « l'interdiction de type *Totten* »¹⁵ : il postule que lorsque l'objet du litige civil est un secret d'État, le litige tout entier devient automatiquement irrecevable avant même que le fond de l'affaire ne soit examiné. Cette interdiction survient suite à une décision préliminaire de la Cour qui constate le bien-fondé de cette prémisse. L'interdiction de type *Totten* semble s'appliquer également en matière criminelle, quoique sa portée soit plus limitée.

Le second mécanisme est lié au droit de la preuve : il s'agit du « privilège de type *Reynolds* ».¹⁶ Ce privilège se fonde sur des exigences procédurales précises et oblige la Cour à se pencher, là encore, sur la question préliminaire de savoir si le privilège est correctement invoqué et, dans l'affirmative, si l'étendue de celui-ci doit mener au rejet de la procédure civile engagée par le demandeur.

Ce qui précède a été discuté avec force détail par la Cour d'appel des États-Unis dans une affaire de *Jeppesen*.¹⁷ Il s'agissait d'une poursuite civile contre une société privée d'aviation. Les cinq demandeurs prétendaient que celle-ci s'était rendue complice du gouvernement des États-Unis qui aurait eu recours à ses services, en toute connaissance de cause, afin de transporter des personnes détenues vers des lieux de torture secrets dans le cadre du prétendu programme controversé décrit dans le domaine public sous

¹³ Ahmad, précité.

¹⁴ *The State Secrets Doctrine*.

¹⁵ *The Totten Bar*.

¹⁶ *The Reynolds Privilege*.

¹⁷ *Binyam Mohammed et al. c. Jeppesen Dataplan inc.*, 614 F 3d. 1070 (9th Cir. 2010). Dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Almalki et al.*, 2010 FC 1106, par. 55 (ci-après *Almalki*), monsieur le juge Mosley cite également *Arar c. Ashcroft*, 585 F 3d. 559 (2nd Cir. 2009), certiorari refusé par la Cour suprême des États-Unis à 130 S. Ct. 3409 (2010).

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

l'expression « renvoi extraordinaire ». La Cour d'appel du neuvième circuit a conclu que la doctrine des secrets d'État s'appliquait à cette instance civile et qu'il n'était pas nécessaire de se pencher sur la question de savoir si l'interdiction de type *Totten* était bel et bien applicable puisque le privilège de type *Reynolds* était suffisamment prononcé pour mener au nécessaire rejet intégral de l'action.

L'exemple britannique mène au même résultat. Dans l'affaire récente *Al Rawi*, précitée, des demandeurs poursuivaient civilement le service de sécurité britannique ainsi que d'autres organes du gouvernement pour leur complicité alléguée dans leur détention et mauvais traitements à la prison américaine de la base navale de Guantanamo. Nous reviendrons plus loin sur cette affaire. Dans le cadre de l'analyse des questions en litige, la Cour suprême du Royaume-Uni a fait référence à l'arrêt *Carnduff c. Rock*,¹⁸ qui posait le problème suivant : un informateur de police souhaitait poursuivre civilement le service de police pour bris d'obligations contractuelles liant les parties. La Cour d'appel a purement et simplement refusé que l'action civile puisse suivre son cours au motif que les faits sous-jacents devaient demeurer secrets. Elle concluait en ces termes : *But a case which can only be justly tried if one side holds up its hands cannot, in truth, be justly tried at all.*¹⁹ Ainsi, puisqu'il serait injuste qu'une partie demeure aveugle relativement aux faits en litige, il serait alors préférable que le litige soit simplement non justiciable.

Le lecteur aura remarqué que les affaires américaine et britannique traitaient de poursuites civiles, bien qu'un commentaire de la Cour d'appel des États-Unis réfère explicitement aux affaires criminelles. Si l'on appliquait cette notion de non justiciabilité des litiges impliquant du matériel secret aux procédures initiées par l'État (par opposition aux procédures – civiles – initiées par des particuliers), on se retrouverait promptement au sein de la première hypothèse discutée plus haut, soit un système de divulgation totale ou l'abandon des procédures.

Or, nous avons vu que telle n'est pas la tendance constante et marquée que suit la jurisprudence et le législateur canadiens à l'effet que l'État a un intérêt légitime dans la protection de certains types d'information et peut, dans certains cas, s'en servir au fond dans le cadre de procédures judiciaires visant des personnes.

La solution de compromis : le mécanisme de divulgation sous supervision judiciaire

L'exemple classique de cette approche réside dans le processus décrit par le Parlement à l'article 38 de la *Loi sur la preuve*.²⁰ Nous y reviendrons plus bas. Il s'agit d'un système

¹⁸ [2001] EWCA Civ 680, [2001] 1 WLR 1786, *in cit.* *Al Rawi*, précité, par. 15.

¹⁹ *Id.*

²⁰ L.R.C. 1985, ch. C-5.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

permettant à un juge désigné de la Cour fédérale de mettre en équilibre l'intérêt public dans le secret ou, au contraire, dans la divulgation d'une information pour laquelle le procureur général réclame la non divulgation. Le résultat de cette mise en équilibre dictera le maintien du secret ou sa divulgation, en tout ou en partie, sous une forme ou sous une autre.

Comme le souligne monsieur le juge Mosley dans l'affaire *Almalki*, le mécanisme de divulgation sous supervision judiciaire est passé, en common law, d'une position de secret absolu en faveur de l'État à un examen judiciaire détaillé de l'information sujette à l'arbitrage de la Cour.²¹

La divulgation judiciaire dont il s'agit ici s'entend d'une alternative bien encadrée à la décision unilatérale de l'État de soustraire des renseignements au public et à la personne intéressée selon la procédure en cause, et non pas d'une juridiction absolue ou d'un simple pouvoir discrétionnaire de passer tout simplement outre à la confidentialité d'un secret d'État.

Ainsi, en vertu de la LIPR, et contrairement à l'article 38 de la *Loi sur la preuve*, le juge désigné chargé de trancher la raisonnable d'un certificat de sécurité, n'a pas le pouvoir de rendre publics des renseignements – même essentiels pour l'intéressé – qui relèvent de la sécurité nationale. En effet, si un renseignement porte atteinte à la sécurité nationale, il doit rester confidentiel. Une divulgation n'est possible que si la Cour détermine que le renseignement, à titre de question mixte de droit et de fait, ne porte pas atteinte à la sécurité nationale.²² Cependant, la Cour peut fournir à l'intéressé des résumés neutres qui sont suffisamment informatifs pour compenser l'absence de divulgation de l'information brute.²³ Un autre exemple de divulgation judiciaire est l'article 38 puisque l'objet même de cette procédure est de pondérer des intérêts opposés, pondération qui peut ainsi mener à la divulgation « contrôlée » de secrets.

Manifestement, l'approche voulant que la Cour ait un rôle déterminant à jouer dans l'adjudication de la divulgation publique de matériel secret (ou suffisamment neutralisé) qui fait l'objet du litige est celle qui est retenue en droit canadien, comme nous le verrons sous peu. Selon le régime administratif propre à chacune des mesures que nous survolerons, la question fondamentale de la divulgation variera selon les exigences de l'article 7 de la *Charte* ou des principes de justice naturelle et des obligations d'équité qui incombent à l'État dans son rapport avec le justiciable.

²¹ *Almalki*, précité, par. 51 et s., 58.

²² *Re Harkat*, précité, par. 144 et s.

²³ *Id.* Voir aussi *Re Charkaoui*, 2009 CF 476, par. 5.

En discutant des trois hypothèses mentionnées plus haut, nous avons naturellement mis l'accent sur la divulgation de la preuve. Nous postulons cependant que celle-ci est intrinsèquement liée au second paramètre du processus adversaire : le débat contradictoire. Ce postulat repose sur le raisonnement suivant : la présence, à huis-clos, d'un adversaire de l'État permet un débat contradictoire sur la nature, qualité et quantité de la divulgation publique de la preuve. C'est pourquoi, selon nous, la question de la divulgation publique de la preuve doit être analysée en conjonction avec l'existence d'un débat contradictoire sur les faits et le droit, aussi bien en public qu'à huis-clos.

L'article 38 étant l'élément principal de la législation canadienne en la matière, il est logique de l'aborder en premier lieu.

3. L'article 38 de la Loi sur la preuve

Dans le cadre forcément limité de ce texte, nous traiterons successivement de trois aspects de ce régime législatif sous divers intertitres : son cadre général et les critères applicables à la pondération judiciaire, les décisions récentes quant à sa constitutionnalité et les débats d'intérêt qui ont cours au Royaume-Uni.

Présentation générale et critères applicables

L'article 38 est un code complexe et exhaustif. Le décrire sommairement est une tâche ardue, tâche à laquelle la Cour suprême s'est récemment astreinte dans l'affaire *Ahmad*. Pour en donner un aperçu utile au lecteur, nous paraphraserons simplement le résumé qu'en a fait la Cour :²⁴

- L'article 38 vise à protéger les renseignements protégés en lien avec la défense, la sécurité nationale ou les relations internationales;
- Les participants à une instance doivent aviser le procureur général du Canada de la divulgation de ce type d'information;
- Le procureur général peut prendre une décision autorisant la divulgation aux conditions qu'il estime indiquées;
- A défaut, la Cour fédérale a compétence sur cette question;
- Le juge désigné de la Cour fédérale doit déterminer si une audience doit être tenue et qui sont les personnes intéressées qui doivent en être avisées;
- Le juge désigné pondère l'intérêt public dans le secret par opposition à l'intérêt public dans la divulgation et prend une décision à ce sujet, incluant les modalités de toute divulgation proposée;

²⁴ *Ahmad*, par. 16 à 26.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

- Toute preuve utile et digne de foi est admissible, même si elle serait autrement inadmissible en droit;
- Le procureur général dispose du pouvoir de s'ingérer exclusivement dans toute poursuite qui met en cause la divulgation possible de ce type de renseignement;
- Le procureur général dispose du pouvoir d'interdire la divulgation de renseignements qui ont pourtant fait l'objet d'une ordonnance de divulgation par le juge désigné, sous réserve d'un pouvoir limité de révision par la Cour d'appel fédérale;
- Le juge saisi du procès criminel (par opposition au juge désigné) a le pouvoir d'ordonner une mesure de réparation afin de protéger l'équité du procès en cas de non divulgation de renseignements pertinents par le juge désigné. Ces mesures de réparation vont de toute ordonnance pour sauvegarder le droit de l'accusé à un procès équitable, incluant l'annulation de certains chefs d'accusation et l'arrêt final des procédures.

La grille d'analyse qui doit guider le juge désigné a été décrite et depuis appliquée dans l'arrêt *Ribic*.²⁵ Simplement, le juge désigné doit évaluer la pertinence du renseignement à l'égard duquel le procureur général réclame la non divulgation, puis le préjudice qu'une divulgation entraînerait pour les défense nationale, sécurité nationale et relations internationales et enfin, si l'intérêt public dans la divulgation l'emporte sur l'intérêt public dans la non divulgation.

Comme le lecteur s'en doute bien, cette approche a donné naissance à une jurisprudence dense quoique peu nombreuse. Cependant, les deux décisions les plus récentes procèdent à une analyse exhaustive de tous les critères et de toutes les questions sous-jacentes et incidentes d'intérêt. Ces deux arrêts sont *Almalki* et *Ahmad*, précités.²⁶ Nous survolerons ces trois aspects constituant ce qu'il convient d'appeler « le test de l'arrêt *Ribic* ».

La pertinence

La pertinence est une notion juridique bien connue et souvent sujette à d'âpres débats. Dans le cadre du test de l'arrêt *Ribic*, la définition donnée à la pertinence variera en fonction du litige sous-jacent.

Ainsi, si le litige sous-jacent est un procès criminel, la pertinence des renseignements soumis au juge désigné obéira aux critères développés en matière de divulgation de la preuve dans les procédures pénales. Conformément aux arrêts *Stinchcombe*, *Chaplin* et

²⁵ *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 FCT 10, confirmé en appel à 2003 FCA 246 (ci-après *Ribic*).

²⁶ L'arrêt *Almalki* a fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel fédérale dont le jugé ne remet pas en question la teneur de notre propos : 2011 FCA 199.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

de nombreux autres²⁷, ce qui est raisonnablement utile à l'accusé pour lui permettre de présenter une défense pleine et entière remplira ainsi le critère de la pertinence sous le test de l'arrêt *Ribic*.

Dans l'hypothèse où le litige sous-jacent est un procès civil, le critère de la pertinence sous le test de l'arrêt *Ribic* sera celui applicable à la divulgation dans les affaires civiles. Monsieur le juge Mosley, dans *Almalki*, souligne à titre d'exemple qu'en matière civile fédérale, la pertinence est décrite ainsi :

In the Federal Court, information is relevant for discovery purposes if it may reasonably be useful to the party seeking production to advance its case or undermine that of the opposing party or may fairly lead to a “train of inquiry” that may have either of these two consequences.²⁸

En droit civil québécois, nous référons le lecteur à l'article 2857 du Code civil, de même qu'à divers commentaires de la Cour d'appel du Québec sur le sujet.²⁹

Ainsi que le suggère l'extrait précédent, la pertinence ne joue pas qu'en faveur de la partie qui est privée des renseignements dont elle exige la production. En effet, un document à l'égard duquel l'État réclame la confidentialité peut lui être favorable dans le litige sous-jacent, en ce sens qu'il peut l'exonérer des reproches formulés par le demandeur³⁰, voire l'accusé.

Le préjudice à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales

Il s'agit de trois concepts distincts qui convergent cependant vers une valeur commune, soit la protection de l'État et de la société. La notion de sécurité nationale a été souvent discutée dans le contexte des certificats de sécurité en vertu de la LIPR. Elle se résume par la préservation du mode de vie canadien, ce qui inclut la protection des personnes, des institutions et des libertés au Canada.³¹ Cette définition se rapproche également de

²⁷ *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727. Voir également le récent arrêt *R. c. McNeil*, [2009] 1 R.C.S. 66.

²⁸ *Almalki*, par. 61. Le juge Mosley réfère à l'article 222(2) des Règles des cours fédérales et à la décision de *Apotex inc. c. Canada*, (2005), 41 C.P.R. (4th) 97, 2005 FCA 217.

²⁹ *Association des propriétaires de boisés de la Beauce c. Le Monde forestier*, EYB 2009-153015 (C.A.). Cette décision semble également invoquer le principe de proportionnalité en lien avec la notion de pertinence. Le principe de proportionnalité est décrit aux articles 4.1 et 4.2 du Code de procédure civile du Québec.

³⁰ *Abou-Elmaati c. Procureur général*, 2010 ONSC 2055 (CanLII), renversé pour d'autres motifs par la Cour d'appel de l'Ontario à 2011 ONCA 95 (CanLII).

³¹ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, par. 68.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

celle avancée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh* relativement à la notion de « danger pour la sécurité du Canada », soit une menace grave, sérieuse, non négligeable à l'endroit du Canada, étayée par la preuve sur la foi de soupçons objectivement raisonnables.³²

Tout aussi proche est la notion de défense nationale. Elle intègre, en plus de la protection des idéaux et valeurs nationaux d'un pays, la protection contre les ennemis de ceux-ci.³³

Le préjudice aux relations internationales s'exprime par la protection des échanges libres et francs entre diplomates que ceux-ci soient canadiens ou agissant pour le compte de puissances étrangères.³⁴

D'une manière générale, ce qui appartient au domaine public fait l'objet d'une présomption réfragable à l'effet qu'aucun préjudice ne peut découler de sa divulgation. Conséquemment, l'information publique doit échapper au test de l'arrêt *Ribic*. Cette prémisse n'est pas toujours vraie. Certaines circonstances peuvent forcer l'existence d'un préjudice même si l'information existe dans le domaine public. Monsieur le juge Noël, dans l'affaire *Arar*, en donne quelques exemples. Ainsi, seule une partie de l'information pertinente peut être dans le domaine public, cette information peut ne pas avoir une grande diffusion dans le domaine public, la véracité d'une information publique peut ne pas pouvoir être infirmée ni confirmée ou encore, une information peut s'être retrouvée dans le domaine public par inadvertance.³⁵

Quant aux questions entourant la déférence de la Cour à l'égard de l'exécutif, la jurisprudence entourant l'article 38 est à l'effet que celui-ci dispose d'une grande expertise en matière de sécurité nationale, défense nationale et relations internationales. Cela n'est que logique puisqu'il s'agit de missions fondamentales de l'État. Si une grande expertise lui est reconnue, il en découle que la Cour doit accorder un poids considérable à l'opinion du procureur général quant à l'existence et à l'ampleur du préjudice qu'il allègue afin de protéger les renseignements contre la divulgation. Cependant, cela ne signifie pas que la Cour doive abdiquer son rôle fondamental d'arbitrer la nécessité ou non de divulguer l'information litigieuse. En effet, une preuve factuelle doit être avancée par l'État au soutien de ses prétentions car une simple affirmation de préjudice ne saurait suffire.³⁶

³² *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 90.

³³ *Almalki*, citant *Arar*, par. 77.

³⁴ *Id.*, par. 80.

³⁵ *Id.*, par. 82.

³⁶ *Id.*, par. 70 et s.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

Plus prosaïquement, il a été décidé que certaines catégories de préjudice définissent un tant soit plus ces notions. Ces catégories de préjudice discutées dans le cadre de la jurisprudence entourant l'article 38 de la *Loi sur la preuve* recourent clairement des notions identiques que l'on retrouve dans la jurisprudence touchant aux certificats de sécurité.³⁷ Nous regroupons sommairement ces catégories ainsi :

- *L'effet mosaïque* : l'effet mosaïque est la conséquence de l'addition d'éléments factuels circonstanciels en apparence neutres. Il en résulte un tableau d'ensemble qui fournirait de précieux renseignements au lecteur informé. Discuté par les auteurs³⁸ et repris par la jurisprudence, cette notion n'est pas sans soulever circonspection et critiques.³⁹ Quoiqu'il en soit, l'état du droit actuel sur l'effet mosaïque est qu'une simple affirmation en ce sens est insuffisante. Une preuve doit être élaborée afin d'en démontrer la validité dans un cas donné. L'effet inverse doit être gardé à l'esprit : caviarder des portions d'un document qui rendrait son interprétation erronée n'est pas plus acceptable.⁴⁰
- *Cibles et évolution des enquêtes de sécurité* : cette catégorie parle d'elle-même. Des cibles d'enquêtes de sécurité, mises au parfum de l'intérêt de l'État relativement à leurs activités, seraient ainsi alertées causant alors préjudice à la sécurité nationale et à la défense nationale.
- *Méthodes d'enquête* : cette rubrique obéit à la même logique que la précédente. A noter que le privilège statutaire d'intérêt public prévu à l'article 37 de la *Loi sur la preuve* peut très bien coexister avec cette catégorie de préjudice relevant cependant de l'article 38.⁴¹
- *Règle des tiers* : comme il est répété régulièrement dans la jurisprudence, le Canada est un importateur net de renseignements. Il doit donc compter sur ses partenaires et alliés dans l'esprit d'un partage de renseignements. En bref, la règle des tiers prévoit que l'État récipiendaire du renseignement ne peut en dévoiler le contenu sans l'approbation de l'État fournisseur du renseignement. En ce sens, il s'agit d'une catégorie de préjudice d'un poids considérable. La règle des tiers s'applique même à l'égard d'États dont la réputation en matière de droit de la personne est douteuse. Elle peut ainsi entrer en conflit avec les instruments de droit international public, tel la *Convention contre la torture et autres peines ou*

³⁷ Voir à ce sujet la décision de monsieur le juge Noël dans l'affaire *Harkat*, précitée, par. 99 et s.

³⁸ Craig FORCESE, « National Security Law », Irwin Law, Toronto, 2008, pp. 419-420.

³⁹ *Almalki*, par. 115 et s.

⁴⁰ *Id.*, par. 119.

⁴¹ *Id.*, par. 127.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

*traitements cruels, inhumains ou dégradants.*⁴² En tout état de cause, la règle des tiers, si importante soit elle, est un facteur qui entre dans l'analyse globale que le juge désigné doit entreprendre en vertu du test de l'arrêt *Ribic*.⁴³ Parmi les méthodes qui permettent de limiter le préjudice découlant de cette rubrique, le juge désigné peut neutraliser l'information litigieuse en divulguant ce qui peut l'être tout en sauvegardant l'origine de l'information, protégeant ainsi l'objet et l'effet voulus de la règle des tiers.⁴⁴

- *Information dite administrative* : cette rubrique vise à protéger le nom des employés qui œuvrent au sein de l'appareil sécuritaire de l'État, de même que la méthodologie entourant la collecte de renseignements.
- *Sources humaines* : lorsque des renseignements proviennent de sources humaines, la divulgation d'information qui permettrait de découvrir leur identité constitue sans nul doute un préjudice en vertu de l'article 38. Il s'agit, comme dans le cas de la règle des tiers, d'une justification importante à la non divulgation. Deux difficultés demeurent cependant quant à ce problème selon l'état actuel du droit. La première est celle de savoir quels sont les critères qui déterminent qui et comment une source d'information devient une source humaine appartenant à la catégorie sous étude. Dans l'affaire *Harkat*, le juge Noël avait étendu le privilège bien connu de l'informateur de police à une source humaine de renseignement.⁴⁵ Dans les affaires de certificat de sécurité, madame la juge Tremblay-Lamer a décidé que les privilèges reconnus en droit étaient maintenus, et ce tant à l'égard de l'intéressé (en public) qu'à l'endroit des avocats spéciaux (à huis-clos).⁴⁶ La seconde difficulté, intimement liée à la première, se rapporte à l'existence même d'un tel privilège en droit et à ses limites. En effet, le juge Noël a certifié une question portant sur cette question aux fins de l'appel à la Cour d'appel fédérale.⁴⁷ Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale, dans *Almalki*, a refusé de voir dans le privilège de l'informateur de police une norme qui s'étendait, à titre de privilège générique,⁴⁸ à la source humaine de renseignement, laissant le soin de trancher ces questions au cas par cas au juge désigné.⁴⁹

⁴² R.T. Can. 1987 no 36.

⁴³ *Almalki*, précité, par. 148. Soulignons ici un extrait particulièrement important de l'analyse de monsieur le juge Mosley sur cette question, au paragraphe 133 : *The third party rule is not a principle of law and it is not absolute. It cannot be used as a categorical ground of public interest immunity. Its application in each case must be scrutinized, and actual risk of harm to the national interest established.*

⁴⁴ *Id.*, par. 151 à 154.

⁴⁵ *Re Harkat*, 2009 CF 204.

⁴⁶ *Re Charkaoui*, 2009 CF 546.

⁴⁷ *Re Harkat*, 2011 CF 75.

⁴⁸ Le droit reconnaît trois types de privilège : le privilège de type constitutionnel (qui serait fondé sur la *Charte*), le privilège générique (rare et quasi-absolu lorsque ses prémisses sont établies, tels le privilège avocat-client et celui de l'informateur de police) et le privilège au cas par cas (fondé sur les circonstances

Maintenant que sont campées tant les notions de pertinence que celles de préjudice, comment le juge désigné doit-il pondérer l'intérêt public?

Les critères de la pondération judiciaire

Il à noter que le fardeau de la preuve, à cette dernière étape, repose sur les épaules de la partie qui soutient que la balance penche en faveur de la divulgation de l'information. Quant à la norme de preuve qui est associée à ce fardeau, elle dépendra, comme pour la pertinence, de la nature de l'affaire. Dans l'affaire *Almalki*, une affaire civile, monsieur le juge Mosley affirmait que la norme était celle du fait crucial aux prétentions de la partie qui réclamait la divulgation de l'information.⁵⁰ Cette norme avait déjà été ainsi décrite tant dans l'arrêt *Ribic* que dans une affaire de *Hijos*.⁵¹

A l'instar des critères descriptifs du préjudice, le processus de pondération peut être évalué à l'aide des outils suivants, décrits par monsieur le juge Noël dans l'affaire *Arar* :

Cela dit, aux fins de la présente instance, qui concerne l'application de l'article 38 de la LPC dans le contexte d'une commission d'enquête, j'ai dressé une liste non exhaustive de quelques facteurs qu'il convient d'évaluer et de mettre en balance pour savoir si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation :

- a) l'étendue du préjudice;
- b) la pertinence des renseignements expurgés pour la procédure dans laquelle ils seraient utilisés, ou les objectifs de l'organisme qui recherche la divulgation des renseignements;
- c) le point de savoir si les renseignements expurgés sont déjà connus du public et, dans l'affirmative, la manière dont les renseignements sont tombés dans le domaine public;
- d) l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires;
- e) l'importance des renseignements expurgés dans le contexte de la procédure d'origine;

de chaque cas). Pour une discussion à ce sujet, nous référons le lecteur aux arrêts *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592 et *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477.

⁴⁹ *Almalki*, précité, par. 10 et s.

⁵⁰ *Almalki*, précité, par. 173.

⁵¹ *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 FCA 470, *in cit. Almalki, id.*

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

f) le point de savoir s'il y a des intérêts supérieurs en jeu, par exemple les droits de la personne, le droit de présenter une défense pleine et entière dans le contexte criminel, etc.;

g) le point de savoir si les renseignements expurgés se rapportent aux recommandations d'une commission et, dans l'affirmative, si les renseignements sont importants pour une bonne compréhension desdites recommandations.⁵²

Avant de conclure cet intertitre, nous croyons essentiel de souligner que l'exercice auquel se livre le juge désigné constitue un pouvoir discrétaire.⁵³ Cette affirmation montre bien la nature souple de cet exercice, de même que ses modalités de révision en appel.⁵⁴

Le test de l'arrêt Ribic et l'article 7 de la Charte

Dans l'affaire *Almalki* – une poursuite civile contre le gouvernement du Canada – monsieur le juge Mosley a procédé, ainsi que nous l'avons vu, à une revue exhaustive de la jurisprudence applicable au test de l'arrêt *Ribic*. Cependant, l'article 7 n'était pas en cause dans le cadre de la procédure initiée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*, bien qu'il pût être invoqué à titre de fondement de responsabilité civile dans le cadre de l'instance sous-jacente.⁵⁵

Les paramètres de l'analyse varient-ils si l'instance sous-jacente fait intervenir l'article 7 de la *Charte*?

Contrairement à l'affaire civile plus haut mentionnée, deux procédures de ce type viennent à l'esprit : un procès criminel et un certificat de sécurité. Il est de jurisprudence constante que le droit criminel fait intervenir l'article 7 puisque l'issue du procès pénal peut mener à l'emprisonnement de l'accusé ou, du moins, à une sanction pénale significative. Le certificat de sécurité, une procédure d'exception prise en vertu de la LIPR, fait également intervenir l'article 7 compte tenu de la détention – qui peut être indéfinie – ou encore la stigmatisation de l'intéressé à titre de terroriste, ce qui peut porter atteinte à sa liberté ou à sa sécurité de diverses manières, incluant en cas d'expulsion vers un pays d'origine qui pratique la torture.⁵⁶ Bien que les procédures en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* et celles relatives aux certificats de sécurité en vertu de la LIPR ne s'entrecroisent pas, certaines notions juridiques peuvent permettre de tisser des liens communs.

⁵² *Arar*, précité, par. 98.

⁵³ *Ahmad*, précité, par. 45.

⁵⁴ *Almalki*, Cour d'appel fédérale, précité.

⁵⁵ *Abou-Elmaati c. Procureur général*, 2010 ONSC 2055 (CanLII), renversé pour d'autres motifs par la Cour d'appel de l'Ontario à 2011 ONCA 95 (CanLII).

⁵⁶ *Charkaoui I*, précité, par. 12 à 18.

Il appert qu'une procédure sous-jacente a un impact sur les trois branches d'analyse proposées par l'arrêt *Ribic*.

- *Pertinence* : comme nous l'avons vu plus haut, le seuil de pertinence varie en fonction de la norme de divulgation propre à la nature du litige. En matière criminelle, ce seuil est franchi plus aisément qu'en matière civile. Il est possible d'en inférer que chaque fois qu'une procédure sous-jacente fait intervenir l'article 7 de la *Charte*, la norme de pertinence en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* sera plus basse que dans le cas contraire. Cette position, soumettons-nous, trouve un support considérable dans l'analyse opérée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui II*.⁵⁷
- *Préjudice* : une des rubriques illustrant le préjudice est celle de l'information en provenance d'agences ou d'États étrangers, information soumise à la règle des tiers. Peut-on prétendre que le procureur général a l'obligation positive d'entreprendre des démarches auprès des agences tierces afin d'obtenir la levée de l'interdiction et de pouvoir ainsi divulguer l'information, en tout ou en partie? La réponse à cette question réside précisément dans l'application ou non de l'article 7 à la procédure sous-jacente. Ainsi, dans l'affaire *Khawaja* – une procédure en vertu de l'article 38 dont le litige sous-jacent était une poursuite criminelle – la Cour fédérale a conclu que le procureur général avait une telle obligation.⁵⁸ De même, dans l'affaire *Charkaoui*, madame la juge Tremblay-Lamer a conclu, dans le cadre d'un certificat de sécurité faisant intervenir l'article 7 de la *Charte*, qu'une telle obligation incombait également aux ministres signataires du certificat de sécurité. Nous pouvons donc tenter une affirmation plus générale à l'effet que l'article 7 de la *Charte*, si applicable à la procédure sous-jacente, aura un impact sur l'analyse du préjudice dans le cadre de la procédure de l'article 38.
- *La pondération* : parmi les facteurs cités plus haut et analysés par monsieur le juge Noël dans *Arar*, on retrouve, à l'alinéa (f) le critère des intérêts supérieurs en lien avec des questions de droits de la personne, incluant le droit de présenter une défense pleine et entière prescrit par la *Charte*. Ainsi, une conclusion positive relativement à l'application de l'article 7 au litige sous-jacent influencera

⁵⁷ Pour plus de commodité, nous reproduisons ici le paragraphe 58 de cet arrêt, précité : *Dans le contexte de l'information fournie aux ministres et au juge désigné, l'application des facteurs étudiés dans Suresh confirme la nécessité d'un droit élargi à l'équité procédurale, qui impose la divulgation de la preuve, dans le cadre des procédures reliées à l'évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité et à sa mise en œuvre. Comme nous l'avons rappelé plus haut, en plaçant la personne dans un état de vulnérabilité critique vis-à-vis de l'État, ces procédures entraînent potentiellement des conséquences graves pour elle.*

⁵⁸ *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490. Voir les commentaires du juge Mosley dans *Almalki*, précité, aux paragraphes 138 et s.

également la pondération des intérêts opposés par le juge désigné lors de l'analyse finale.

Avant de conclure sur cet aspect, il vaut de rapporter un *obiter dictum* de la Cour d'appel fédérale relativement aux liens entre l'article 7 et l'article 38. Dans *Almalki*, madame la juge Layden-Stevenson devait se prononcer sur l'à-propos de nommer un *amicus* dans le cadre d'un appel logé à l'encontre d'une décision rendue par un juge désigné dans le cadre de l'article 38. Elle affirmait : *In any event, the ex parte proceeding under the section 38 scheme is general in nature and does not engage liberty interests although the product of the proceeding may do so.*⁵⁹

Le processus adversaire

Jusqu'à présent, nous avons discuté des modalités entourant la divulgation – ou la non divulgation – de renseignements dans le cadre de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*. Cependant, la prémisse de cette discussion porte tant sur les mécanismes de divulgation que sur le caractère adversaire de la procédure sous étude.

L'article 38 permet, sur les plans théorique et pratique, deux procédures parallèles. La partie non gouvernementale dans le litige sous-jacent est représentée par avocat. Elle peut donc, dans le cadre de la procédure prévue à l'article 38, plaider les faits et le droit en audience publique. Évidemment, l'article 38 prévoit une audience *ex parte in camera*. La partie non gouvernementale est donc exclue de l'audience qui se tient à huis-clos et, conséquemment, n'a pas accès à la preuve qui fait l'objet même de l'examen judiciaire.

En matière de certificats de sécurité, un système formellement similaire existe également. L'intéressé, représenté par avocat, a l'occasion de plaider les faits et le droit en audience publique, soutenu en cela par la divulgation de renseignements qui, en vertu de la LIPR, ne portent pas atteinte à la sécurité nationale. Une audience *ex parte in camera* se tient pour les renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale, de laquelle sont exclus l'intéressé et son avocat. Or, nous avons vu que puisque les certificats de sécurité font entrer en jeu l'article 7 de la *Charte*, la Cour suprême a conclu que ce processus était inconstitutionnel à l'occasion de son arrêt *Charkaoui I*. Le remède proposé par la Cour et adopté subséquemment par le Parlement a été la création de l'institution de l'avocat spécial chargé de la défense des intérêts de la personne visée par les procédures dans la partie *ex parte in camera*. Dans la mesure proposée par la LIPR, le processus adversaire était donc rétabli. Dans un premier certificat de sécurité, la Cour a conclu que ce système avait fonctionné adéquatement.⁶⁰ Dans un second certificat de

⁵⁹ *Almalki*, 2011 FCA 54, par. 23.

⁶⁰ *Re Almrei*, 2009 CF 1263, monsieur le juge Mosley.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

sécurité, la Cour s'est penchée précisément sur la constitutionnalité des dispositions de la LIPR relativement à l'avocat spécial et a conclu que le régime était constitutionnel.⁶¹

Une telle approche est-elle applicable aux procédures en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*? La Cour fédérale a le pouvoir ancillaire et discrétionnaire de nommer un *amicus curiae* afin de l'assister dans la mise en œuvre du test de l'arrêt *Ribic*. Dans l'affaire *Almalki*, monsieur le juge Mosley a rendu une ordonnance nommant deux *amici curiae* afin de l'assister dans l'analyse des trois étapes de l'arrêt *Ribic* à l'égard de l'information à laquelle s'objectait le procureur général.⁶² Dans la même ordonnance, la Cour a précisé que les *amici* avaient le loisir de contre-interroger les témoins du procureur général dans la portion à huis-clos de la procédure, de même que de présenter des arguments verbalement et par écrit. Le procureur général se voyait également octroyé le droit de répondre aux arguments des *amici*. Il est possible de voir, dans cette approche, un rôle adversaire dévolu aux amis de la Cour lors de la portion secrète de la procédure tenue en vertu de l'article 38.⁶³

La Cour d'appel fédérale a similairement eu à se prononcer sur la nomination d'un *amicus* dans le cadre de l'appel logé par le procureur général dans l'affaire *Almalki*. Madame la juge Layden-Stevenson a souligné l'importance du processus adversaire à huis-clos, mais a conclu qu'une telle exigence était insuffisante en soi pour procéder à la nomination d'un *amicus*.⁶⁴ Le critère est plutôt celui de la nécessité d'assister la Cour afin que celle-ci exerce pleinement la juridiction qui lui est conférée par la loi. L'extrait suivant indique bien les paramètres variables de ce rôle :

It is clear that courts have appointed an *amicus curiae* to represent the interests of a particular person or party. The evolution and flexibility of the role of the *amicus curiae* has been canvassed by Durno J. in *R. v. Cairnus* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13 (Ont. Sup. Ct. J.). However, regard must always be had to context. When it is deemed necessary to appoint an *amicus curiae*, the nature of the role may vary. The needs of a designated judge may not be identical to those of an appellate court. The role must be prescribed accordingly. It will be important not to run afoul of the statements in paragraphs 132 and 135 of *Khawaja*. In my view, the role of an *amicus curiae* (if necessity is found) before this Court, on an appeal from a designated judge's judgment under subsection 38.09(1) of the Act, is to assist the Court. It is not to represent the respondents' interests (Nous soulignons).⁶⁵

⁶¹ *Re Harkat* (constitutionnalité du régime), 2010 CF 1242, monsieur le juge Noël.

⁶² Ordonnance publique du juge Mosley, non rapportée, 26 mars 2010, DES-1-10.

⁶³ Une ordonnance publique selon les mêmes termes a été rendue dans une autre affaire non rapportée : *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 10 novembre 2010, DES-2-10, monsieur le juge de Montigny.

⁶⁴ *Almalki*, 2011 FCA 54.

⁶⁵ *Id.*, par. 21.

Monsieur le juge Noël, dans *Harkat* (constitutionnalité du régime), a abordé la question de la différence entre l'*amicus* et l'avocat spécial. Il affirme : *La LPC ne prévoit pas l'intervention d'avocats spéciaux comme ceux qui ont défendu les intérêts de M. Harkat suivant la LIPR. Des amici curiae sont intervenus dans certaines affaires dans lesquelles était suivie la LPC. Les intérêts de la personne visée ne sont pas aussi bien défendus par l'amicus curiae suivant la LPC que par l'avocat spécial suivant la LIPR.*⁶⁶

Ici encore, il est possible d'entrevoir le rôle complexe et multiple que peuvent jouer les avocats appelés à remplir un rôle adversaire à huis-clos, tout en ayant le rôle premier et fondamental d'assister la Cour à exercer pleinement sa juridiction.⁶⁷ Cela est également vrai en matière criminelle.⁶⁸

Enfin, la Cour suprême du Canada a commenté ces questions dans l'arrêt *Ahmad*. Elle a souligné l'importance et l'efficacité du rôle que peuvent jouer les *amici* dans le contexte des procédures en vertu de l'article 38. Quelques extraits sont plus éloquentes que toute tentative de paraphrase :

Dans certaines circonstances, le juge du procès pourrait conclure qu'il ne peut pas se prononcer sur la pertinence des renseignements visés par l'ordonnance de non-divulgaration sans les observations d'un avocat opposé à la poursuite. [...] Dans l'arrêt *Charkaoui*, nous avons analysé les avantages et certains désavantages du recours au système de représentant spécial utilisé dans d'autres contextes au Canada et (ultérieurement) au Royaume-Uni. Depuis, un régime d'avocats spéciaux a été établi dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Si le mécanisme de l'avocat spécial établi dans la *LIPR* a fait l'objet de nombreuses critiques dont nous ne minimisons aucunement le poids, il n'en demeure pas moins que l'assistance d'un avocat spécial pourrait se révéler d'une très grande utilité (selon les circonstances) pour le juge qui préside le procès criminel et qui tente de déterminer l'effet de la

⁶⁶ *Re Harkat*, précité, par. 155.

⁶⁷ Bien que cela dépasse le cadre du présent texte, soulignons au passage un autre modèle discuté par monsieur le juge Noël dans une affaire de *Bronskill et Ministre du patrimoine canadien*, 2011 CF 983. Cette affaire visait une révision judiciaire d'un refus de communiquer des documents en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (un processus plus étendu qu'un contrôle judiciaire, voir par. 77) relativement à la vie de Thomas Douglas, l'homme politique canadien bien connu. Cette révision judiciaire entraînait un examen à huis-clos des documents ayant fait l'objet du refus pour certains motifs (certains obligatoires et d'autres discrétionnaires) prévus par le législateur. Le juge Noël a discuté de la nomination d'un « intervenant désintéressé », c'est-à-dire d'un *amicus*, afin d'assister la Cour dans cette tâche. En bref, il a conclu qu'une telle nomination n'était pas nécessaire dans le cadre du dossier sous examen, mais s'est montré d'opinion que la loi conférerait à la Cour le pouvoir d'y procéder. Nous référons le lecteur aux paragraphes 59 et suivants, de même qu'aux paragraphes 110 et suivants à ce sujet.

⁶⁸ Voir l'analyse exhaustive de cette question par la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *R. c. Cairenus*, (2008) 232 C.C.C. (3d) 13.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

non-divulgence ordonnée sous le régime de l'art. 38 sur ce que le par. 38.14(1) lui-même décrit comme la « prot[ection du] droit [. . .] à un procès équitable ».

[...]

Dans le rapport sur l'attentat d'Air India, l'honorable John C. Major, c.r. (le « commissaire »), a signalé que le régime établi par la *LIPR* « a donné lieu à la création d'un groupe d'avocats chevronnés ayant une habilitation de sécurité dans des poursuites mettant en cause des questions de confidentialité pour raisons de sécurité nationale » (vol. 3, p. 188) et a recommandé que ces avocats spéciaux soient autorisés à protéger les droits de l'accusé dans le cadre des demandes fondées sur l'art. 38. En arrivant à cette conclusion, le commissaire a souligné que le recours à des avocats spéciaux dans le cadre de procédures relatives à l'art. 38 bénéficiait d'un appui généralisé [...] et mentionnant également que la Cour fédérale a déjà nommé des *amici curiae* ayant l'habilitation de sécurité voulue pour l'aider dans des procédures fondées sur l'art. 38) (Nous soulignons).⁶⁹

La Cour a touché également un mot relativement à la possibilité de permettre aux avocats de la défense de jouer un tel rôle à huis-clos. Voici son opinion fort nuancée à ce sujet :

Certes, nous reconnaissons qu'en raison de sa souplesse procédurale le régime de l'art. 38 autorise la conclusion d'accords (tel celui intervenu entre la poursuite et la défense dans l'affaire *Malik* examinée plus haut) susceptibles de donner aux avocats de la défense accès aux renseignements visés par l'interdiction de divulgation, moyennant leur engagement de ne pas les divulguer à l'accusé. Toutefois, nous recommandons la prudence dans le recours à cette procédure. Dans *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, nous avons signalé que, même dans le cas où le client y a consenti, des accords de cette nature mettraient « à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s'établir entre eux et leurs clients accusés » (par. 45). Dans le pire des cas, ils pourraient placer les avocats en situation de conflit entre leur devoir de défendre au mieux les intérêts de leur client et celui de respecter leur engagement à l'égard des renseignements protégés, ce qui les obligerait à se retirer du dossier (par. 46).⁷⁰

Dans un arrêt récent, la Cour d'appel fédérale a analysé une situation particulière qui illustre l'utilité d'un *amicus* dans un contexte qui échappe, comme dans l'affaire *Bronskill*, précitée, à la *LIPR* et à l'article 38 de la *Loi sur la preuve*. Dans *Sellathurai*,⁷¹

⁶⁹ *Ahmad*, précité, par. 47 et 48. Il est intéressant de constater qu'un tel rôle pourrait également se tenir devant le juge de la procédure sous-jacente, et non nécessairement devant le juge désigné.

⁷⁰ *Id.*, par. 49.

⁷¹ *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2011 FCA 223.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

une révision judiciaire était en cours à l'encontre du refus d'un membre de la *Commission de l'immigration et du statut de réfugié* d'ajourner une affaire d'immigration. Cependant, une divulgation par inadvertance à l'avocat de l'intéressé de documents touchant à la sécurité nationale s'est produite dans le cadre du litige principal, soit une demande d'exemption ministérielle relative à l'inadmissibilité de l'intéressé au Canada. Le ministre a alors saisi la Cour fédérale d'une demande d'injonction afin d'obtenir le retour forcé des documents privilégiés. La Cour d'appel fédérale a conclu que la juge de la Cour fédérale possédait une telle juridiction en vertu de l'article 44 de la *Loi sur les cours fédérales*, et non en vertu de l'article 87 de la LIPR (la Cour fédérale n'était pas saisie du litige d'immigration au fond mais plutôt d'une demande de contrôle judiciaire d'un refus d'ajourner l'affaire) ou de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* (un mécanisme prospectif visant à empêcher une divulgation à venir et non réactif à une divulgation déjà avérée).

Dans le cadre de notre propos, le problème posé était le suivant : l'avocat de l'intéressé a pu prendre connaissance des documents secrets divulgués par inadvertance. Une fois ces documents retirés et remplacés par une version caviardée afin de sauvegarder la sécurité nationale, l'avocat de l'intéressé se trouvait dans une situation fort difficile pour plaider la cause de son client, ne pouvant désormais avancer des arguments fondés sur les informations à sa connaissance mais dont il ne pouvait faire état. Il s'agit d'une difficulté indirectement évoquée par la Cour suprême dans *Ahmad* (en lien avec l'arrêt *Basi*),⁷² avec la nuance que le conflit ne découle pas nécessairement de la relation entre l'avocat et le client, mais plus directement entre l'avocat et la Cour. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel fédérale a conclu qu'en raison de cette situation factuelle particulière, il était nécessaire que la juge de la Cour fédérale examinât la possibilité de nommer un *amicus* afin de faire valoir *ex parte* le point de vue de l'intéressé, celui-ci se trouvant dans l'impossibilité de le faire suite à l'ordonnance du retour forcé des documents au ministre.⁷³

Constitutionnalité et interprétation

Nous souhaitons ici ramener brièvement le lecteur aux considérations premières entourant la divulgation judiciaire de renseignements dans le cadre du régime législatif de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*. Tel que discuté plus haut, ce régime, dans le contexte sous-jacent d'une affaire criminelle, a été examiné par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ahmad*. Nous proposons ici quelques commentaires ciblés.

Le contexte de cette affaire est essentiel : un conflit a surgi entre la juridiction de la Cour supérieure provinciale chargée de l'instruction de l'affaire et de la protection des droits

⁷² Voir l'extrait précédent.

⁷³ *Sellathurai*, précité, par. 53 à 55.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

constitutionnels des accusés, et la protection des renseignements requise par le procureur général dans un contexte de divulgation de la preuve. Comment ce conflit a-t-il été résolu?

Au lieu de faire prévaloir un régime – voire une compétence juridictionnelle – sur l'autre, la Cour a plutôt réconcilié le pouvoir du juge du procès de garantir l'équité des procédures criminelles à l'endroit de l'accusé, le pouvoir de l'État de protéger l'information sensible et la juridiction spécialisée de la Cour fédérale en vertu de l'article 38. Ainsi interprété, le régime de l'article 38 est constitutionnel, contrairement à ce que le juge de la Cour supérieure avait conclu dans cette affaire.

Le point focal du raisonnement de la Cour tient dans le pouvoir discrétionnaire dévolu au procureur général. Comme nous l'avons vu plus haut, celui-ci a en tout temps le pouvoir de s'objecter à la divulgation de renseignements, mais il dispose également de la faculté d'y consentir. Ainsi, l'État doit faire un choix ultime entre l'usage et la rétention de renseignements dans le contexte d'un procès criminel. Quel que soit ce choix, l'équité du procès sera toujours sauvegardée puisqu'une divulgation suffisante respectera la *Charte* et qu'une réparation pouvant aller jusqu'à l'arrêt des procédures sanctionnera leur rétention si ceux-ci sont essentiels à l'équité du procès.⁷⁴ Interprété de cette manière, l'article 38 est, selon la Cour, bel et bien constitutionnel.

Il est à noter que la norme requise pour ordonner l'arrêt des procédures en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte* est extrêmement élevée. Elle constitue une mesure draconienne visant à sanctionner, en dernier recours, une atteinte irréparable aux droits constitutionnels de l'intéressé.⁷⁵ Or, l'arrêt des procédures susceptible de sanctionner l'atteinte à l'équité du procès en raison de la non divulgation d'information suite au test de l'arrêt *Ribic* est d'origine statutaire (art. 38.14 de la *Loi sur la preuve*) et non d'origine constitutionnelle. La Cour a ainsi explicitement affirmé que la norme requise pour ordonner un arrêt « statutaire » des procédures, dans ce contexte, n'avait pas à s'inspirer de la rigidité du modèle constitutionnel.⁷⁶

Comme les extraits précédents l'indiquent, le juge du procès n'a généralement pas accès aux renseignements examinés par le juge désigné sous le régime de l'article 38. Cependant, le juge désigné peut transmettre ces renseignements au juge du procès uniquement aux fins de déterminer l'impact de leur non divulgation sur l'équité des

⁷⁴ La même approche existe au Royaume-Uni en matière criminelle. Tel que discuté plus bas, la procédure équivalente est le privilège d'intérêt public (*Public Interest Immunity*) qui, lorsqu'appliqué à un procès criminel, place la Couronne devant le choix d'abandonner les procédures ou de consentir à la divulgation, si celle-ci est ordonnée par l'instance chargée d'instruire le privilège : *R. c. H.*, [2004] 2 AC 134, *in cit. Al Rawi*, précité, par. 154.

⁷⁵ *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

⁷⁶ *Ahmad*, précité, par. 35, 52, 75.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

procédures sous-jacentes. Dans ce scénario, le juge du procès examinera ces renseignements *ex parte in camera*. Comme le souligne la Cour, l'apport d'un *amicus* peut être d'une très grande utilité à ce stade également : le processus adversaire permet ainsi une approche contradictoire en présence de la partie gouvernementale et opère alors contrepoids aux prétentions de celle-ci.

Un dernier aspect vaut d'être mentionné relativement à la question juridictionnelle. En première instance, le juge du procès, dans l'affaire *Ahmad*, avait conclu que la compétence qui incombait aux cours supérieures provinciales en vertu de la *Charte* l'emportait sur la compétence de la Cour fédérale sous l'empire de l'article 38. Celui-ci était donc inconstitutionnel en ce sens qu'il privait les cours supérieures de leur compétence en vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En matière civile, monsieur le juge Perell, de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, avait conclu également en ce sens.⁷⁷ Son approche était la suivante : dans un litige civil reposant sur des allégations de violations des droits constitutionnels des demandeurs, la Cour fédérale possède une juridiction exclusive en vertu de l'article 38 au stade préliminaire ou interlocutoire des procédures, principalement la phase de divulgation de la preuve entre les parties. Cependant, dès que débute la phase des procédures au mérite de l'affaire, seule la Cour supérieure possède la juridiction requise afin de rendre justice en matière de détermination de la violation de droits constitutionnels et du remède approprié à une telle violation. Cette position a été cependant renversée en appel par la Cour d'appel de l'Ontario.⁷⁸ Dans *Ahmad*, la Cour suprême en est arrivée à la même conclusion.⁷⁹ La raison centrale derrière la position commune de la Cour d'appel de l'Ontario et celle de la Cour suprême du Canada réside dans le fait qu'à l'époque de la Confédération, les cours supérieures des provinces n'avaient aucune juridiction relativement à la divulgation ou non de secrets d'État : le privilège de la Couronne à cet égard était pour ainsi dire absolu.⁸⁰ En conséquence, les cours supérieures ne peuvent revendiquer un tel pouvoir aujourd'hui en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Un raisonnement identique s'applique à la compétence exclusive de la Cour supérieure en vertu de la *Charte* : puisque l'interprétation appropriée de l'article 38 est celle qui maintient à la fois le régime dualiste (bifurcation procédurale entre la Cour supérieure et la Cour fédérale) et la compétence ultime du juge du procès de remédier à toute atteinte à l'équité du procès en raison de la non divulgation de renseignements pertinents, nulle atteinte à l'article 7 de la *Charte* ne découle alors de l'état actuel de l'article 38.⁸¹

⁷⁷ *Abou-Elmaati c. Canada (Procureur général)*, 2010 ONSC 2055 (CanLII).

⁷⁸ *Abou-Elmaati c. Canada (Procureur général)*, 2011 ONCA 95 (CanLII).

⁷⁹ *Ahmad*, par. 55 et s.

⁸⁰ *Id.*, par. 60.

⁸¹ *Id.*, par. 68.

Développements jurisprudentiels au Royaume-Uni

Le Royaume-Uni possède un mécanisme similaire à celui de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*. Il s'agit d'un privilège d'intérêt public appelé *Public Interest Immunity*.⁸² Plusieurs décisions britanniques discutent du PII dans le contexte de procédures judiciaires impliquant un volume important de renseignements touchant à la sécurité nationale. La dernière décision énonçant l'état du droit sur ces questions a été rendue en juillet 2011 par la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Al Rawi*.⁸³

Pour paraphraser l'opinion de Lord Clarke, au paragraphe 145 de l'arrêt, voici comment opère le PII :

- Une opposition à la divulgation en vertu du PII doit être soumise par certificat signé par le ministre responsable en lien avec les documents en litige;
- Les documents ne peuvent être divulgués si la Cour conclut que l'intérêt public dans la non divulgation l'emporte sur l'intérêt public dans l'administration de la justice;
- Pour trancher ce litige, la Cour peut prendre connaissance des documents et cela s'opère nécessairement *ex parte*;
- Dans son processus d'adjudication, la Cour se penche sur les conditions et modalités qui pourraient autrement permettre une divulgation des renseignements en question;
- Si un document ne peut être divulgué dans sa totalité, il est envisageable d'en divulguer une partie ou un résumé neutre;
- Si la divulgation l'emporte, l'information doit être rendue publique, à moins que la partie en possession du document ne concède la question litigieuse à laquelle se rapporte le document;

Il vaut de noter que le Royaume-Uni dispose d'un régime élaboré permettant un processus adversaire à huis-clos, par le truchement d'avocats spéciaux, dans divers domaines liés à la sécurité nationale. Les avocats spéciaux jouent ainsi un rôle en matière d'immigration, comme l'a souligné la Cour suprême dans *Charkaoui I*, mais aussi, à titre d'exemple, en matière d'emploi⁸⁴ et de libérations conditionnelles.⁸⁵ Les avocats

⁸² Dont l'acronyme repris par la jurisprudence et que nous faisons nôtre est « PII ». Notons que la *Loi sur la preuve* contient également un privilège général d'intérêt public distinct de l'article 38 que l'on retrouve à l'article 37.

⁸³ Précitée en introduction. Nous reproduisons à nouveau la référence, pour plus de commodité : *Al Rawi and others c. The Security Service and others*, [2011] UKSC 34.

⁸⁴ *Tariq*, précité.

⁸⁵ *R (Roberts) c. Parole Board*, [2005] UKHL 45.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

spéciaux ont également un rôle à jouer au chapitre du PII, de la même manière que les *amici curiae* sous l'égide de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*.⁸⁶

Avant d'aborder la problématique particulière de l'arrêt *Al Rawi*, il vaut de rappeler que tant en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* qu'en vertu du privilège d'intérêt public britannique, le matériel qui, ultimement, fait l'objet d'une ordonnance de non divulgation est inutilisable et inadmissible dans la procédure sous-jacente.⁸⁷ La position canadienne est identique : rappelons ici encore au lecteur que le juge désigné peut transmettre au juge du procès certains renseignements litigieux que celui-ci peut examiner dans la seule perspective de mesurer l'atteinte à l'équité du procès en raison de la décision du juge désigné de ne pas divulguer l'information.⁸⁸ Dans *Almalki*, monsieur le juge Mosley rappelait également que ce que l'État ne dévoile pas (et qui ne fait l'objet de divulgation judiciaire) ne peut être admissible afin de prouver les faits pertinents du litige.⁸⁹

L'affaire *Al Rawi* relève d'un litige civil opposant divers demandeurs à divers organes de l'État britannique à qui il est reproché une complicité avec des autorités étrangères dans la détention et les mauvais traitements infligés aux demandeurs à divers endroits, notamment sur la base navale américaine de Guantanamo. La difficulté relève du volume de documents en cause : 250 000 documents seraient pertinents, dont 140 000 pourraient faire l'objet d'une procédure de PII.⁹⁰

Les demandeurs ont donc suggéré une procédure novatrice qui contournerait la bifurcation procédurale du PII afin de procéder plus rapidement au mérite de l'affaire : le procès civil se déroulerait en partie en public et en partie à huis-clos. Dans la partie publique du procès, les demandeurs seraient représentés par leurs avocats et s'opposeraient à l'État. Dans la partie *in camera* du procès, les demandeurs verraient leurs intérêts défendus par des avocats spéciaux qui, à leur tour, s'opposeraient à l'État. Cette façon de procéder, qui découlerait, selon les demandeurs, du pouvoir inhérent de la cour compétente de réguler sa propre procédure, permettrait de résoudre la longueur des délais inhérente au PII.⁹¹

Une telle procédure comporterait également un avantage stratégique majeur pour les demandeurs de même que pour l'État-défendeur : ce qui aurait pu faire l'objet d'un PII

⁸⁶ *Al Rawi*, précité : voir les commentaires instructifs de Lord Dyson au paragraphe 49.

⁸⁷ *Id.*, par. 156, opinion de Lord Clarke.

⁸⁸ *Ahmad*, précité; voir l'extrait reproduit plus haut.

⁸⁹ *Almalki*, précité, par. 177.

⁹⁰ *Al Rawi*, par. 5.

⁹¹ Un argument d'ailleurs largement discuté par la Cour suprême du Canada dans *Ahmad*, par. 69 et s., mais qui relève de la politique judiciaire du Parlement d'avoir opté pour la bifurcation des procédures entre la cour saisie du litige et la Cour fédérale.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

(et donc d'une potentielle inadmissibilité dans le procès civil sous-jacent en cas de décision défavorable à la divulgation) serait dans son intégralité devant le juge du procès saisi de l'affaire. Ainsi, des éléments de preuve qui seraient favorables aux demandeurs pourraient être admissibles, bien qu'à huis-clos, alors que ces mêmes éléments de preuve pourraient devenir autrement inadmissibles si le juge chargé du PII refusait leur divulgation.⁹² Cette approche, naturellement, procurerait le même avantage à l'État-défendeur d'où une séduisante égalité des armes entre les parties.

Cet argument, soutenons-nous, fait écho à notre commentaire au sujet de l'inadmissibilité de ce que le juge désigné refuse de divulguer en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*.

D'importantes divisions ont émergé entre les lords, dont les positions sommairement énoncées sont les suivantes :

- Lord Dyson : bien qu'il soit d'accord avec l'emploi d'avocats spéciaux dans le cadre du PII, il s'oppose à un procès « ouvert-fermé » et laisse un tel choix au Parlement. Se rangent à son opinion Lord Hope, Lord Kerr, Lord Philipps et Lord Brown, qui ajoute que ce type de réclamations civiles doit particulièrement inciter à la préservation du système de justice;
- Lord Mance et Lady Hale : sont d'opinion préliminaire que la Cour doit posséder une juridiction pour permettre un procès « ouvert-fermé » afin d'éviter qu'une affaire soit non justiciable. La solution proposée est de débiter par une procédure de PII. Si, à l'issue de l'exercice, le litige demeure non justiciable, alors la Cour doit se résoudre à accepter la tenue d'un procès « ouvert-fermé »;
- Lord Clarke : juge que l'ordonnance générale telle que proposée par les demandeurs doit être refusée, mais qu'une telle procédure est possible si adaptée aux circonstances particulières d'une affaire. Selon Lord Clarke, trois possibilités existent : la procédure du PII, le rejet de l'action en raison de la non divulgation ou un procès « ouvert-fermé ». Il se montre d'opinion que la common law est suffisamment flexible pour s'accommoder, dans les cas qui l'exigent, d'un tel arrangement.
- Lord Roger : est décédé avant la publication du jugement, mais aurait rejeté l'appel.

⁹² Commentaires de Lord Clarke, par. 155 et 156.

Conclusion

Au terme de cette discussion au sujet de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*, force est de constater qu'un corpus jurisprudentiel bien fourni permet de résoudre adéquatement un nombre important de difficultés. En lien avec le thème de cette conférence, le problème particulier et spécifique qui entoure les procédures actuelles en vertu de l'article 38 réside dans le volume important d'information propre aux méga-litiges sous-jacents. Cette conjoncture particulière applique une pression substantielle sur le schéma traditionnellement envisagé par le législateur et la jurisprudence. Naturellement, ces circonstances particulières aux tensions sécuritaires que nous connaissons aujourd'hui sont un vecteur de changement et d'évolution du droit.

Dans l'affaire *Al Rawi* un plaideur résumait ainsi les cinq inconvénients majeurs du processus de pondération que nous connaissons et que nous nous permettons de traduire librement :⁹³

- La pondération est un exercice difficile car les intérêts publics opposés ne sont pas de même nature;
- Si la procédure résulte en la non divulgation de renseignements, ceux-ci seront inadmissibles au procès, réduisant la possibilité que celui-ci parvienne à une juste conclusion;
- La partie en possession de l'information non divulguée se retrouve à bénéficier, dans sa préparation du procès, d'un avantage indu sur son adversaire;
- Si la procédure résulte en une ordonnance de divulgation, la partie en possession de l'information se voit placée devant le choix difficile de divulguer ou de concéder la défaite dans le litige sous-jacent;
- La procédure de pondération est parfois inefficace en lien avec une masse considérable de documents.

Bien qu'un esprit logique adhère volontiers à ces considérations, nous soumettons que les solutions possibles n'existent qu'en nombre limité. Comme le souligne la dissidence dans *Al Rawi*, ne restent disponibles que l'inaccessibilité à la justice (non justiciabilité) ou un système « ouvert-fermé ».

Le rapport de la *Commission relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India* a discuté des forces et des faiblesses de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*. Il reste donc à voir si le Parlement sera saisi d'un projet de loi affinant le mécanisme actuel à la lumière des recommandations du commissaire Major.

⁹³ *Al Rawi*, précité, par. 23 de l'opinion de Lord Dyson.

4. Un bref survol comparatif de trois autres mécanismes

Au risque de lasser le lecteur, nous souhaitons rappeler que notre prémisse de départ est d'examiner ce qui permet, principalement dans les litiges impliquant la sécurité nationale, la mise en œuvre d'un processus adversaire et d'une divulgation de la preuve malgré les difficultés inhérentes aux portions *ex parte in camera* de ce type de procédure.

Ainsi que nous l'avons souligné, une pièce maîtresse de cette approche se rattache à la partie IX de la LIPR qui traite du certificat de sécurité et de la procédure de huis-clos dans le cadre d'une audience en inadmissibilité au Canada en vertu de l'article 86 de la LIPR. Ces questions sont traitées par Me Waldman.

Une autre pièce maîtresse est celle de l'article 38 de la *Loi sur la preuve* qui a fait l'objet de notre précédent propos. Bien qu'un procès civil ou un procès criminel constitue la procédure sous-jacente qui vient immédiatement à l'esprit, nous soumettons qu'il ne faut pas perdre de vue que de multiples litiges peuvent déclencher son application. A titre d'exemple, une procédure d'extradition qui implique une dimension de sécurité nationale peut très bien être à l'origine d'une requête en ce sens de la part du procureur général.

Un autre exemple *sub judice* est celui de l'affaire *Telbani*, précité. Le ministre des Transports a pris à l'égard de l'intéressé une mesure d'urgence l'empêchant de monter à bord d'un aéronef. Cette mesure découle d'un pouvoir lié à la *Loi sur l'aéronautique*.⁹⁴ Dans le cadre d'une demande de révision judiciaire de la décision du ministre des Transports, le matériel au soutien de la décision rendue doit être soumis à l'examen de la Cour fédérale et communiqué aux parties. C'est ainsi que ce matériel fait l'objet de procédures actuelles en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve*.

Ces deux exemples sont simplement illustratifs de la diversité des procédures sous-jacentes potentielles en lien avec le rôle du juge désigné dans la pondération des intérêts opposés.

A titre comparatif, nous proposons le survol de trois autres mécanismes : la procédure du CSARS, la désignation d'entité terroriste et le certificat du ministre en lien avec les organismes de bienfaisance.

Un rappel des critères de l'article 7 de la *Charte* et de l'équité procédurale sert cependant de trame commune à ce qui suit.

⁹⁴ L.R.C. 1985, ch. A-2.

L'article 7 de la Charte et les obligations d'équité procédurale

Il est maintenant bien connu que l'article 7 impose une analyse en trois étapes afin de déterminer la constitutionnalité d'un régime législatif en lien avec cette disposition : d'abord, il doit être porté atteinte à la vie, la liberté ou la sécurité. Ensuite, cette atteinte ne respecte pas un principe de justice fondamentale. Enfin, une telle violation échoue le test de l'article premier.

Dans l'arrêt *Charkaoui I*, la Cour a conclu que l'atteinte à la liberté et, en cas d'expulsion vers la torture,⁹⁵ l'atteinte à la vie, découlaient de l'ancien régime des certificats de sécurité sous la LIPR. Un aspect fondamental de la décision réside dans le fait que l'entrée en jeu de l'article 7 ne dépend pas du domaine de droit concerné par le pourvoi,⁹⁶ mais plutôt des conséquences de la procédure sur les intérêts protégés par l'article 7. Bien que l'article 7 ne prescrive pas une procédure particulière, « il s'agit de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte ».⁹⁷ Autrement dit, plus l'impact sur le justiciable est grand, plus les garanties procédurales devront être importantes pour respecter tant l'équité procédurale que l'article 7 de la *Charte*.⁹⁸

Dans *Charkaoui I*, le principe de justice fondamentale qui était en cause visait le pouvoir de l'État de détenir une personne longtemps sans lui permettre de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable.⁹⁹ Si la Cour a mis l'accent sur la détention, c'est qu'elle n'était pas saisie de la question de l'expulsion vers la torture, mais plutôt de l'emprisonnement des intéressés sous l'empire de l'ancien régime des certificats de sécurité qui ne prévoyait pas la participation d'un avocat spécial chargé de défendre les intérêts du justiciable.

Pour la Cour, l'atteinte à ce principe de justice fondamentale découlait du fait que les intéressés ne pouvaient savoir ce qui leur était reproché puisque la non divulgation des renseignements portant atteinte à la sécurité nationale était garantie par le juge désigné. Ne sachant ce qui leur était reproché, ils ne pouvaient contester la thèse de l'État.

Sous le test de l'article premier, la Cour a conclu qu'une solution moins attentatoire existait, notamment sous la forme d'un avocat spécial chargé de la défense des intérêts du justiciable à huis-clos. L'ancien régime des certificats de sécurité a donc été déclaré

⁹⁵ Voir à ce sujet l'arrêt *Suresh*, précité.

⁹⁶ Se référant à l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, les ministres intimés avançaient que l'article 7 ne trouvait pas application en droit de l'immigration.

⁹⁷ *Charkaoui I*, par. 22.

⁹⁸ *Id.*, par. 27. *Suresh*, précité.

⁹⁹ *Id.*, par. 28.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

inconstitutionnel et la LIPR a été subséquemment amendée par le Parlement afin d'y inclure la participation de l'avocat spécial chargé de contester les allégations de secret avancées par l'État et de contester la pertinence, fiabilité et suffisance de la preuve secrète au soutien de l'inadmissibilité au Canada.

L'article 7 de la *Charte* a donc joué un rôle essentiel dans l'évolution du droit tant au chapitre du processus adversaire à huis-clos (l'État n'ayant aucun adversaire sous l'ancienne version de la LIPR), mais également dans la contestation des allégations de secret rattachées à la preuve avancée par l'État.

Le thème de la divulgation de la preuve a surgi une seconde fois l'année suivante à l'occasion de l'arrêt *Charkaoui II*. La question centrale du pourvoi portait sur l'intensité de la divulgation (et de la conservation) de la preuve de l'État vers le juge désigné – et éventuellement vers l'intéressé – toujours dans le contexte de l'ancien régime des certificats en vertu de la LIPR. La Cour a réitéré le principe cardinal selon lequel l'article 7 ne dépend pas « d'une distinction formelle entre les différents domaines de droit »¹⁰⁰, mais se rattache plutôt à la gravité des conséquences pour le justiciable :

Dans le contexte de l'information fournie aux ministres et au juge désigné, l'application des facteurs étudiés dans *Suresh* confirme la nécessité d'un droit élargi à l'équité procédurale, qui impose la divulgation de la preuve, dans le cadre des procédures reliées à l'évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité et à sa mise en œuvre. Comme nous l'avons rappelé plus haut, en plaçant la personne dans un état de vulnérabilité critique vis-à-vis de l'État, ces procédures entraînent potentiellement des conséquences graves pour elle.¹⁰¹

Les raisonnements qui précèdent se fondent tous sur l'application de l'article 7 au litige, et mènent ainsi à une participation accrue au débat contradictoire dans la partie secrète de la procédure, de même qu'à une divulgation de la preuve plus élaborée, celle-ci se jouant d'abord entre l'État et l'avocat spécial puis entre le juge désigné et l'intéressé, dans les mesures permises par les impératifs de la sécurité nationale dans le cadre de la LIPR.

Il vaut toutefois de souligner que bien que l'article 7 soit une sorte de « graal » juridique déterminant une norme très élevée d'équité procédurale en raison des intérêts liés à la vie, la liberté ou la sécurité du justiciable, il demeure que les normes propres au droit administratif prévoient aussi l'existence et la gradation de mesures destinées à assurer le respect de l'équité procédurale, tant sous le volet de la participation aux débats qu'au chapitre de la divulgation de la preuve.

¹⁰⁰ *Charkaoui II*, précité, par. 53.

¹⁰¹ *Id.*, par. 58.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

Ainsi, dans l'arrêt *Suresh*, la Cour a rappelé la grille d'analyse applicable à la divulgation en vertu de l'obligation d'équité propre au droit administratif :

Plus précisément, pour décider des garanties procédurales qui doivent être accordées, nous devons tenir compte, entre autres facteurs, (1) de la nature de la décision recherchée et du processus suivi pour y parvenir, savoir « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire », (2) du rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, (3) de l'importance de la décision pour la personne visée, (4) des attentes légitimes de la personne qui conteste la décision lorsque des engagements ont été pris concernant la procédure à suivre et (5) des choix de procédure que l'organisme fait lui-même [...].¹⁰²

Ces principes ont également été rappelés avec force dans l'affaire *May*¹⁰³ qui portait d'ailleurs sur l'obligation de divulgation préalable dans un contexte de privation de liberté. Ils se marient par ailleurs parfaitement avec la logique des « conséquences » des mesures prises par l'État sur la situation du justiciable. Ainsi, une règle de proportionnalité existe entre l'intensité des obligations d'équité qui incombent à l'État-décideur et les conséquences qui en découlent pour l'administré.

A titre d'exemple, une divulgation de type *Stinchcombe* a été ordonnée dans une affaire d'allégations d'inconduite attribuée à des syndics de faillite en raison de l'atteinte possible à leur réputation.¹⁰⁴ Un tel résultat a également été atteint en matière disciplinaire en raison des conséquences importantes pour le professionnel mis en cause.¹⁰⁵

Bien que des conclusions puissent être tirées à la face même de la législation, comme le raisonnement de la Cour dans *Charkaoui I* le démontre, il peut être nécessaire de présenter une preuve à cet effet. Il incombera alors à la personne qui revendique la violation constitutionnelle (ou une interprétation particulière de la législation contestée d'une manière qui soit compatible avec l'article 7) d'établir l'atteinte à la vie, liberté ou sécurité d'une manière non conforme à un principe de justice fondamentale.

¹⁰² *Suresh*, précité, par. 115. Voir également l'arrêt de principe *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

¹⁰³ *May c. Établissement Ferndale*, [2005] 3 R.C.S. 809, par. 94 et s.

¹⁰⁴ *Sheriff c. Canada*, 2006 FCA 139.

¹⁰⁵ *Markandey c. Board of Ophthalmic Dispensers*, [1994] O.J. No. 484.

Le régime du CSARS

Le *Comité de Surveillance des Activités de Renseignement de Sécurité* est institué en vertu de la *Loi sur le Service canadien de renseignement de sécurité*.¹⁰⁶ Indépendant, il surveille les activités du Service canadien de renseignement de sécurité (le « Service »), effectue des recherches sur certaines activités particulières du Service et fait enquête sur des plaintes qu'il reçoit, notamment en ce qui concerne le refus d'attribution d'une habilitation de sécurité. Ce dernier cas intéresse particulièrement notre propos.

En vertu des articles 41 et suivants, le plaignant – qui peut engager un représentant – soumet son grief au CSARS. Celui-ci lui fait parvenir rapidement un résumé des informations dont il dispose à ce sujet. L'enquête sur la plainte est par la suite tenue en secret et se déroule de manière judiciaire. Les instances du Service peuvent être représentées devant le CSARS. Cependant, le plaignant n'a pas le droit absolu d'être présent, d'être entendu ou de recevoir des communications.¹⁰⁷ Au terme de son enquête, le CSARS fait un rapport et soumet ses recommandations au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, au directeur du Service, à l'administrateur général et au plaignant.

Puisque le CSARS est autorisé par la loi à déterminer ses propres règles de procédure et de fonctionnement, il a tenté d'élaborer un processus adversaire qui soit le plus adéquat possible dans le cadre des contraintes imposées par l'exigence du secret. C'est ainsi que sont entrés sur scène des avocats indépendants, disposant de l'habilitation de sécurité voulue et chargés de conseiller le CSARS.

C'est ce système qui semble avoir séduit la Cour européenne des droits dans l'affaire *Chahal*, précitée, et qui a été commenté par la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'arrêt *Charkaoui I* :¹⁰⁸

Comme l'a écrit le professeur Rankin, ces procédures du CSARS constituaient [TRADUCTION] « une tentative de préserver les meilleurs éléments du processus contradictoire, qui met l'accent sur un contre-interrogatoire vigoureux, sans toutefois aller à l'encontre des exigences de la sécurité nationale » (p. 185). La procédure du CSARS montre que le recours à l'avocat spécial peut non seulement offrir une solution de rechange efficace à la participation éclairée, mais peut aussi contribuer à favoriser une véritable participation éclairée de l'intéressé. Étant donné que l'avocat spécial intervenait dans la détermination des renseignements à inclure dans le résumé, il faut

¹⁰⁶ L.R.C. 1985, ch. C-23, articles 34 à 55.

¹⁰⁷ Par. 48(2).

¹⁰⁸ Par. 74.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

supposer que la divulgation était plus complète qu'elle ne l'aurait été sans sa participation. Les renseignements sensibles touchant la sécurité nationale demeuraient protégés, mais le pouvoir exécutif devait justifier l'étendue de cette protection (Nous soulignons).

Dans l'affaire *Harkat* (constitutionnalité du régime), monsieur le juge Noël a fait le point sur l'état du droit en la matière. Il a souligné les distinctions fondamentales entre l'avocat du CSARS et l'avocat spécial, principalement le rôle protecteur et engagé qu'a conféré le Parlement à l'avocat spécial contrairement à l'avocat du CSARS. Il a aussi expliqué :¹⁰⁹

L'innovation apportée par le modèle du CSARS est que l'avocat externe du CSARS, avec la collaboration de l'avocat interne du CSARS, est un pont entre les membres du comité et le plaignant aux fins des audiences à huis-clos. L'avocat interroge aussi ponctuellement au nom du plaignant les témoins qui déposent lors des audiences à huis-clos grâce à des questions qu'il remet dans une enveloppe scellée. Cette approche permet l'application d'un système plus ou moins contradictoire.

Comme nous l'avons souligné plus haut, le CSARS n'a qu'un pouvoir de recommandation relativement à ses conclusions sur le fond de l'affaire. Une question s'est récemment posée quant à la juridiction de la Cour fédérale de procéder à la révision judiciaire d'une recommandation du CSARS.¹¹⁰ Le procureur général demandait le rejet d'une demande de révision judiciaire d'une décision du CSARS refusant la plainte qui lui avait été soumise. Pour trancher cette question préliminaire, monsieur le juge Noël a examiné la juridiction de la Cour fédérale en révision judiciaire de ce type de décision. Il a d'abord souligné le contexte législatif et politique entourant les pouvoirs du CSARS soit celui d'un meilleur contrôle indépendant des activités de renseignement de l'État.¹¹¹ Parmi divers arguments, notamment l'approche libérale et généreuse permettant de s'adresser à la Cour pour demander le contrôle judiciaire d'une décision gouvernementale,¹¹² monsieur le juge Noël a souligné que l'émission d'une recommandation n'était pas nécessairement le point focal du processus d'enquête suivi par le CSARS. En effet, en amont d'un tel résultat, le CSARS, un tribunal administratif, accueille ou rejette la plainte qui a fait l'objet de son enquête.¹¹³ Du fait de l'importance de cette décision, la Cour a ainsi rejeté la requête en rejet présentée par le procureur général et autorisé l'instance à suivre son cours.

¹⁰⁹ *Harkat*, précité, par. 76.

¹¹⁰ *Mikail c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 674.

¹¹¹ *Id.*, par. 30 et 32.

¹¹² *Id.*, par. 35 et s.

¹¹³ *Id.*, par. 38 et s.; par. 47.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

Par ailleurs, peu de jurisprudence du CSARS semble être dans le domaine public. Cependant, ce qui précède illustre l'importance de la procédure, le rôle adversaire et le processus de divulgation mis en place sous ce régime.

Ces considérations ont fait l'objet d'un autre arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'affaire *Tariq*.

M. Tariq était un agent d'immigration à l'emploi du *Home Office* britannique. Dans la foulée d'une vaste opération anti-terroriste, le frère et le cousin de Tariq ont été arrêtés pour leur participation alléguée à un complot terroriste visant des vols transatlantiques. Le frère de Tariq a été libéré sans mise en accusation mais son cousin a été trouvé coupable, *inter alia*, de complot pour meurtre et condamné à une peine de détention à perpétuité. Le gouvernement se montrait alors d'opinion que, bien que Tariq lui-même n'ait aucunement trempé dans le complot, sa proximité avec plusieurs individus suspects le rendait vulnérable à l'influence de ces derniers. En conséquence, son habilitation de sécurité requise par son emploi a été révoquée.

Alléguant une action discriminatoire de la part de son employeur, Tariq s'est adressé au tribunal du travail (*Employment Tribunal*). Les règles statutaires applicables au tribunal du travail prévoient clairement qu'en présence de matériel touchant à la sécurité nationale, l'audience relative au fond de l'affaire doit se tenir à huis-clos sans la participation de l'intéressé. La loi prévoit cependant le rôle et les modalités de participation d'un avocat spécial chargé de représenter les intérêts du plaignant devant le tribunal pour la portion à huis-clos. Tariq a donc prétendu, devant diverses instances d'appel jusqu'en Cour suprême du Royaume-Uni, que la procédure à huis-clos était incompatible avec l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme* et qu'il avait droit à une divulgation de la preuve lui permettant de répondre aux allégations de son employeur.

Un bref aparté nous semble ici pertinent. Sommairement, l'article 6 de la *Convention* est l'équivalent de l'article 7 de notre *Charte*. En matière de sécurité nationale, le Royaume-Uni dispose d'un outil particulier, soit une ordonnance de contrôle (*control order*), applicable tant au citoyen qu'au non citoyen et permettant l'imposition de limites extraordinaires à la liberté par des conditions pouvant être draconiennes. Ces ordonnances, rendues par un tribunal spécialisé, le SIAC, font suite à une procédure *ex parte in camera*, lors de laquelle la preuve secrète est testée par un avocat spécial. Un vaste débat jurisprudentiel s'est donc tenu, au cours de la dernière décennie, quant à savoir dans quelle mesure ce système était compatible avec l'article 6 de la *Convention*. Plus particulièrement, la question était de savoir si un tel système était compatible avec la *Convention* dans la mesure où l'intéressé avait accès à l'essentiel des allégations. Une

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

première décision avait montré la division de la Chambre des lords sur ces questions.¹¹⁴ Subséquemment, la Cour européenne des droits de l'homme avait clairement conclu que le régime d'avocat spécial agissant dans le cadre d'une procédure secrète n'était compatible avec la *Convention* que si, pour l'essentiel, l'intéressé était mis au courant des allégations avancées contre lui.¹¹⁵ Cette position, toujours en matière d'ordonnances de contrôle, a été confirmée et approuvée par la Chambre des lords dans l'affaire suivante *AF*.¹¹⁶

La question posée par l'affaire *Tariq* est la suivante : la procédure secrète et l'usage d'un avocat spécial dans le contexte statutaire d'une procédure devant le tribunal du travail est-elle valide eu égard à la *Convention européenne*?

Selon Lord Mance, la situation de *Tariq* ne soulève pas la question de la liberté de l'individu, valeur protégée par la *Convention*.¹¹⁷ Il concluait donc que les restrictions à la divulgation étaient raisonnables dans un tel régime et que, de toute manière, *Tariq* était déjà au courant de la substance des allégations qui pesaient contre lui.¹¹⁸ Pour Lord Hope, l'obtention d'une habilitation de sécurité était un choix volontaire : la nature même du travail de *Tariq* doit guider l'ampleur de la protection à lui donner. Or, en l'espèce, ses droits fondamentaux ne sont pas en cause.¹¹⁹ Par conséquent, la logique de l'arrêt *AF*, précité, n'est pas en cause et la procédure dans son ensemble est valide sans que celle-ci ne dépende de la divulgation du minimum requis pour la rendre compatible avec la *Convention*.¹²⁰ Lord Hope concluait que la balance penchait en faveur de l'employeur, compte tenu de la grande importance et de l'exigence du secret liées au processus d'octroi des habilitations de sécurité.

Quant à Lord Kerr, il se montrait d'opinion que la procédure à l'égard de *Tariq* était peut-être de celles dont il était préférable de conclure qu'elle était simplement non justiciable, à l'instar de l'affaire *Carnuff*, précitée.¹²¹ Lord Kerr concluait que l'article 6 de la *Convention* s'appliquait à la procédure contre *Tariq* et que celui-ci avait droit, en conséquence, à la divulgation de l'essentiel de la preuve.¹²²

¹¹⁴ *Secretary of State for the Home Department c. MB*, [2007] UKHL 46.

¹¹⁵ *A c. Royaume-Uni*, 2009 49 EHRR 625. Le lecteur trouvera là une ressemblance frappante avec la position de la Cour suprême au sujet de l'article 7 de la *Charte* énoncée dans *Charkaoui I* : l'article 7 ne dicte pas une procédure uniforme pour chaque contexte. Cependant, il est exigé que l'essence de l'article 7 demeure intacte. Voir également à ce sujet les explications de monsieur le juge Noël dans *Harkat* (constitutionnalité du régime), par. 83.

¹¹⁶ *Secretary of State for the Home Department c. AF (No 3)*, [2010] UKHL 28.

¹¹⁷ *Tariq*, par. 27.

¹¹⁸ Par. 69.

¹¹⁹ Par. 75.

¹²⁰ Par. 81.

¹²¹ Par. 110.

¹²² Par. 136.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

Nous soumettons au lecteur qu'il s'agit là d'un thème commun à l'article 38 de la *Loi sur la preuve* et à la procédure du CSARS en lien avec les exigences de processus adversaire et de divulgation de la preuve que l'on retrouve en droit administratif et sous l'égide de l'article 7 de la *Charte*. En lien avec le CSARS, le rôle de l'avocat du CSARS facilite indirectement la promotion des droits du plaignant lors de la procédure secrète et favorise sans doute une plus grande divulgation publique de ce qui lui est reproché au soutien de la révocation de son habilitation de sécurité.

La question de savoir si l'article 7 est applicable à un tel processus et si les obligations d'équité exigent davantage que ce qui existe demeure cependant entière. Ainsi, une preuve particulière peut être faite par le plaignant relativement à des faits précis qui peuvent déclencher, dans une affaire donnée, le droit à la vie, liberté ou sécurité d'une manière incompatible avec un principe de justice fondamentale. Une conclusion particulière en faveur de l'article 7 ou d'une obligation d'équité plus intense pourrait alors mener à des conclusions encore plus favorables en termes de divulgation de la preuve et de défense plus engagée des intérêts du plaignant (par opposition au rôle traditionnel de l'avocat du CSARS) dans la portion secrète de l'audition.

L'inscription des entités sous le Code criminel

La partie II.1 du Code criminel prévoit diverses mesures pénales et administratives afin de réprimer nombre d'aspects du terrorisme. Une partie de ces dispositions a déjà été jugée constitutionnelle par la Cour suprême.¹²³ Une autre, visant cette fois la définition de terrorisme, est pendante devant la Cour suprême du Canada.¹²⁴

Nous souhaitons commenter brièvement le mécanisme prévu à l'article 83.05 et s. du Code, soit l'inscription des entités terroristes. En bref, le gouverneur en conseil tient une liste d'entités à l'égard desquelles il entretient des motifs raisonnables de croire qu'une entité¹²⁵ s'est sciemment livrée, a tenté de se livrer, a participé ou a facilité une activité terroriste ou qu'elle a sciemment agi au nom d'une entité ayant posé ces actions, sous sa direction ou en collaboration avec elle. Cette décision est prise sur la recommandation du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile qui doit entretenir également des motifs raisonnables ayant le même objet. Une entité peut demander sa radiation de la liste au ministre. Celui-ci prend une décision à cet égard selon la norme des motifs raisonnables. L'entité peut demander la révision judiciaire de cette décision devant un juge désigné de la Cour fédérale.

¹²³ *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel*, précitée.

¹²⁴ *Khawaja c. La Reine*, dossier no. 34103. L'audition est prévue pour le 11 avril 2012.

¹²⁵ Soit une personne, un groupe, une fiducie, une société de personnes ou fonds, une organisation ou association non dotée de la personnalité morale.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

Dans le cadre de la révision judiciaire, le juge désigné examine à huis-clos les renseignements de sécurité et de criminalité. Il peut tenir compte de tout élément de preuve ou d'information en l'absence du demandeur et de son avocat s'il estime que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Par contre, il fournit au demandeur un résumé de l'information en cause, sauf celle qui porte atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui afin de lui permettre d'être suffisamment informé des motifs de la décision.¹²⁶ Le demandeur peut également être entendu. Tout élément de preuve digne de foi et approprié est admissible, même si le droit canadien n'en prévoit pas l'admissibilité par ailleurs.¹²⁷

Il est à noter que ce processus judiciaire est, du moins formellement, similaire à celui prévu à la partie IX de la LIPR aux alinéas (c) et (e) du paragraphe 83(1) de la LIPR.¹²⁸

Lors de la portion *ex parte in camera* de la procédure, le juge désigné peut recevoir des renseignements en provenance d'États étrangers. Le juge désigné examine la pertinence d'une telle preuve avancée par le ministre et entend les arguments du ministre relativement à la non divulgation de ces renseignements au demandeur pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. Le juge désigné peut prendre une décision au mérite de l'affaire en se fondant sur des renseignements non divulgués au demandeur.

Notons que ces dispositions ne semblent pas contenir la réserve que l'on retrouve au paragraphe 83(1.1) de la LIPR et qui énonce :

Pour l'application de l'alinéa (1)h) [admissibilité de tout élément digne de foi et utile, même inadmissible en justice], sont exclus des éléments de preuve dignes de foi et utiles les renseignements dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par suite du recours à la torture, au sens de l'article 269.1 du *Code criminel*, ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture.

Contrairement à la LIPR, ce système ne prévoit aucune participation d'un avocat spécial dans la portion *ex parte in camera* des procédures. Comme nous l'avons mentionné précédemment, sous la LIPR, l'avocat spécial a pour mandat législatif de défendre les

¹²⁶ Il s'agit du paragraphe 83.05(6) (a) et (b).

¹²⁷ La LIPR prévoit plutôt l'expression « digne de foi et utile » à l'alinéa 83(1)(h).

¹²⁸ Pour plus de commodité, nous reproduisons ici ces alinéas relativement aux pouvoirs du juge désigné : (c) il peut d'office tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil — et doit le faire à chaque demande du ministre — si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. (e) il veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

intérêts de la personne visée par les procédures, en contestant les allégations de secret avancée par les ministres et en testant la pertinence, fiabilité et suffisance des renseignements en lien avec le mérite de l'affaire. En quelques mots, ce processus judiciaire est donc identique à celui qui prévalait antérieurement à l'arrêt *Charkaoui I*.

Dans *Charkaoui I*, la Cour a décidé que l'article 7 de la *Charte* s'appliquait à la situation des intéressés et que ceux-ci devaient jouir d'une obligation élevée d'équité procédurale compte tenu de l'importante privation de liberté ou du possible risque d'expulsion vers la torture qui découlait du régime des certificats de sécurité. Est-il possible de prétendre que l'entité (qui peut être une personne physique selon la définition qu'en donne le Code) doive jouir du même degré de protection procédurale?

Il vaut de souligner la définition de « groupe terroriste » prévue par le législateur : un groupe terroriste est « a) soit une entité dont l'un des objets ou l'une des activités est de se livrer à des activités terroristes [définies au Code] ou de les faciliter, b) soit une entité inscrite ».¹²⁹

La définition de groupe terroriste peut donc entièrement dépendre de l'inscription de l'entité sur la liste que nous avons évoquée plus haut. Naturellement, le poursuivant peut choisir de ne pas lier cette définition à l'inscription à la liste et de faire la démonstration « au long » en vertu de l'alinéa a).

Or, la notion de groupe terroriste est liée à des infractions très graves en matière de répression du terrorisme. On y retrouve, par exemple, l'infraction de fournir des biens ou services à des fins terroristes, une activité punissable par un emprisonnement maximal de dix ans.¹³⁰ Il est aussi possible de citer la participation à une activité d'un groupe terroriste, la commission d'une infraction au profit d'un groupe terroriste, de charger une personne de se livrer à une activité pour un groupe terroriste,¹³¹ certaines de ces infractions étant punissables par l'emprisonnement à perpétuité. Cette notion se retrouve également dans les diverses interdictions en lien avec le blocage de biens.¹³² Cela vaut également à l'égard d'obligations positives qui incombent à toute personne en fonction de ces dispositions.¹³³

Il est indéniable que ces infractions font intervenir l'article 7 de la *Charte* à l'égard de l'accusé. Or, dans l'optique où ces infractions reposent sur la notion de groupe terroriste

¹²⁹ Par. 83.01(1) du Code.

¹³⁰ Art. 83.03 du Code.

¹³¹ Articles 83.18, 83.2, 83.21 du Code.

¹³² Art. 83.08 du Code.

¹³³ A titre d'exemple, la communication forcée de l'existence de biens appartenant à un groupe terroriste : art. 83.1 du Code.

Terrorisme, droit et démocratie : 10 ans après le 11 septembre 2001
Congrès annuel de l'Institut Canadien d'Administration de la Justice

qui, dans l'hypothèse que nous envisageons, repose à son tour sur la procédure *ex parte in camera* d'inscription sur la liste des entités inscrites, il est possible de se demander s'il existe un lien suffisant entre l'accusé et la procédure d'inscription de l'entité sur la liste. Si un tel lien existait, il serait alors possible de tenter des raisonnements analogues à ceux qui ont eu cours dans l'affaire *Charkaoui I*.

Notons enfin que le juge désigné de la Cour fédérale pourrait aisément recourir à son pouvoir accessoire de nommer un *amicus* pour faire contrepoids à la position du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, afin de promouvoir un débat contradictoire à huis-clos, lequel favorisera nécessairement une divulgation plus large dans le cadre de la procédure de révision judiciaire d'une inscription à la liste à la demande d'une entité.

Certificat du ministre et organismes de bienfaisance

Un système similaire existe en vertu d'une autre loi, soit la *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)*.¹³⁴ L'objet de la loi est de permettre à l'État de lutter contre le terrorisme tout en protégeant les organismes enregistrés à des seules fins de bienfaisance. Pour atteindre cet objectif, le législateur autorise le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, ainsi que le ministre du Revenu national à signer un certificat, fondé sur des motifs raisonnables, établissant qu'un organisme de charité met ses ressources à la disposition d'une entité inscrite,¹³⁵ ou à la disposition d'une entité (non inscrite) qui se livrait, se livre ou se livrera à une activité terroriste.¹³⁶ Les renseignements à la source de ces motifs raisonnables peuvent porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Ils relèvent de renseignements de sécurité et de criminalité obtenus sous le sceau du secret, de sources canadienne ou étrangère.¹³⁷

L'essentiel de la procédure exige qu'un juge désigné de la Cour fédérale se prononce sur la raisonnablement du certificat. Pour ce faire, des règles très similaires à celles de la LIPR, à son article 83, ont été mises en place. En bref, le juge désigné doit « garantir » la confidentialité de ces renseignements s'ils portent atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. Il procède informellement dans la mesure où les considérations de justice naturelle et d'équité le permettent. Il procède *ex parte in camera* mais peut divulguer des renseignements qui ne portent pas atteinte à la sécurité nationale et à celle d'autrui. Le demandeur du statut d'organisme de bienfaisance enregistré peut être entendu. Le juge désigné peut se fonder sur tout élément d'information, même inadmissible en droit,

¹³⁴ L.C. 2001, ch. 41.

¹³⁵ Au sens de l'article 83.01 du Code criminel. Nous référons le lecteur à notre section précédente.

¹³⁶ La loi fait là encore référence à la définition de ce terme au Code criminel.

¹³⁷ Art. 3.

pourvu qu'il soit « digne de foi et utile ». ¹³⁸ La décision du juge désigné est finale et sans appel.

Bien que les règles applicables rappellent sans erreur celles de la LIPR, il demeure qu'aucun régime d'avocat spécial ne s'applique à ces procédures. Une déclaration de principe est à l'effet que « l'utilisation des renseignements [...] pour déterminer l'admissibilité au statut d'organisme de bienfaisance enregistré ou le maintien de ce statut doit se faire de la façon la plus transparente et équitable possible, compte tenu de la sécurité nationale et de la sécurité d'autrui ». ¹³⁹ Comme nous l'avons vu précédemment, le juge désigné doit, comme sous la LIPR, divulguer un résumé qui ne porte pas atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. Naturellement, le juge désigné conserve son pouvoir discrétionnaire et accessoire de nommer un *amicus* dont l'objectif est d'assister la Cour dans le plein exercice de sa juridiction et qui a pour effet d'instaurer un réel débat contradictoire favorisant nécessairement une divulgation accrue.

Contrairement aux thèmes précédents, ce régime est bien davantage problématique en lien avec l'article 7 de la *Charte* ou les obligations d'équité procédurale. En effet, le demandeur est, au sens de la *Loi*, une « personne morale, organisation ou fiducie qui demande au ministre du Revenu national le statut d'organisme de bienfaisance enregistré ». ¹⁴⁰ Conséquemment, il est difficile de voir comment l'article 7 pourrait faire intervenir la vie, liberté ou sécurité d'un justiciable.

Dans un tel contexte, il est tout aussi difficile de prétendre, compte tenu notamment de l'objet de la loi et des conséquences possibles, que les obligations d'équité procédurale se situent à l'extrémité généreuse du spectre de la divulgation et de la participation au débat contradictoire sur le fond réel de l'affaire.

En élargissant quelque peu notre propos, le lecteur pourra voir dans cet exemple un système dans lequel l'usage – au mérite de l'affaire – de renseignements secrets non divulgués au justiciable ne constitue vraisemblablement pas un sujet qui alimente les mêmes réflexions que celles engendrées, par exemple, par le régime des certificats de sécurité. Il pourrait ainsi constituer un régime non contentieux de l'usage du secret et mettre en perspective les régimes précédemment discutés.

¹³⁸ Ces règles se retrouvent à l'article 6 de la loi.

¹³⁹ Al. 2(b).

¹⁴⁰ Art. 3.

5. Conclusion

Tout au long de ce texte, nous nous sommes efforcés de considérer les diverses règles de droit applicables à des contextes variés sous l'angle d'une participation effective au mérite de l'affaire lorsque celle-ci se fonde sur des renseignements liés à la sécurité nationale. Cette participation effective a pour objet ou pour effet de favoriser une divulgation publique plus étendue de ce qui peut échapper à la confidentialité propre à ce type d'information.

Comme nous avons pu le voir, l'intensité respective de la participation adverse au mérite de l'affaire et de la divulgation qui en découle varie selon l'objet du litige et ses conséquences pour le justiciable mais aussi pour le public.

Certes, aucun régime législatif n'est à l'abri de la critique et l'usage de renseignements secrets dans l'arène judiciaire est encore susceptible de générer de nombreux débats. Nous nous permettons cependant l'opinion suivante : il est peu probable que l'État renonce à ses secrets et qu'il renonce à l'usage de ceux-ci au soutien de procédures judiciaires. Si cette prémisse a un sens particulier à la lumière des dix années écoulées depuis le 11-Septembre, elle demeure vraisemblable depuis un passé encore plus éloigné.

Dans un tel contexte, il est de la responsabilité du pouvoir judiciaire de contrôler la légalité de ces procédures qui impliquent le secret d'État. Jamais le constitutionnalisme et la division des pouvoirs n'ont pris un sens plus aigu que dans la surveillance, par les cours de justice, des activités secrètes de l'État et de l'usage des renseignements qui en découlent. Il est même possible d'affirmer qu'il s'agit là du rôle ultime du pouvoir judiciaire dans notre modèle canadien.

La conséquence de ce qui précède est la mise en place de mécanismes visant à assister le pouvoir judiciaire dans cette lourde mais essentielle tâche. Ces mécanismes ne sont pas à l'abri des critiques et sont sujets à constante amélioration. Cependant, il est soumis qu'ils doivent être vus positivement, dans la perspective de mener ces procédures judiciaires exceptionnelles au plus haut degré de conformité avec l'essence de notre procédure adverse, même si certains compromis liés à la sécurité nationale semblent inévitables.

Après tout, la conciliation d'intérêts opposés ne fait-elle pas partie de l'exercice judiciaire?

François Dadour, août 2011