

« Vue du « bunker » : le rôle de la Cour fédérale en matière de sécurité nationale »

Hon. Richard G Mosley, Cour fédérale.¹ Conférence prononcée à la Faculté de droit – Section de common law, de l’Université d’Ottawa, le 25 novembre 2015.

Je vous remercie de m’offrir l’occasion de vous adresser la parole au sujet du rôle de la Cour fédérale en matière de sécurité nationale.

Je suis heureux de pouvoir à nouveau prendre la parole dans ce lieu. J’étais membre de la première cohorte qui a obtenu son diplôme ici en 1974. La faculté de droit était un endroit très différent à l’époque. En fait, on ne parlait pas tant de fréquenter la faculté de droit que de survivre au règne de terreur qui était la norme dans les études juridiques à ce moment-là, en particulier en première année.

Au cours de la deuxième et de la troisième année, nous pouvions nous détendre un peu et faire une ou deux choses intéressantes. Dans mon cas, ce furent entre autres la Revue de droit et ce qu’on nommait alors la Clinique estudiantine d’aide juridique (Student Legal Aid Society). Rien ne prouve que j’aie pu valablement contribuer à la Revue de droit. Je consacrais une bonne partie de mes loisirs à notre clinique d’aide juridique et à un lieu de rencontre, la maison du droit (Law House), où on trouvait une machine distributrice qui vendait de la bière. Nonobstant cette source de distraction, grâce à l’aide du conseiller de la faculté et à l’indulgence des juges qui présidaient les audiences, j’ai été en mesure de représenter quelques clients dans des affaires d’infractions punissables par procédure sommaire et de petites créances. Ces activités m’ont mené à un stage dans un cabinet spécialisé en droit pénal, puis à une offre d’emploi de la part du procureur de la Couronne. Les choses se sont enchaînées et, sans que je m’en rende compte, 40 années ont passé avant que je me retrouve ici aujourd’hui.

J’ai pensé intituler mon allocution « vue du “ bunker ” », parce que j’y passe beaucoup de temps et parce qu’une grande partie du travail de la Cour fédérale en matière de sécurité nationale est effectué dans ces installations. Vous avez peut-être déjà entendu parler du « bunker », comme le nomment affectueusement celles et ceux qui y travaillent. Le lieu est considéré comme un sujet délicat pour des raisons de sécurité et je ne vais pas vous révéler où il est situé. Mais je peux vous dire que pendant de nombreuses années, il se trouvait dans un lieu souterrain profond où de la moisissure ornait les murs, où l’air était irrespirable et qui était doté d’une porte semblable à celle de la chambre forte d’une banque qu’on verrouillait derrière nous quand nous entrions. Je n’ai jamais connu la combinaison de cette serrure et je me suis parfois demandé, quand j’y travaillais seul, ce qui arriverait si un incendie se déclenchait dans l’immeuble. Est-ce que

¹ La présente allocution a été préparée avec l’aide de M^e Sylvia Mackenzie, du Barreau du Québec, et de mon auxiliaire juridique, Leah Sherriff.

quelqu'un se souviendrait qu'il y avait un juge profondément sous terre et viendrait à ma rescousse? Heureusement, cela ne s'est jamais produit. Nous travaillons maintenant dans un milieu beaucoup plus plaisant au-dessus de la terre, mais toujours sécurisé, d'où je peux m'échapper seul, le cas échéant. Pourtant, nous l'appelons toujours le « bunker ».

Dans le « bunker », nous avons des salles d'audience et des cabinets pour les juges et les fonctionnaires qui participent au bon déroulement de notre travail dans ce qu'on appelle « le service des instances désignées ». On y trouve aussi des espaces de travail pour les défenseurs spéciaux, les amis de la Cour et les stagiaires en droit qui ont à traiter des documents classifiés. Nous avons des installations d'entreposage sécuritaires pour nos dossiers ainsi qu'un réseau informatique interne qui n'est pas relié au monde extérieur. Lorsque nous entrons, nous devons laisser nos appareils électroniques à l'extérieur des installations. Le service est en grande partie autonome. Quand j'utilise un ordinateur, je peux extraire d'une base de données interne tous les dossiers électroniques dont j'ai besoin. Tout ce dont nous pourrions avoir besoin pour prendre connaissance de la preuve et pour rédiger nos décisions peut être fait à l'intérieur de l'installation.

Les « instances désignées » sont les affaires qui, par une décision du Parlement, doivent être tranchées par le juge en chef de la Cour fédérale ou par un juge de la Cour que le juge en chef désigne. Le Parlement a conféré à la Cour fédérale un rôle important dans le domaine de la sécurité nationale au moyen de nombreuses lois fédérales. On trouve notamment des dispositions à cet effet dans la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, la *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)*, L.C. 2001, ch. 41, art. 113, et la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11.

La formule de désignation est généralement semblable dans chacune de ces lois et elle se trouve habituellement dans les articles contenant les définitions. Dans la *Loi sur le SCRS*, on trouve la définition à l'article 2, et celle-ci s'applique à chaque mention du mot « juge » qui figure dans ce texte de loi. Dans d'autres cas, la mention du juge en chef et des juges désignés peut être liée à un ou à des articles en particulier de la loi qui confère compétence à la Cour. C'est le cas, à titre d'exemple, de la définition du mot « juge » à l'article 83.05 du *Code criminel*, qui porte sur la liste des entités qui peut être établie par le gouverneur en conseil.

Par contre, les articles 83.13 et 83.14 du *Code criminel*, qui traitent de la saisie, du blocage et de la confiscation de biens, font simplement mention d'un juge de la Cour fédérale. En pratique toutefois, il est probable qu'on aura recours à un juge désigné qui sera appelé à exercer cette compétence, étant donné que le gouvernement peut invoquer des renseignements classifiés et

présenter une demande en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour empêcher qu'ils soient divulgués.

Les employés du greffe, les amis de la cour, les défenseurs spéciaux, les stagiaires en droit et les fonctionnaires du gouvernement qui entrent au « bunker » ont tous des autorisations de sécurité et sont assujettis à la *Loi sur la protection de l'information*. Il peut s'agir de personnes qui travaillent pour l'un ou l'autre des ministères ou organismes qui sont énumérés à l'annexe de la Loi ou de personnes qui ont elles-mêmes reçu un avis les astreignant au secret à perpétuité, comme le prévoit le paragraphe 10(1).

Les juges désignés ne reçoivent pas d'autorisation ni d'avis de cette nature. Toutefois, nous sommes passés au crible par la GRC qui cherche à savoir si nous avons un casier judiciaire et si nous faisons l'objet d'une enquête de sécurité par le SCRS avant d'être nommés juges. Ces mesures ont pour but de faire en sorte qu'aucune préoccupation de nature criminelle, de sécurité ou autre ne nuise à notre aptitude à être nommés juges. Cependant, il serait inapproprié que nous fassions l'objet de vérifications, après avoir été nommés et avant de présider des instances désignées, par les mêmes organismes gouvernementaux qui nous demandent d'autoriser des opérations intrusives.

Nous commettrons probablement de nombreuses infractions à la *Loi sur la protection de l'information* si l'envie nous prenait de faire le trafic de renseignements dont nous prenons connaissance dans l'exercice de nos fonctions. Je suppose que ce serait le cas et je ne voudrais pas être le juge qui le vérifierait. Je n'ai donc pas l'intention de divulguer quelque secret que ce soit ici aujourd'hui, mais je voudrais surtout vous parler en termes généraux de la nature de notre travail.

Je tiens à souligner que c'est le juge en chef qui sélectionne les juges qui sont chargés de ce travail et que le gouvernement du Canada n'intervient pas dans notre sélection.

À l'heure actuelle, nous sommes à peu près dix. Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles un petit nombre de juges se voient confier du travail en matière de sécurité nationale. Les juges désignés font souvent partie des juges les plus expérimentés de la Cour ou possèdent des antécédents ou un ensemble précis de compétences qui font en sorte que le travail leur convient particulièrement bien.

En ce qui me concerne, j'ai été nommé à la Cour en novembre 2003 et je suis devenu juge désigné deux ans plus tard. Le juge en chef considérait qu'une « période de réflexion » était nécessaire, parce que j'avais participé activement à la coordination de la réaction du gouvernement fédéral aux attaques du 11 septembre, laquelle a abouti à l'adoption de la *Loi antiterroriste* en 2001.²

² L.C. 2001, ch. 41.

Avant ma nomination, mes responsabilités au ministère de la Justice relevaient principalement du domaine de la politique en matière de droit pénal. À ce titre, j'étais un consommateur de produits du renseignement, mais je n'ai jamais directement pris part aux activités opérationnelles et je n'ai jamais fourni de conseils aux services de renseignement. Néanmoins, je pouvais donner l'impression que j'étais trop proche du gouvernement. C'est la raison pour laquelle un délai s'imposait avant que je puisse commencer à travailler dans ce domaine.

Le fait de confier à un petit nombre de juges l'instruction des questions de sécurité nationale limite la possibilité que des renseignements de nature hautement confidentielle soient divulgués par inadvertance.

Limiter le nombre de juges qui font ce travail permet aussi d'approfondir et de concentrer l'expertise en la matière et est de nature à susciter la collégialité et la cohérence dans notre processus décisionnel, tout en laissant à chaque juge le soin de trancher chaque cas de façon indépendante et comme il ou elle l'entend. Mais nous avons des échanges au sujet des pratiques exemplaires, de nouvelles questions qui pourraient se poser à la suite de modifications législatives ou des points nouveaux ou différents qui se présentent dans une affaire. Nous avons occasionnellement siégé en formation plénière pour entendre une preuve technique qui pourrait se présenter dans une série d'affaires dont nous sommes saisis.

Nous rencontrons aussi de temps à autre des juges qui siègent en matière de sécurité nationale dans d'autres ressorts, ainsi que des universitaires spécialisés dans les domaines des droits de la personne et des libertés publiques, de la protection de la vie privée, de la technologie et des affaires internationales – en plus de la sécurité nationale. Nous réunissons des points de vue de différents horizons au cours de ces discussions.

Restrictions

À la fin de mon allocution, je serai heureux de répondre à vos questions, dans la mesure où vous ne vous attendez pas à ce que je parle de causes dont je suis actuellement saisi ou que je suis susceptible d'instruire à l'avenir. Je suis persuadé que vous reconnaîtrez que je dois être prudent dans mes propos.

Bien que je sois conscient de la controverse qu'ont suscitées les modifications apportées par l'édiction récente des projets de loi C-44, la *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois*, et C-51, la *Loi antiterrorisme de 2015*, vous comprendrez aussi que je ne peux pas faire de commentaires sur la sagesse ou sur la constitutionnalité de ces modifications autrement que par le truchement de mes motifs de jugement. Il se pourrait bien que des questions concernant ces mesures législatives me soient posées ou à l'un de mes collègues désignés en vue d'une décision. Par exemple, lundi dernier, j'ai rendu une décision³ dans laquelle j'étais appelé à interpréter des modifications à la *Loi sur le*

³ *Canada (Procureur général) c Almalki et autres*, 2015 CF 1278.

SCRS qui ont été adoptées au moyen du projet de loi C-44. Bien que je puisse maintenant émettre des commentaires sur les raisons pour lesquelles cela a été fait, mes motifs de jugements doivent se suffire à eux-mêmes.

Je dois également vous prévenir que je m'exprime en mon nom personnel et que mes observations ne traduisent pas nécessairement l'avis de mes collègues désignés ou de la Cour dans son ensemble.

Un peu d'histoire...

Avant d'entrer dans le vif du sujet et d'aborder le travail que nous faisons, j'aimerais vous tracer un peu l'histoire de notre rôle dans les affaires de sécurité nationale, parce que nous avons constaté qu'on croit, dans certains milieux, qu'il s'agit d'une innovation assez récente. Au contraire, cela remonte à plus de trente ans. Certains se demandent aussi pourquoi le Parlement a accordé la compétence à la Cour fédérale dans ce domaine, par opposition aux cours supérieures provinciales.

Le rôle de la Cour fédérale en matière de sécurité nationale découle en grande partie des recommandations de la Commission McDonald.⁴ La Commission avait été mise sur pied en 1977 en vertu de la *Loi sur les enquêtes*, sur la foi d'allégations d'actes illicites par le Service de sécurité de la GRC, lesquels avaient semé l'inquiétude au sein de la population. La Commission, présidée par le juge D.C. McDonald, de l'Alberta, a obtenu un mandat large l'invitant entre autres à donner des conseils sur le caractère adéquat de nos lois relativement à la sécurité nationale. La Commission a produit trois rapports entre 1979 et 1981.

À l'époque, les mandats autorisant l'interception de communications par le Service de sécurité de la GRC étaient décernés par le Solliciteur général (tel était alors le nom de l'actuelle ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), en vertu du paragraphe 16(2) de la *Loi sur les secrets officiels*. Cette disposition avait été promulguée en 1974, dans le cadre de la *Loi sur la protection de la vie privée* au titre si euphémique, laquelle donnait effet à ce qui était alors la partie IV.I (qui est devenue la partie VI) du *Code criminel*.⁵ Les modifications au Code criminalisaient l'écoute électronique et exigeaient une autorisation judiciaire pour pouvoir s'y livrer légalement dans le cadre d'enquêtes criminelles. Les mandats de sécurité étaient soustraits aux infractions et à l'obligation d'obtenir une autorisation judiciaire.

Avant 1974, le recours à la surveillance électronique par la police, y compris le Service de sécurité de la GRC, ne faisait pas l'objet de nombreuses mesures de contrôle, à l'exception de certaines lois provinciales. La Commission McDonald a entendu des témoignages selon lesquels, sous le régime mis en place en 1974, les solliciteurs généraux n'étudiaient pas attentivement les

⁴ Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979-1981).

⁵ L.C. 1973-1974, ch. 50, art. 6.

demandes de mandat de la GRC et qu'ils avaient été délibérément induits en erreur dans certains cas.

Le Royaume-Uni se fonde encore sur des mandats décernés par le pouvoir exécutif. Dans les affaires de sécurité nationale, les mandats sont décernés par le secrétaire de l'Intérieur. On envisage actuellement d'y modifier le droit, notamment à la suite du rapport⁶ rendu public l'été dernier par David Anderson, c.r., l'Examineur indépendant des lois antiterrorisme du Royaume-Uni. Il n'existe aucune fonction semblable au Canada. M. Anderson a étudié notre système dans le cadre de la rédaction de son rapport. Le 4 novembre 2015, le gouvernement du Royaume-Uni a déposé un projet de loi intitulé [TRADUCTION] projet de loi concernant les pouvoirs d'enquête (*Investigatory Powers Bill*)⁷ qui avait notamment pour effet de créer un nouveau mécanisme de surveillance judiciaire des mandats d'interception et d'intrusion ainsi que d'autres pouvoirs. Il est bon de signaler que le secrétaire de l'Intérieur a personnellement autorisé 2 345 mandats d'interception et renouvellements en 2014.⁸

Ici au Canada, la Commission McDonald a recommandé que des normes régissant l'octroi des mandats, semblables à celles qu'exigent les enquêtes criminelles, soient adoptées en matière de sécurité nationale et que la décision d'autoriser l'interception de communications soit prise par un juge, plutôt que par un ministre de la Couronne. Afin de s'assurer que des juges ayant une expérience raisonnable soient disponibles pour l'instruction des demandes de cette nature, la Commission a recommandé qu'un groupe restreint de juges de la Cour fédérale soit désigné à cette fin. Cela a marqué le début, je crois, de la notion des instances désignées à la Cour fédérale.

La Commission McDonald a également recommandé que soient adoptés de grands changements en ce qui concerne la divulgation de renseignements confidentiels dans le cadre des instances judiciaires. En common law, le privilège de la Couronne était sacro-saint. Comme cela ressort de décisions telles que l'arrêt rendu en 1942 par la Chambre des lords dans l'affaire *Duncan v Cammel Laird*,⁹ cela signifiait que lorsque l'exécutif déclarait que la non-divulgation était requise pour des raisons de sécurité nationale les tribunaux étaient liés par ses déclarations. En 1968, la règle avait été assouplie sous le régime de la common law anglaise, comme en fait foi la décision des Lords dans l'arrêt *Conway v Rimmer*.¹⁰ Je me souviens d'avoir été mis au courant de cette nouvelle situation à la faculté de droit, où elle nous avait été présentée comme un signe annonciateur du meilleur des mondes en matière de droit public.

Au Canada, le privilège d'intérêt public a été énoncé au paragraphe 41(2) de la *Loi concernant la Cour fédérale*,¹¹ qui a été édictée en 1972. Selon son libellé de l'époque où le juge McDonald et

⁶ *A Question of Trust: Report of the Investigatory Powers Review*, juin 2015.

⁷ <https://www.gov.uk/government/publications/draft-investigatory-powers-bill> (4 novembre 2015).

⁸ *A Question of Trust*, paragraphe 7.33

⁹ *Duncan v. Cammell, Laird and Company Limited*, [1942] AC 264, [1942] UKHL 3.

¹⁰ *Conway v. Rimmer* [1968] AC 910, [1968] 1 All ER 874, [1968] UKHL 2.

¹¹ L.R.C. 1970, ch. 10 (2^e supp.), entrée en vigueur le 1^{er} août 1972 (L.C. 1970-71-72, ch. 1, art. 41).

ses collègues effectuaient leur travail, le paragraphe 41(2) disposait qu'un ministre de la Couronne pouvait interdire l'examen de tout document devant un tribunal en délivrant un certificat attestant que la production du document ou de son contenu serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Autrement dit, une opposition du ministre à la divulgation pour l'un de ces trois motifs était déterminante et ne pouvait pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Soit dit en passant, cette vaste notion de privilège d'intérêt public continue d'être le droit en vigueur aux États-Unis dans les affaires civiles.¹² Maher Arar s'y est buté quand il a voulu obtenir une réparation des États-Unis pour l'avoir livré à la Syrie.¹³ En fait, le privilège des « secrets d'État », comme on le nomme là-bas, signifie qu'un plaideur civil ne peut pas avoir accès aux dossiers du gouvernement pour prouver le bien-fondé de sa cause si le gouvernement invoque la sécurité nationale dans sa défense. Cependant, il existe un droit restreint à la divulgation des secrets gouvernementaux dans les affaires pénales en vertu du *Classified Information Procedures Act*¹⁴ des États-Unis.

La Commission McDonald a recommandé des réformes dans ce domaine. Elle a proposé que les lois soient édictées pour adopter un critère qui obligerait le tribunal à soupeser les intérêts en jeu, un peu comme le critère qui avait été élaboré dans l'arrêt *Conway v Rimmer*, et pour que la décision soit rendue par un juge qui a pris connaissance de la preuve et de l'argumentation à huis clos, ce qui signifie que la cour siègerait derrière des portes closes ou en privé. La Commission a jugé que la Cour fédérale était l'organisme le mieux placé pour rendre des décisions de cette nature.

Dans son deuxième rapport, la Commission s'est prononcée en faveur de l'établissement d'un organisme civil de renseignement de sécurité distinct de la GRC ainsi que de l'élaboration d'un texte de loi fondé sur un régime d'enquête et prévoyant la délivrance de mandats judiciaires pour autoriser la surveillance électronique et d'autres activités intrusives. La Commission estimait que cette compétence devait également être confiée à la Cour fédérale.

Les recommandations visant à créer un nouveau service de renseignement de sécurité et à étendre la compétence de la Cour fédérale ont été mises en œuvre par le Parlement au moyen de modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*¹⁵ en 1982 et de la rédaction de la *Loi sur le SCRS*

¹² Voir par exemple *Mohamed v. Jeppesen*, 579 F.3d 943, 949-52 (9th Cir.); 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010) (en plénière).

¹³ *Arar v. Ashcroft*, 414 F.Supp.2d 250 (E.D. N.Y. 2006); conf. en formation plénière par la Cour d'appel du deuxième circuit, 585 F.3d 559 (2d Cir. 2009) (en plénière); requête en *certiorari* rejetée par la Cour suprême, 2010-06-14.

¹⁴ 18 U.S.C. App. III., articles 1 à 16.

¹⁵ L.R.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4.

en 1984.¹⁶ Ce régime, avec les quelques modifications qui y ont été apportées en 2001 et plus récemment, a déterminé le contexte législatif que nous connaissons aujourd'hui.

Les lois exigeaient que la Cour se prononce sur des affaires qui relevaient auparavant de la prérogative du pouvoir exécutif et elles obligeaient la Cour à abandonner sa pratique séculaire consistant à tenir des enquêtes publiques, puisque la plupart des audiences devaient se tenir à huis clos ou *ex parte* (ce qui signifie que seuls la Couronne ou le gouvernement est représenté à l'audience).

Dès le début, la Cour fédérale a pris des mesures pour garantir son indépendance par rapport au pouvoir exécutif du gouvernement. Un exemple que je pourrais vous donner à ce sujet concerne la formation et l'éducation. Au cours des dernières années, les affaires instruites par les juges désignés n'ont cessé de gagner en complexité. Nous avons donc mis au point nos propres mécanismes internes de breffage et d'orientation ainsi qu'un programme de formation continue dans le cadre duquel nous invitons des experts qui nous présentent des conférences sur divers sujets concernant notre travail. En agissant ainsi, nous avons pris grand soin d'éviter toute situation d'influence indue. Quand nous avons besoin d'être informés sur de nouvelles technologies, par exemple, il nous est arrivé d'inviter des juges à la retraite de rang élevé à étudier le contenu à l'avance. Pour examiner de nouvelles questions complexes, nous avons fait appel à des avocats du secteur privé qui ne sont pas parties aux instances pour qu'ils agissent comme amis de la cour afin qu'ils entendent les témoignages et qu'ils présentent des observations sur les faits et sur le droit applicable.

J'aimerais parler maintenant de notre compréhension de la notion de sécurité nationale.

La signification de « sécurité nationale »

L'essence même du travail que fait la Cour dans le cadre des instances désignées consiste à trouver le juste équilibre entre les droits individuels et notre intérêt collectif en matière de sécurité nationale. Mais quelle est la nature de cet intérêt collectif?

La « sécurité nationale » est une notion quelque peu floue en droit canadien. Selon la Commission McDonald, elle comporte deux conditions centrales : la nécessité de préserver le territoire de notre pays contre toute attaque ainsi que celle de préserver et de maintenir les processus démocratiques de l'État. La Commission a statué que toute tentative visant à miner ces deux conditions par des moyens violents constitue une menace envers la sécurité du Canada.

Le Parlement a défini les « menaces envers la sécurité du Canada »; ces menaces incluent l'espionnage et le sabotage, les activités influencées par l'étranger qui sont préjudiciables au Canada, les activités qui favorisent l'usage de la violence grave ou de menaces de violence dans

¹⁶ L.R.C. 1985, ch. C-23.

le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique, ainsi que les activités qui visent à renverser le gouvernement.

Dans l'arrêt *Suresh*,¹⁷ qui a été rendu public quelques mois après les événements du 11 septembre, la Cour suprême du Canada a conclu qu'un danger pour la sécurité du Canada ne se limitait pas à une menace directe contre le Canada lui-même. D'après la Cour, il doit exister « une possibilité réelle et sérieuse d'un effet préjudiciable au Canada. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que la menace soit directe; au contraire, elle peut découler d'événements qui surviennent à l'étranger, mais qui, indirectement, peuvent réellement avoir un effet préjudiciable à la sécurité du Canada ». ¹⁸ Comme l'a récemment fait remarquer la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *X (Re)*, « la capacité d'un État à assurer sa protection à l'encontre des menaces envers la sécurité nationale dépend de sa capacité à obtenir des renseignements précis et en temps utile concernant de telles menaces ». ¹⁹

Mon collègue le juge Simon Noël a conclu, dans l'affaire de la Commission Arar, que la « "sécurité nationale" s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés ». ²⁰

Lorsque la Cour a commencé à travailler dans le domaine de la sécurité nationale dans les années 1980, elle se concentrait surtout sur la délivrance de mandats qui avaient été demandés pour contrecarrer les activités ou les intentions d'organismes de renseignement étrangers. Il s'agissait d'un défi plus simple que ceux qui allaient se présenter plus tard. Durant la guerre froide, la principale menace pour la sécurité canadienne venait des capacités militaires et de renseignement des pays du Pacte de Varsovie.

Comme nous l'avons vu le 11 septembre à New York et à Washington et depuis cette date à Londres, à Madrid et à Paris, la plus grande menace aujourd'hui vient des réseaux internationaux de terroristes et de particuliers qui sont animés par une idéologie extrémiste. En octobre de l'année dernière, nous avons été témoins des préjudices que deux individus perturbés qui s'étaient inspirés d'un tel extrémisme pouvaient causer ici même, au Canada. Ces personnes peuvent être des citoyens « du pays » qui sont nés et ont grandi dans la société même qu'ils désirent prendre pour cible, comme nous venons tout juste de le voir à Paris.

La responsabilité de faire face aux menaces terroristes de sources extérieures ou intérieures est l'une des plus importantes pour tout gouvernement. Comme l'a exprimé le juge en chef Warren Burger dans une décision fréquemment citée qui a été rendue en 1981 par la Cour

¹⁷ *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

¹⁸ *Id.*, paragraphe 88.

¹⁹ *X (Re)*, 2014 CAF 249, au paragraphe 77, 377 D.L.R. (4th) 735.

²⁰ *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, au paragraphe 68.

suprême des États-Unis, *Haig v Agee*²¹ : [TRADUCTION] « nul intérêt gouvernemental n'est plus impérieux que la sécurité de la Nation », parce que sans cette sécurité, il n'est pas possible pour l'État de protéger d'autres valeurs et intérêts, comme les droits de la personne.

L'arrêt *Agee* est intéressant en raison de ses similitudes avec les actes d'Edward Snowden et d'autres affaires qui se passent aujourd'hui. *Agee* était un agent de la CIA qui s'était rebellé et qui avait rendu publics des renseignements très secrets à propos d'agents des États-Unis qui étaient actifs dans des pays étrangers, dont certains avaient été mis en danger par son geste. Le secrétaire d'État a révoqué le passeport de M. *Agee*, et celui-ci a intenté une poursuite pour qu'il soit rétabli. La controverse concernait la portée du pouvoir de l'exécutif de priver un citoyen de la protection de l'État. En fin de compte, la mesure prise par le gouvernement a été confirmée. La révocation du droit à la citoyenneté est encore un enjeu important.

Le droit qu'a l'État de prendre des mesures fortes qui sont proportionnées aux menaces exercées contre lui dans le but de protéger la sécurité nationale est reconnu en droit international, dans des instruments internationaux tels que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ainsi que par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans des arrêts comme *Chiarelli*,²² *Ruby*²³ et *Medovarski*.²⁴

Toutefois, la Cour a fait ressortir le fait que l'exécutif doit avoir recours à ses ressources policières, militaires ou de renseignement en tenant dûment compte de nos libertés publiques, de nos valeurs canadiennes et des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*.²⁵ La juge en chef Beverley McLachlin a insisté sur cette question dans la première des décisions de la Cour suprême dans l'affaire *Charkaoui*, dans laquelle elle s'est exprimée comme suit :

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu'il doive agir sur la foi de renseignements qu'il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu'elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être

²¹ 453 US 280 (1981), au paragraphe 307.

²² *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711.

²³ *Ruby c Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3.

²⁴ *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539.

²⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, article 7, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act 1982 (R.-U.)*, 1982, ch. 11.

*réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d'une gouvernance constitutionnelle responsable.*²⁶

Cette tension se reflète dans le travail que nous faisons à titre de juges désignés. Le juge Ian Binnie a bien saisi ce concept dans un discours qu'il a prononcé à Hong Kong en 2004.²⁷ Après avoir passé en revue une série de décisions des tribunaux du Canada et d'autres ressorts, le juge Binnie a conclu par cette affirmation :

[TRADUCTION] *Le conflit entre les droits de la personne et la sécurité nationale est véritablement un choc de titans. Cependant, les tribunaux ne doivent certes pas accepter trop vite qu'il existe nécessairement un affrontement chaque fois que le gouvernement le prétend. Souvent, il est possible de trouver un juste milieu où les intérêts contradictoires peuvent être conciliés. Je suis convaincu qu'une déclaration des droits bien établie peut aider énormément à cet égard, mais les instruments, même s'ils sont utiles, ne donneront rien si les tribunaux ne sont pas disposés à s'en servir.*

Le juge Binnie faisait bien sûr allusion à des instruments comme notre *Charte* quand il a mentionné une déclaration des droits bien établie. Il a parlé d'un « choc des titans » pour décrire le défi qui consiste tenir compte des intérêts individuels tout en livrant une soi-disant « guerre à la terreur ».

Au cours des premières années qui ont suivi le 11 septembre, certains juges ont dit que les tribunaux devaient s'en remettre à l'exécutif dans des affaires de cette nature, en raison de la légitimité que le scrutin confère aux dirigeants politiques. Pour reprendre une citation d'une décision anglaise, les dirigeants politiques devraient avoir [TRADUCTION] « un degré adéquat de confiance pour se convaincre de l'intégrité et du professionnalisme de leur service de sécurité ».²⁸

Selon une opinion courante à l'époque, les tribunaux étaient mal préparés pour évaluer les menaces à la sécurité nationale. Lord Hoffman l'a exprimé clairement dans l'arrêt *Secretary of State for the Home Department v Rehman*,²⁹ peu de temps après le 11 Septembre :

[TRADUCTION] [...] les événements qui se sont récemment produits à New York et à Washington [...] nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité

²⁶ *Charkaoui et al c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 1 [Charkaoui I].

²⁷ *Entrenched Rights in the Age of Counterterrorism*, juge Ian Binnie, Cour suprême du Canada, Première Conférence de Hong Kong en droit pénal, le 13 novembre 2004.

²⁸ *A, X and Y & Others v Secretary of State for the Home Department* [2003] 1 All E.R. 816 (C.A.).

²⁹ [2001] 3 W.L.R. 877, au paragraphe 62.

nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter.

Les propos de Lord Hoffman ont été cités et approuvés par la Cour suprême du Canada quelques mois plus tard dans l'arrêt *Suresh*.³⁰

Je pense que je puis dire avec un certain degré de confiance que les tribunaux ont appris beaucoup au cours de la dernière décennie au sujet des opérations menées par l'exécutif et les organismes de sécurité. Même lorsqu'elles sont entreprises avec une bonne foi absolue et dans l'intérêt de la sécurité nationale, ces opérations peuvent provoquer des erreurs qui ont des conséquences réelles sur les droits de la personne concernée.

Au Canada, les rapports O'Connor³¹ et Iacobucci³² ont été publiés pour nous éclairer sur ce qu'il était advenu de quatre citoyens canadiens. Aussi, aux États-Unis, le Comité du renseignement du Sénat a examiné de près le programme de détention et d'interrogatoire de la CIA. De nombreux autres renseignements à propos des opérations de sécurité qui ont suivi le 11 septembre sont maintenant du domaine public.

Je crois que nous sommes mieux outillés maintenant que nous ne l'étions il y a une décennie pour évaluer si les menaces à la sécurité nationale qui sont perçues par l'exécutif sont bien justifiées par la preuve et sont raisonnables ou non.

Le défi demeure de trouver un compromis avec les intérêts nationaux légitimes, y compris la sécurité et les droits des particuliers, ce que le juge Binnie a qualifié de « choc des titans » en 2004.

Cela étant dit, permettez-moi de vous parler de la nature de notre travail.

La nature de notre travail³³

³⁰ [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 31 à 34.

³¹ *Rapport de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006.

³² *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008.

³³ Pour cette partie de la conférence, je me suis inspiré d'une allocution prononcée par l'honorable juge Anne Mactavish au Philippe Kirsch Institute de Toronto le 14 septembre 2015, dans laquelle elle a parlé de sécurité nationale, de droits de la personne et de la Cour fédérale, ainsi que d'exposés qui ont déjà été présentés par feu le juge Edmond Blanchard et la juge Eleanor Dawson, qui siégeaient alors tous les deux à la Cour fédérale.

Comme je l'ai mentionné auparavant, nous exerçons notre compétence en matière de sécurité nationale sous le régime de diverses lois du Parlement. Avant que j'aborde les principales sources, je vais décrire brièvement plusieurs des plus récentes lois.

La *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* est entrée en vigueur en juin de cette année. Elle donne au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile le pouvoir de tenir une liste des personnes interdites de déplacements aériens au sujet desquelles il existe des motifs raisonnables de soupçonner soit qu'elles participeront ou tenteront de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports, soit se déplaceront en aéronef dans le but de commettre une infraction de terrorisme. Une personne inscrite sur la liste et à laquelle on a refusé du transport pour ce motif peut demander au ministre d'enlever son nom de la liste; si le ministre refuse d'enlever le nom de la personne de la liste, celle-ci peut interjeter appel à la Cour fédérale, où ce sera le travail d'un juge désigné de déterminer si la décision du ministre est raisonnable. Son examen de l'affaire peut être basé sur des renseignements confidentiels, notamment les renseignements obtenus d'organismes de sécurité étrangers.

À la demande du ministre, le juge doit recevoir ces éléments de preuve derrière des portes closes et en l'absence de l'appelant et de son avocat si, de l'avis du juge, leur divulgation pouvait être préjudiciable à la sécurité nationale. Le juge doit faire en sorte qu'on remette à l'appelant un résumé de l'information de manière à ce qu'il soit raisonnablement renseigné sur la cause du ministre.

Le *Code criminel* a été modifié en 2001 par la *Loi antiterroriste* adoptée la même année en vue de conférer à la Cour fédérale le pouvoir de soumettre à un contrôle judiciaire l'inscription, par le gouverneur en conseil, d'une entité au sujet de laquelle on a des motifs raisonnables de croire qu'elle s'est livrée ou a tenté de se livrer à une activité terroriste, qu'elle y a participé ou qu'elle l'a facilitée.

La Cour s'est également vu conférer le pouvoir, en vertu du *Code*, de décerner des mandats qui permettent de bloquer, de saisir ou de confisquer des biens qu'un groupe terroriste possède ou utilise. De plus, aux termes de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, la Cour fédérale a obtenu le pouvoir d'examiner les demandes du SCRS en vue d'obtenir la divulgation de renseignements que détient le CANAFE (le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada), ainsi que celui de soumettre à un contrôle les décisions par lesquelles le directeur du CANAFE s'oppose à la divulgation de renseignements à des agents de police qui souhaitent s'en servir dans le cadre d'une enquête criminelle.

Jusqu'à maintenant, notre expérience de l'application de ces dispositions est limitée. Les grandes sources de notre travail dans les affaires de sécurité nationale sont la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

La Loi sur le SCRS

Le SCRS ou, comme on le nomme couramment, « le Service »³⁴ a deux mandats principaux. Le premier consiste à recueillir, à analyser et à tenir des informations et des renseignements au sujet d'activités qui, peut-on soupçonner pour des motifs raisonnables, constituent une menace envers la sécurité du Canada. Le pouvoir de réaliser des enquêtes pour exécuter ce mandat est prévu à l'article 12 de la Loi.

Le second grand mandat du SCRS a trait à la défense du Canada et à la conduite de ses affaires internationales. L'article 16 de la Loi prévoit que le SCRS est tenu d'aider le ministre de la Défense nationale et celui des Affaires étrangères, ici même au Canada, à recueillir des renseignements sur les capacités, les intentions ou les activités de n'importe quel État étranger, de n'importe quel groupe d'États étrangers ou de n'importe quelle personne (à part un citoyen canadien, un résident permanent ou une société constituée au Canada).

Le pouvoir qu'a la Cour fédérale de décerner des mandats dans le cadre des deux mandats décrits ci-dessus est énoncé à la partie II de la *Loi sur le SCRS*, sous la rubrique « Contrôle judiciaire ».

Le procès des deux individus déclarés coupables d'avoir comploté pour faire exploser un train de VIA Rail en route vers les États-Unis,³⁵ qui s'est déroulé récemment devant la Cour supérieure de l'Ontario à Toronto, remonte à l'origine, comme d'autres instances, aux mandats décernés au SCRS par la Cour fédérale sous le régime de l'article 12 de la Loi. Dans des cas semblables, l'enquête criminelle de la GRC commence fréquemment par une divulgation ou une lettre d'information du SCRS. L'article 19 de la Loi permet au Service de divulguer de l'information qu'il a recueillie pour les besoins du renseignement lorsqu'elle peut servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction. La GRC peut ensuite demander des mandats pour son enquête criminelle en vertu de la partie VI du *Code criminel* en invoquant l'information du SCRS, comme elle l'a fait dans l'affaire *Jaser*.

La question de savoir si le SCRS peut recueillir de l'information à l'étranger fait depuis longtemps l'objet de controverses. Le Service a admis avoir posté du personnel à l'étranger pendant de nombreuses années pour entretenir ses liaisons, et avoir pris de nombreux arrangements avec des organismes étrangers de renseignement de sécurité et de police. Cependant, cela n'était pas considéré comme le même type de travail de renseignement que le Service était autorisé à effectuer au Canada. Entre autres, il était probablement illégal dans le ressort étranger de mener des opérations de cette nature.

Au départ, la Cour fédérale a statué³⁶ que le fait d'autoriser des activités illégales dans un autre État portait atteinte aux principes concernant la courtoisie entre les nations qui ont été établis par

³⁴ Par opposition à la GRC, qu'on nomme souvent « la Force ».

³⁵ *R v Jaser*, 2014 ONSC 6052.

³⁶ *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 4 R.C.F. 230.

la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hape*.³⁷ Mon collègue, feu le juge Edmond Blanchard, a conclu que le Parlement pouvait conférer des pouvoirs extraterritoriaux relativement à la délivrance de mandats au SCRS, mais qu'il devait le faire expressément, ce qui n'avait pas été le cas.

Quelques années plus tard, je suis arrivé à une conclusion différente à la lumière de nouveaux arguments, au motif que l'« interception » de communications étrangères allait être effectuée au Canada. J'ai statué qu'un juge de la Cour fédérale avait compétence en vertu de la Loi pour autoriser une interception lorsque le premier lieu où la communication allait être écoutée relevait de la compétence territoriale du Canada.³⁸

J'ai eu l'occasion de revenir sur cette décision quand des faits nouveaux ont été révélés dans le rapport annuel de 2013 du Bureau du commissaire du Centre de la sécurité des télécommunications. En raison de ce rapport et des audiences que j'ai présidées par la suite, j'ai jugé que le SCRS avait obtenu l'assistance de puissances étrangères pour mettre en œuvre ma décision de 2009 et pour exécuter d'autres mandats judiciaires. À mon avis, il s'agissait de faits probants qui auraient dû être divulgués au moment des demandes. J'ai donc critiqué vertement les autorités gouvernementales pour leur manque de franchise et j'ai dit douter que les actes du Service eussent été autorisés en vertu de l'article 12. Certes, j'ai confirmé ma décision antérieure selon laquelle il était permis de décerner des mandats qui avaient une portée extraterritoriale.

Bien qu'il lui arrive rarement de le faire, le gouvernement a interjeté appel de cette décision. Même si mon jugement a été confirmé en ce qui concerne la conclusion sur le manque de franchise et celle statuant qu'un mandat décerné en vertu de l'article 12 n'autorisait pas le SCRS à faire appel aux services d'organismes étrangers afin qu'ils travaillent pour son compte à l'étranger, la Cour d'appel fédérale a également conclu qu'une intervention à l'étranger ne portait pas nécessairement atteinte aux principes concernant la courtoisie entre les nations. Le pourvoi en appel subséquent formé par le gouvernement devant la Cour suprême a été finalement abandonné, après qu'il eut déposé des mesures législatives pour déroger à ces conclusions.

La question a été réglée par les modifications qui ont récemment été apportées à la *Loi sur le SCRS*³⁹ et qui ont précisé que le pouvoir qu'a le SCRS de faire enquête sur des menaces à la sécurité du Canada n'a aucune limite territoriale. En fait, le paragraphe 12(2) de la Loi, modifié par le projet de loi C-15, confère maintenant expressément le pouvoir au SCRS d'exercer ses fonctions face à une menace, même à l'extérieur du Canada. Le nouvel article 12.1 autorise aussi le Service à prendre des mesures, même à l'extérieur du Canada, pour réduire les menaces.

Contrairement au paragraphe 12(2) et à l'alinéa 12.1 qui sont de droit nouveau, l'article 16 prévoit que les employés du SCRS, lorsqu'ils prêtent assistance aux ministres qui s'acquittent de leurs responsabilités en matière de défense et d'affaires internationales, peuvent seulement leur venir en aide pour recueillir de l'information ou des renseignements à l'intérieur du Canada.

³⁷ *R c Hape* 2007 2 R.C.S. 292.

³⁸ *X. (Re)*, 2009 CF 1058, (2009) 199 C.R.R. (2d) 38.

³⁹ *Loi antiterroriste (2015)*, L.C. 2015, ch. 20.

Pour s'acquitter de ses deux mandats, le SCRS fait appel à des sources ouvertes et à des sources secrètes. Les sources ouvertes peuvent être des sites Web ou des reportages dans les journaux. Les moyens secrets peuvent comprendre l'interception de communications ou d'autres perquisitions et saisies. Toute activité de nature intrusive qui constituerait autrement un acte illégal ou une infraction criminelle, comme une entrée par effraction pour installer un appareil d'écoute, nécessite l'autorisation judiciaire de la Cour fédérale.

Un juge désigné est de garde 24 heures sur 24 et 365 jours par année pour recevoir toute demande de mandat qui pourrait lui être présentée, y compris en cas d'urgence. L'identité de ce juge n'est pas dévoilée à l'avance de façon à éviter toute possibilité ou toute perception de recherche d'un juge qui serait favorable à l'auteur de la demande.

La Loi prévoit que les demandes doivent être entendues à huis clos et, en pratique, elles sont instruites dans les installations sécurisées de la Cour à Ottawa, même si le texte de loi ne l'exige pas expressément. La demande et les éléments de preuve à l'appui sont déposés auprès de la Cour à titre confidentiel. Cette preuve se présente habituellement sous la forme d'un long affidavit souscrit sous serment ou déclaré solennellement par un haut gradé du Service qui énonce le fondement factuel à l'appui de la demande.

Le juge qui est de service étudie attentivement les documents que produit le SCRS afin de s'assurer que le dossier répond à toutes les exigences de la Loi en vue de la délivrance d'un mandat. Ces exigences sont énoncées aux articles 7 et 21 à 28 de la Loi. Il y a une longue liste d'autorisations requises et de conditions prescrites par la loi qui doivent être remplies avant qu'un mandat puisse être décerné, et il incombe au juge désigné de veiller à ce que l'on ait satisfait à toutes ces exigences. Dans le cas d'un mandat décerné en vertu de l'article 12, il est de la plus haute importance, bien sûr, de déterminer si la demande remplit le critère de la nécessité décrit dans le texte de loi.

Une audience a ensuite lieu; y participent habituellement l'avocat du SCRS, le déposant du SCRS ainsi que les analystes du SCRS qui sont bien au fait de la demande. Même si cela n'est pas strictement nécessaire, l'audience est menée comme une affaire en bonne et due forme avec l'assistance d'un greffier de la Cour qui rédige le procès-verbal de l'instance. Le juge peut également exiger qu'un sténographe judiciaire possédant une cote de sécurité soit présent pour produire un compte rendu sténographique. Le déposant et l'analyste sont interrogés sous serment sur des questions de fait, et l'avocat du SCRS traite les questions de nature juridique que le juge peut poser. S'il n'est pas convaincu, le juge peut exiger que des renseignements supplémentaires lui soient fournis, il peut remettre l'instruction de l'affaire et il peut fixer d'autres audiences. Les mandats sont normalement décernés pour une période déterminée et ils peuvent être renouvelés par la Cour si elle est saisie d'une nouvelle demande.

De temps à autre, quand une demande de mandat soulève, par exemple, une nouvelle question de compétence, la Cour peut désigner un ami de la cour afin de garantir que l'affaire sera

pleinement débattue et que la Cour pourra bénéficier d'opinions divergentes. Cet ami de la cour est habituellement un avocat possédant une attestation de sécurité et ayant une certaine expérience des questions liées à la sécurité nationale. Ces dernières années, on choisit les amis de la cour dans la liste des avocats spéciaux qui a été dressée pour les certificats de sécurité et pour d'autres affaires sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Les juges désignés ont de temps à autre formulé des critiques constructives envers le Service et son avocat en tenant compte des droits de la personne, de la protection de la vie privée et d'autres enjeux qui se sont manifestés dans le contexte du mandat. Cela a permis d'améliorer de façon constante la qualité des demandes de mandat auxquelles la Cour fait droit, ainsi que les conditions dont les mandats sont assortis. Un mandat peut être décerné pour une période plus courte que la normale pendant que des conditions additionnelles sont envisagées. Un domaine en particulier dans lequel j'ai insisté afin qu'on n'y apporte des améliorations depuis que je suis devenu juge désigné est la condition liée au secret professionnel de l'avocat relativement aux communications entre le sujet d'un mandat et son avocat. Je désirais faire en sorte que la condition soit totalement compatible avec la jurisprudence récente de la Cour suprême.

Par ailleurs, de temps à autre, la Cour a publié des versions des décisions qui avaient été rendues dans des affaires de mandat et qui soulevaient d'importantes questions de droit ou de compétence.⁴⁰ Celles-ci sont parfois caviardées, mais dans l'esprit du principe des enquêtes publiques, la Cour s'efforce de rendre publics le plus de renseignements possible dans les circonstances. C'est ce que j'ai fait, par exemple, dans l'affaire dont j'ai parlé auparavant et qui concernait la portée extraterritoriale de la Loi.

Je me suis d'abord saisi de la demande parce qu'il fallait agir en urgence en raison de circonstances pressantes, mais j'ai décerné les mandats pour une période plus courte que la normale afin de permettre une étude plus approfondie de la question. Par la suite, j'ai publié des motifs caviardés⁴¹ afin d'expliquer pourquoi j'avais fait droit au nouvel argument sur la compétence qu'avait fait valoir le gouvernement. Des motifs ont encore été rendus publics en 2014,⁴² lorsque j'ai décidé d'étudier l'affaire à nouveau à la suite de la publication du rapport du Bureau du commissaire du Centre de la sécurité des télécommunications.

Une décision a aussi été rendue publique récemment par ma collègue la juge Anne Mactavish, précisant qui peut et qui ne peut pas faire l'objet d'un mandat décerné au SCRS en vertu de l'article 16.⁴³

Nous imposons des conditions qui obligent le Service à nous aviser de tout changement à l'information produite qui pourrait influencer sur la portée et l'effet du mandat pendant sa durée de

⁴⁰ *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300.

⁴¹ *X (Re)*, 2009 CF 1058.

⁴² *X (Re)*, 2013 CF 1275, conf. 2014 CAF 249.

⁴³ *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2012 CF 1437, [2014] 2 R.C.F. 514.

validité, laquelle peut aller jusqu'à un an. Des mandats complémentaires peuvent aussi être décernés si les cibles changent.

Le Parlement a confié au Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) le rôle de se pencher sur la façon dont les mandats ont été exécutés; le Comité étudie chaque année un certain nombre de demandes de mandat autorisées par la Cour. Pour son examen, le CSARS a libre accès à tous les documents qui figurent dans les dossiers du SCRS, ce qui lui permet d'évaluer l'exactitude de la preuve par affidavit qui est présentée à la Cour.

Le rapport annuel 2013-2014 du CSARS indique que le SCRS a demandé 85 nouveaux mandats au cours de cette année financière ainsi que 178 renouvellement ou mandats complémentaires, pour un total de 263. Le rapport ne précise pas combien de ceux-ci ont été passés en revue.

Loi sur la preuve au Canada

Passons maintenant à notre travail au titre de la *Loi sur la preuve au Canada*.

En vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lorsque le procureur général du Canada est d'avis que des « renseignements sensibles » (au sens de la loi) sont sur le point d'être divulgués à un tribunal judiciaire ou administratif quelconque au Canada, y compris dans le cadre d'une enquête judiciaire, la question de leur divulgation doit être renvoyée à la Cour fédérale pour décision. Cela pourrait se produire notamment dans une poursuite pénale, dans une action civile en dommages-intérêts ou dans une commission d'enquête, comme ce fut le cas pendant l'enquête Arar, au cours de laquelle le gouvernement s'est opposé à la publication de certains renseignements dans le rapport du commissaire O'Connor.

Comme je l'ai mentionné auparavant, cette compétence découle des recommandations de la Commission McDonald et remonte à 1982. Le juge désigné saisi de l'une de ces affaires examine les renseignements contestés et il entend la preuve et les observations des parties. Mettant en application le critère à trois volets qui a été élaboré dans l'arrêt *Ribic*,⁴⁴ le juge décide si l'information est pertinente dans l'instance sous-jacente, si sa divulgation causerait un préjudice à un intérêt national protégé et, en fin de compte, si l'intérêt public dans la divulgation l'emporte sur l'intérêt public dans la non-divulgation. Cette tâche exige que le juge trouve un compromis entre d'importants intérêts contradictoires, comme le droit de l'accusé à la divulgation dans un procès criminel ou à l'interrogatoire préalable dans une instance civile, et l'intérêt qu'a l'État à protéger ses secrets.

À une époque, le simple fait qu'une demande en vertu de l'article 38 était instruite devait être tenu strictement confidentiel. Cette exigence de la Loi a été supprimée en 2007 par l'ancien juge en chef, Allan Lutfy, dans l'arrêt *Toronto Star*.⁴⁵ Il a conclu que ces restrictions portaient atteinte

⁴⁴ *Canada (Procureur général) c Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33.

⁴⁵ *Toronto Star Newspapers Ltd c Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434.

au principe de la publicité des débats judiciaires, une valeur démocratique de base liée aux libertés fondamentales d'expression et de la presse que protège l'alinéa 2b) de la *Charte*. Il a aussi statué que les dispositions contestées ne pouvaient pas être préservées au moyen de l'article premier. Par conséquent, les dispositions ont été interprétées de façon souple de manière à maintenir la présomption de la transparence de tout ce qui est déposé dans une instance sous le régime de l'article 38, à l'exception des documents sensibles qui continuent d'être produits *ex parte*.

Nous avons graduellement ouvert davantage le processus en tenant autant que possible des audiences publiques. De plus, lorsque nous sommes engagés dans un long processus sous le régime de l'article 38, nous tenons régulièrement des conférences de gestion de l'instance avec les parties ou nous autorisons des communications pour les informer de ce qu'il se passe.

La Cour peut recevoir, hors la présence des avocats et des représentants de l'État, des observations de la partie privée quant au motif pour lequel elle a besoin des renseignements sensibles. Cela s'est produit, par exemple, dans le contexte d'une affaire criminelle dans laquelle l'avocat de l'accusé désirait que le juge désigné prenne connaissance de sa théorie de la défense.

Le droit confère au procureur général le droit d'être entendu à huis clos dans le cadre de ces demandes ainsi que de produire *ex parte* du matériel classifié. Certes, cette situation peut être difficile pour les juges qualifiés pour évoluer dans un système contradictoire, étant donné que nous sommes habitués d'entendre les deux côtés de l'affaire avant de rendre une décision. C'est la raison pour laquelle nous avons de temps en temps nommé des amis de la cour ces dernières années pour nous aider à examiner l'information contestée et à répondre aux arguments du procureur général. Les conditions de la nomination de l'ami de la cour peuvent varier en fonction de la nature de l'affaire. À titre d'exemple, j'ai prononcé une ordonnance les autorisant à agir comme s'ils étaient les avocats à huis clos de la personne concernée.

L'ami de la cour aura accès à titre confidentiel aux documents contestés et il pourra mettre en doute les prétentions de l'État selon lesquelles la divulgation publique des renseignements en question porterait atteinte à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales. L'ami de la cour peut aussi formuler des observations pour le compte de la personne accusée ou de la partie intéressée en ce qui a trait à l'exercice de compromis auquel le juge désigné doit se livrer.

À l'issue de l'instance, la Cour peut ordonner que l'information soit divulguée ou qu'elle soit rendue publique sous forme de résumé ou sous une autre forme. Si l'information a été obtenue sous restrictions d'un organisme de renseignement étranger (ce qu'on appelle des mises en garde), nous avons comme pratique d'exiger que le gouvernement obtienne le consentement à leur divulgation. Cela fonctionne parfois. Certains organismes étrangers collaborent plus que d'autres, en particulier ceux qui connaissent le mieux l'utilisation des renseignements en guise de preuve dans une instance judiciaire. D'autres refusent que leur participation ou un de leurs

renseignements soit divulgué.⁴⁶ Dans ces cas, la Cour peut autoriser la publication de l'information ou d'un résumé qui est attribué à un « service étranger » non identifié.

Il est bien établi que les renseignements que le Canada obtient proviennent la plupart du temps d'organismes de renseignement étrangers, moyennant une promesse expresse de confidentialité. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ruby*,⁴⁷ le Canada est un « importateur net » de renseignements et l'obtention de ces renseignements est nécessaire à la sécurité et à la défense du Canada et de ses alliés. En fait, la plus grande crainte de nos services de renseignements serait de voir leurs sources se tarir, si le Canada se mettait à dévoiler unilatéralement des renseignements sensibles qu'il a reçus sous restrictions d'un organisme de renseignements étranger. Le degré de réalisme de cette possibilité dans une situation donnée est l'une des questions que le juge désigné doit se poser.

Le régime de l'article 38 a fait l'objet de critiques qui lui reprochent de contourner le déroulement des procès devant les cours supérieures. La constitutionnalité du mécanisme a été confirmée par la Cour suprême dans l'arrêt *Ahmad*,⁴⁸ l'une des causes qui ont découlé de la poursuite intentée contre les membres du « groupe des 18 de Toronto ». Ce faisant, la Cour a fait remarquer que les affaires fondées sur l'article 38 peuvent mettre en conflit deux obligations fondamentales de l'État dans notre système de gouvernement : la nécessité de protéger la société en empêchant la divulgation de renseignements susceptibles de constituer une menace pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationale; et la capacité de l'État de poursuivre les individus accusés d'infractions à nos lois.

Le Parlement a reconnu qu'il pouvait occasionnellement devenir nécessaire de choisir entre ces objectifs, mais il a conçu un cadre sophistiqué pour essayer de les concilier dans la mesure du possible. Lorsque le conflit est inconciliable, la Cour suprême a statué que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ne pouvait pas être compromis.

J'avais bien sûr à l'esprit le caractère adéquat de la divulgation à l'accusé quand j'ai présidé une audience sous le régime de l'article 38 dans l'affaire *Khawaja*⁴⁹ en 2007. Dans cette affaire, M. Khawaja avait été inculpé de sept chefs d'accusation en vertu du *Code criminel* relativement à un complot en vue de commettre des actes terroristes au Royaume-Uni. J'ai structuré ma décision de manière à procurer une divulgation supplémentaire au juge du procès au cas où une requête en suspension de l'instance était déposée, au motif que le droit de l'accusé à un procès équitable avait été violé en raison du processus. Aucune requête de cette nature n'a été produite. Dans l'arrêt *Ahmad*, quatre ans plus tard, la Cour suprême a fait observer qu'il s'agissait d'un exemple de la façon dont la démarche fondée sur l'article 38 pouvait être effectuée avec souplesse pour concilier les intérêts contradictoires.

⁴⁶ Ce qui me rappelle la vieille blague selon laquelle l'acronyme « NSA » signifie « *No Such Agency* ».

⁴⁷ *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3.

⁴⁸ *R. c. Ahmad*, [2011] 1 R.C.S. 110.

⁴⁹ *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2007] A.C.F. n° 622.

Les instances au titre de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

Le dernier sujet que je souhaite aborder est celui de la compétence de la Cour au titre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.⁵⁰ Ce texte de loi est la source d'une grande partie de la charge de travail de la Cour et nous sommes saisis d'un grand nombre de demandes de contrôle judiciaire concernant des demandes d'asile, des questions de visas, l'interdiction de territoire et d'autres affaires découlant de décisions prises par le ministre et les tribunaux qui exercent des fonctions en vertu de la Loi. La plupart de ces affaires ne mettent pas en cause des questions de sécurité nationale et sont instruites par n'importe lequel des juges de la Cour.

Dans certains cas, le gouvernement désire protéger une partie du dossier de l'instance qui fait l'objet du contrôle et qui serait autrement produite entre les mains du demandeur. Dans ces cas, le ministre demandera la non-divulgence en vertu de l'article 87 de la Loi, au motif que la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. À l'appui de sa demande, le ministre dépose des documents *ex parte*, y compris sa preuve par affidavit. Un juge désigné étudie la demande et décide s'il est nécessaire de tenir une audience.

Ces demandes peuvent mettre en cause des questions de fond, mais selon mon expérience, elles concernent souvent des renseignements sur les méthodes et les procédures ou des détails administratifs comme des noms, des numéros de dossier ou de téléphone que l'organisme visé, comme le SCRS ou l'Agence des services frontaliers du Canada, ne veut pas rendre publics. Ces renseignements ont une pertinence discutable et il est peu probable qu'ils influent sur l'issue de l'instance sous-jacente. Dans ces cas, la requête peut souvent être décidée sommairement et par consentement. D'après mon expérience, quand l'information est plus probante, le demandeur a généralement été mis au courant de sa teneur dans la décision qui fait l'objet du contrôle, et la non-divulgence n'est pas déterminante ni contestée.

Les affaires de certificats de sécurité sont d'un autre ordre. Cette procédure fait partie de nos lois depuis 1978, mais elle a attiré l'attention du public seulement depuis que ces certificats ont été utilisés contre cinq hommes à la suite du 11 septembre. Dans une affaire de certificat de sécurité, le ministre de la Sécurité publique et celui de la Citoyenneté et de l'Immigration expriment leur avis qu'une personne, autre qu'un citoyen canadien, soit interdite de territoire au Canada pour des motifs liés à la sécurité, pour violation des droits de la personne ou des droits internationaux ou pour grande criminalité ou criminalité organisée.

Le certificat de sécurité est ensuite renvoyé au juge en chef de la Cour fédérale ou à un juge désigné afin qu'il se prononce sur son caractère raisonnable. Si le caractère raisonnable du certificat est confirmé, celui-ci devient une preuve concluante que la personne désignée est interdite de territoire au Canada et il prend immédiatement effet à titre de mesure de renvoi.

⁵⁰ L.C. 2001, ch. 27.

À l'origine, le certificat devait servir de mécanisme permettant de renvoyer sommairement du Canada les non-citoyens considérés comme présentant un danger pour sa sécurité et, en fait, il a donné ce résultat dans quelques cas. Il y a quelques années, le juge Pierre Blais (tel était alors son titre) a été saisi d'une affaire de certificat mettant en cause un espion russe sous le régime de cette procédure. L'affaire a duré environ un mois du début à la fin. Cependant, dans cette affaire, l'espion n'a pas contesté son renvoi quand il a constaté que les jeux étaient faits.

L'essentiel du mécanisme du certificat est compatible avec des principes bien établis en droit de l'immigration. Dans l'arrêt *Chiarelli*,⁵¹ la Cour suprême a statué que « le principe le plus fondamental du droit de l'immigration » veut que « les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer ». La Cour a poursuivi en citant sa décision antérieure dans l'affaire *Kindler*,⁵² selon laquelle « [l]e gouvernement a le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos ».

La difficulté qui se présente bien sûr, c'est que la plupart des affaires de certificat ces dernières années ne concernaient pas des espions russes, mais plutôt des personnes qui avaient demandé l'asile dans notre pays, parce qu'elles alléguaient être persécutées dans leur pays d'origine. Elles font valoir qu'elles risqueraient la torture ou pis encore si elles étaient renvoyées dans leur pays d'origine; elles se trouvent donc, dans un certain sens, dans une impasse sur le plan de la sécurité. Elles ont été jugées interdites de territoire au Canada, mais les efforts déployés par le gouvernement pour les renvoyer ont été fortement contestés. Ces affaires se sont révélées exceptionnellement complexes et ont mis en cause des questions constitutionnelles difficiles sur lesquelles la Cour suprême a été appelée à se pencher à plusieurs occasions.

Le mécanisme des certificats de sécurité a été annulé par la Cour suprême dans le premier arrêt *Charkaoui*⁵³ en 2007, et la Cour a donné un an au Parlement afin qu'il légifère sur des moyens de protection additionnels pour la personne nommée. Le Parlement l'a fait en permettant que soient nommés des avocats spéciaux. Ces avocats acceptés au contrôle sécuritaire participent aux séances à huis clos au cours desquelles les juges désignés examinent le matériel de renseignement sensible dont dispose le gouvernement.

À la suite de la décision de la Cour suprême dans le deuxième arrêt *Charkaoui* en 2008,⁵⁴ le gouvernement est forcé de divulguer toute l'information qu'il a en sa possession à l'égard de la personne nommée, peu importe si le gouvernement invoquait l'information à l'appui de sa cause, sous réserve d'une décision du juge désigné statuant que sa divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité de toute personne.

⁵¹ *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711.

⁵² *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, au paragraphe 33.

⁵³ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9.

⁵⁴ *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326.

Cette décision visait littéralement des milliers et des milliers de documents qui ont chacun dû être examinés attentivement pour faire en sorte que rien de préjudiciable à la sécurité nationale du Canada ne soit publié par inadvertance. Parallèlement, il incombe au juge désigné de veiller à ce que la personne nommée soit traitée équitablement et connaisse les arguments auxquels elle devra répondre. Bien des questions peuvent se poser dans le cadre de ces instances, notamment celle de savoir si les renseignements reçus des organismes étrangers ont été obtenus au moyen de la torture. Dans l'affirmative, ils seront exclus de la preuve. Régler ces questions peut exiger de longues auditions de témoins; notre Cour a élaboré une jurisprudence détaillée à ce sujet.

Dans le cadre de l'examen le plus récent par la Cour suprême du mécanisme actuel, l'affaire *Harkat*⁵⁵ qui a été décidée en mai de l'année dernière, les mesures législatives ont survécu à la contestation de leur constitutionnalité.

J'ai eu la chance d'être affecté à l'instruction de l'affaire *Almrei*⁵⁶ qui concernait un certificat de sécurité, étant donné que les questions en litige et la preuve étaient relativement simples. Toutefois, il a quand même fallu deux ans entre le début et la conclusion de cette affaire, malgré le fait que j'ai bénéficié de l'assistance de très bons avocats qui représentaient M. Almrei et le procureur général ainsi que d'avocats spéciaux. D'autres affaires de certificat de sécurité ont pris plus temps, et il en reste encore une à trancher.

Dans le cadre de ce travail, mes collègues juges désignés et moi-même sommes tous [TRADUCTION] « intensément conscients de la tendance à soupçonner que ce qui se passe en secret doit être kafkaïen ou pervers quand les instances ne sont pas ouvertes à l'examen du public ». ⁵⁷ Nous nous engageons à y projeter autant de lumière que possible. Toutefois, compte tenu de la nature du travail, il ne sera jamais possible de tenir ces audiences en public dans leur totalité.

Le défi que nous devons relever à titre de juges désignés consiste à concilier les intérêts et la sécurité nationaux légitimes, d'une part, et les droits et l'égalité des personnes ainsi que l'obligation de rendre des comptes au public et de prendre des décisions transparentes, d'autre part.

Quand je songe aux dix dernières années, je crois que mes collègues juges désignés et moi-même avons contribué à faire avancer le droit d'une manière positive. Le travail est exigeant et, franchement, il consiste en grande partie à porter fastidieusement attention aux détails. Toutefois, c'est un travail utile et j'ai été honoré d'avoir la possibilité de me spécialiser dans ce domaine. Jamais, au début des années 1970 quand j'enfonçais des pièces de 25 cents dans la machine

⁵⁵ *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Harkat*, 2014 CSC 37.

⁵⁶ *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263.

⁵⁷ Eleanor Dawson, juge, *The Federal Court and the Clash of Titans: Balancing Human Rights and National Security*, allocution prononcée au Robson Hall, à l'Université du Manitoba, le 30 mars 2006.

distributrice de bière de la maison du droit (Law House), je n'aurais pu imaginer que mon diplôme en droit me pousserait dans cette direction.

Je vous remercie de votre patience et je serai heureux de tenter de répondre à vos questions.