

La sécurité nationale devant les tribunaux

Un équilibre (toujours précaire) entre droits
fondamentaux et sûreté de l'État

Hon. Yves de Montigny, Cour d'appel fédérale du Canada
15 octobre 2015

Introduction

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

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

Plan

- I. Capsule historique: La crise d'octobre 1970
- II. Le rôle de la Cour fédérale en matière de sécurité nationale
 - a. Les mandats de sécurité nationale
 - b. La divulgation des renseignements susceptibles de constituer une menace pour la sécurité nationale dans une instance judiciaire
 - c. Les certificats de sécurité
- III. Conclusion

I. La crise d'octobre 1970

Proclamation déclarant un état d'insurrection sous la *Loi sur les mesures de guerre*

- Suspend les droits protégés par la Constitution
- Le FLQ est déclaré une association illégale
- Présomption d'appartenance du fait d'assister à une réunion du FLQ
- Arrestation sans mandat et détention sans inculpation

I. La crise d'octobre 1970

Gagnon et Vallières c. La Reine, [1971] CA 454

- Seule contestation constitutionnelle sérieuse de la *Loi sur les mesures de guerre*
- Deux enjeux:
 1. Les tribunaux ont-ils compétence pour décider si un état d'insurrection existe réellement?
 2. L'exécutif a-t-il usurpé la fonction judiciaire en condamnant par voie législative les membres du FLQ?

I. La crise d'octobre 1970

1. Les tribunaux ont-ils compétence pour décider si un état d'insurrection existe réellement?
 - Refus de distinguer entre l'existence d'une situation d'urgence et l'opportunité ou l'efficacité des mesures adoptées.
 - La Cour d'appel estime qu'elle n'a aucune compétence pour questionner les raisons qui ont amené le gouverneur en conseil à proclamer l'état d'insurrection.

I. La crise d'octobre 1970

2. Une condamnation par voie législative?
 - L'arrêt *Liyanage*, [1967] AC 259
 - Une distinction ténue, compte tenu de la notoriété des accusés

II. Le rôle de la Cour fédérale en matière de sécurité nationale

Trois types de dossiers à la Cour fédérale

- I. Les mandats de sécurité nationale
- II. La divulgation des renseignements susceptibles de constituer une menace pour la sécurité nationale dans une instance judiciaire
- III. Les certificats de sécurité

i. Les mandats de sécurité nationale

La Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, 1984

- Création d'un service civil de renseignement distinct de la GRC suite à la crise d'octobre 1970
- Rôle
 - a. recueillir « dans la mesure strictement nécessaire » les renseignements sur les « menaces envers la sécurité du Canada » (art. 12);
 - b. mener des enquêtes nécessaires pour fournir des évaluations de sécurité ou des conseils sur des questions de sécurité nationale (arts 13, 14, 15);
 - c. prêter assistance pour la collecte d'informations sur un État étranger ou toute personne autre qu'un citoyen canadien ou résident permanent (art. 16)

i. Les mandats de sécurité nationale

- Obligation d'obtenir un mandat de la Cour fédérale afin d'utiliser certaines techniques d'enquête: arts 21 ss)
- Visent les techniques d'enquête qui portent atteinte à une expectative raisonnable de vie privée: interceptions de communications, installation d'instruments de surveillance dans un lieu, perquisitions, etc.
- Précisent la personne, les types de communications ou documents, le lieu et la période de temps visée par l'enquête
- La problématique de l'article 8 de la Charte en contexte de sécurité nationale

i. Les mandats de sécurité nationale

- Conditions d'octroi:
 - Motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au SCRS de faire enquête sur des menaces à la sécurité du Canada
 - D'autres méthodes ont été essayées en vain ou ont peu de chances de succès

Dossier C.S.I.S No. 1-84 (16 oct 1984), Ottawa (C.F. 1^{re} inst.)(J. Heald)

i. Les mandats de sécurité nationale

- Audiences à huis clos et *ex parte*
- Entendues par un « juge désigné »:
« Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même les témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible » (*Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, cité à 2007 CSC 9)

i. Les mandats de sécurité nationale

L'encadrement judiciaire des mandats de sécurité nationale

- Expertise des juges désignés
- Possibilité de nommer un *amicus curiae*
- Contestation possible du mandat et demande d'exclusion de la preuve dans toute procédure judiciaire subséquente
- Contrôle *a posteriori* du mandat par le juge désigné

i. Les mandats de sécurité nationale

- Le rôle du CSARS
 - Mandat
 - Synergie entre la CF et le CSARS
 - *Re X*, 2013 CF 1275; 2014 CAF 249

ii. Les renseignements secrets dans une instance judiciaire

Comment protéger les renseignements dont la divulgation est susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale, sans interférer avec la saine administration de la justice et à la transparence des procédures judiciaires?

ii. Les renseignements secrets dans une instance judiciaire

- En common law, on passe d'un privilège absolu (*Duncan c Cammel Laird & Co Ltd*, [1942] AC 624) à un privilège relatif (*Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910).
- Au Canada, le privilège était absolu jusqu'en 1984 (*Loi sur la Cour fédérale*, art. 41(2))

ii. Les renseignements secrets dans une instance judiciaire

Loi sur la preuve au Canada, LRC 1985, c C-5, art 38

- un juge désigné de la Cour fédérale examine les documents dont on demande la divulgation dans l'autre instance
- le juge peut ordonner la divulgation totale ou partielle, la divulgation de résumés, ou la non-divulgation
- Depuis 2001, le Procureur général peut exercer un « veto » et interdire la communication malgré l'ordonnance de la Cour (art 38.13))

ii. Les renseignements secrets dans une instance judiciaire

- Analyse en 3 étapes:
 1. Les renseignements sont-ils pertinents à l'instance (critères *Stinchcombe*)?
 2. La divulgation des renseignements serait-elle préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale?
 3. Est-ce que l'intérêt public qui justifierait la divulgation l'emporte sur l'intérêt public qui justifierait la non-divulgation?

Ribic c. Canada (Procureur général), 2003 CAF 246

ii. Les renseignements secrets dans une instance judiciaire

Quels types de renseignements sont protégés?

- identité de sources humaines ou techniques de renseignements, techniques d'enquête, sujets et portée d'une enquête passée ou présente, etc.
- L'effet « mosaïque »
- La « règle des tiers »

ii. Les renseignements secrets dans une instance judiciaire

- Deux types d'audiences: à huis clos et *ex parte*
- Protections procédurales:
 - Appel de plein droit
 - Demande d'arrêt de procédures au juge de l'instance pénale
 - Marge de manœuvre dans le choix de l'ordonnance: divulgation partielle, résumés, divulgation seulement au juge de l'instance, etc.
 - Nomination d'un *amicus curiae*

ii. Les renseignements secrets dans une instance judiciaire

Le rôle de l'*amicus curiae*

- habilitation de sécurité et accès à l'ensemble des renseignements en cause
- ≠ avocat spécial ou représentant du défendeur, mais un ami de la cour
- mandat défini par le juge désigné, pas de modèle unique

ii. Les renseignements secrets dans une instance judiciaire

- Une procédure nécessaire et raisonnable pour prévenir l'atteinte aux renseignements confidentiels? (*Khawaja c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 388)
- Le système bifurqué canadien, un modèle à suivre?

iii. Les certificats de sécurité

Qu'est-ce qu'un certificat de sécurité?

- atteste que la personne nommée au certificat est interdite du territoire canadien pour motif de sécurité, incluant les activités terroristes
- permet le renvoi de la personne nommée sur la foi de renseignements qui ne lui sont pas entièrement divulgués pour les motifs de sécurité nationale
- Depuis 1988, le certificat est examiné par un juge désigné de la Cour fédérale, qui doit en déterminer la raisonnabilité

iii. Les certificats de sécurité

La procédure

1. dépôt du certificat auprès de la CF
2. audience *ex parte* pour déterminer l'ampleur de la preuve déposée au soutien du certificat qui sera divulguée à la personne visée
3. révision de la détention dans les 48 heures, puis aux 6 mois
4. audiences publiques (témoins de la personne nommée, preuve publique des ministres)
5. audiences *ex parte* (preuve confidentielle des ministres)

iii. Les certificats de sécurité

La jurisprudence pré-LIPR (1988-2001)

- grande déférence envers l'exécutif
- analyse sommaire de la preuve
- approche semblable à un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable
- constitutionnalité du régime confirmé: *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669.

iii. Les certificats de sécurité

La jurisprudence post-LIPR (2001-2008)

- rôle plus inquisitoire des juges désignés, qui interrogent activement les témoins des ministres
- examen rigoureux et structuré de la preuve
- expertise accrue des juges désignés permet de questionner la position des ministres sur la confidentialité de la preuve

ex: *Harkat (Re)*, 2005 CF 292 (J. Dawson).

iii. Les certificats de sécurité

Charkaoui I

- un résultat inattendu après *Ahani* et *Chiarelli*?
- approuve rôle « pseudo-inquisitoire » du juge désigné
- mais estime qu'il est mal équipé pour protéger les droits de la personne nommé en l'absence de débat contradictoire et sans pouvoirs inquisitoires plus étendus
- réfère au régime britannique des avocats spéciaux, lui-même inspiré de la procédure devant le CSARS entre 1984-1988.

iii. Les certificats de sécurité

Les suites de l'arrêt *Charkaoui*

- Modification de la LIPR pour introduire les avocats spéciaux (art 85)
- Validité du nouveau régime confirmée: *Canada c Harkat*, 2014 CSC 37
- *Charkaoui II* (2008 CSC 38): obligation de divulgation continue par le SCRS de l'ensemble de la preuve pertinente sur la personne nommée

iii. Les certificats de sécurité

- Les protections procédurales portent fruit:
 - *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263: le juge Mosley annule le certificat, notamment en raison de contradictions révélées par la preuve et des contre-interrogatoires menées par les avocats spéciaux
 - *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 1030: les ministres décident de retirer la majorité de la preuve du dossier plutôt que de la divulguer selon l'ordonnance de la juge Tremblay-Lamer, et le certificat est déclaré nul

Conclusion

Comment expliquer la plus grande assurance des tribunaux?

- impact de la *Charte*
- recours à l'expérience étrangère
- expertise accrue des juges désignés

Conclusion

- Et le dialogue entre le législateur et les tribunaux se poursuivra...
 - *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes, L.C. 2015, c 9*
 - *Loi antiterroriste de 2015, L.C. 2015, c 20*