

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* Ahmad, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110 | **Date :** 20110210  **Dossier :** 33066 |

**Entre :**

**Sa Majesté la Reine**

Appelante

et

**Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Asad Ansari, Shareef Adelhaleem,**

**Mohammed Dirie, Jahmaal James, Amin Mohamed Durrani,**

**Steven Vikash Chand, Saad Khalid et Saad Gaya**

Intimés

- et -

**Procureur général de l’Ontario et**

**Association canadienne des libertés civiles**

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 81) | La Cour |

R. *c.* Ahmad, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Asad Ansari,**

**Shareef Abdelhaleem, Mohammed Dirie,**

**Jahmaal James, Amin Mohamed Durrani,**

**Steven Vikash Chand, Saad Khalid et Saad Gaya** *Intimés*

et

**Procureur général de l’Ontario et**

**Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**Répertorié :**R. ***c.* Ahmad**

2011 CSC 6

No du greffe : 33066.

2010 : 18 mars; 2011 : 10 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

en appel de la cour supérieure de justice de l’ontario

*Droit constitutionnel — Validité de la loi — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l’art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — La décision du législateur de limiter le pouvoir des cours supérieures de trancher ces questions empiète‑t‑elle de manière inacceptable sur la compétence fondamentale de ces tribunaux? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C‑5, art. 38 à 38.16 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l’art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — L’attribution de ce pouvoir à la Cour fédérale empêche‑t‑elle les juges des cours supérieures de garantir un procès équitable? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C‑5, art. 38 à 38.16 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

En juin 2006, 18 personnes ont été arrêtées parce qu’on les soupçonnait de comploter des attaques terroristes. Dix des dix‑huit suspects devaient subir un procès devant le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l’Ontario. En mars et en juin 2008, la Couronne a avisé le procureur général du Canada de la possibilité que des renseignements gouvernementaux sensibles ou potentiellement préjudiciables soient divulgués dans le cadre d’instances devant la Cour supérieure de justice. Le procureur général a, conformément au régime établi par l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, soumis la question de la divulgation à la Cour fédérale. Le juge Noël de ce tribunal a ordonné que les accusés soient désignés intimés dans les procédures engagées par le procureur général, qu’une audience soit tenue et qu’avis de celle-ci soit donné au juge de la Cour supérieure de justice. Les accusés ont ensuite déposé à la Cour supérieure de justice une demande visant à contester la constitutionnalité du régime établi par l’art. 38. La Cour fédérale a suspendu ses procédures en attendant que cette contestation ait été tranchée. Le juge de la Cour supérieure de justice a conclu à l’inconstitutionnalité du régime établi par l’art. 38, parce qu’il violait l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l’art. 7 de la *Charte*. Il a invalidé la loi conférant compétence exclusive à la Cour fédérale et déclaré qu’il lui appartenait, à titre de juge de la cour supérieure présidant le procès criminel, de statuer sur toute question de privilège liée à la sécurité nationale pouvant être soulevée dans le cadre de l’instance.

*Arrêt*: Le pourvoi est accueilli. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada* sont constitutionnels.

Le présent pourvoi concerne le conflit potentiel entre deux obligations fondamentales de l’État dans notre système de gouvernement : premièrement, 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 nationales; deuxièmement, poursuivre les individus accusés d’infractions à nos lois. Dans le régime établi par l’art. 38, le législateur a reconnu qu’il peut à l’occasion devenir nécessaire de choisir entre ces objectifs, mais il a conçu un cadre détaillé pour tenter de les concilier lorsque la chose est possible. Lorsque le conflit est insoluble, il ne saurait être question de tolérer un procès inéquitable. Suivant la primauté du droit, le droit de l’accusé à une défense pleine et entière ne peut pas être compromis. Le régime établi par l’art. 38 préserve pleinement l’indépendance et les pouvoirs du juge présidant le procès criminel d’assurer la justice entre les parties, y compris son pouvoir d’ordonner l’arrêt des procédures, lorsqu’il estime une telle mesure nécessaire. Bien que le régime de l’art. 38, et en particulier le partage des responsabilités qui y est établi entre la Cour fédérale et les cours criminelles des provinces, soulève bon nombre de difficultés pratiques et juridiques, adéquatement compris et appliqué, ce régime est constitutionnel. Suivant l’analyse énoncée dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, il convient tout d’abord de se demander si le pouvoir conféré à un tribunal non établi en vertu de l’art. 96 correspond généralement à un pouvoir ou à une compétence qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération. Il est vrai, bien sûr, que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire créent des limites substantielles de nature constitutionnelle restreignant la capacité du législateur de conférer des pouvoirs à des tribunaux judiciaires ou autres qui ne sont pas établis en vertu de l’art. 96. Sans avoir exploré à fond l’interaction des art. 96 et 101, la Cour tient pour acquis, pour les besoins du présent pourvoi (et sans pour autant statuer sur la question), que l’analyse constitutionnelle est conforme à la thèse des intimés.

En 1867, les motifs invoqués par la Couronne pour refuser de divulguer des renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles étaient généralement considérés par les cours supérieures du Canada comme relevant d’une prérogative de l’exécutif non susceptible de révision. Étant donné qu’à l’époque de la Confédération les cours supérieures n’exerçaient aucun pouvoir de contrôle semblable, l’analyse prescrite par le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* se termine à la première question et il n’y a pas d’atteinte à l’art. 96 selon cette analyse. De plus, bien qu’il soit vrai que le pouvoir d’une cour supérieure de statuer sur les questions constitutionnelles qui lui sont soumises fait partie de sa compétence fondamentale, la question litigieuse en l’espèce ne concerne pas à proprement parler le pouvoir de la cour supérieure de protéger l’intégrité de sa procédure. Elle porte plutôt sur le pouvoir relatif à la divulgation de renseignements à l’égard desquels l’exemption relative à la sécurité est invoquée. Lorsque la question est définie ainsi, le régime établi par l’art. 38 ne viole pas l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce qu’il n’empêche pas en soi un tribunal d’exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure. L’essentiel, sur le plan constitutionnel, c’est que les cours criminelles conservent la faculté de s’assurer que chaque personne qui comparaît devant elles pour répondre à des accusations criminelles jouisse d’un procès équitable. Ce qui est reconnu à la fois à l’art. 38.14 de la *LPC* et au par. 24(1) de la *Charte*, c’est que parfois la seule façon d’éviter un procès inéquitable est qu’il n’y ait pas de procès du tout. Le juge d’une cour criminelle dispose, grâce à l’art. 38.14 et à la *Charte*, des moyens de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. L’arrêt des procédures envisagé à l’article 38.14 est une réparation prévue par un texte législatif, qui doit être considérée et appliquée dans le contexte qui lui est propre. Il ne faut pas en limiter l’application en recourant au critère des « cas les plus manifestes » en telle matière prévu par la jurisprudence relative à la *Charte*.

Pour des raisons analogues, la contestation fondée sur l’art. 7 de la *Charte* doit elle aussi être rejetée. Sous le régime établi par l’art. 38, l’unique souci du juge de la Cour fédérale consiste à protéger l’intérêt du public à l’égard des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Si la Cour fédérale conclut que la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, elle ordonnera cette mesure seulement si elle estime que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur celles justifiant leur non‑divulgation (par. 38.06(1) et (2) de la *LPC*). Bien que le public ait certes intérêt à ce que la justice soit administrée efficacement, le régime établi par l’art. 38 reconnaît qu’il est hors de question de tenir un procès inéquitable. En l’espèce, le juge du procès n’a pas été privé du pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* soulevées par l’ordonnance de non‑divulgation. Il est vrai que les dispositions en cause privent le juge du procès de la possibilité d’ordonner la divulgation, et même de la possibilité d’examiner personnellement les renseignements écartés en vertu du régime établi par l’art. 38, mais il n’en conserve pas moins — malgré l’absence d’accès à ces renseignements — la possibilité d’ordonner, en vertu de la *Charte* et de l’art. 38.14, toute mesure nécessaire pour protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. Si le processus judiciaire découlant de l’application du régime établi par l’art. 38 devient ingérable en raison soit d’intervalles excessifs dans l’audition de la preuve soit d’autres obstacles analogues ayant pour effet de compromettre le droit de l’accusé à un procès équitable, le juge du procès ne devrait pas hésiter à exercer le large pouvoir que lui a conféré le législateur à l’art. 38.14 pour mettre fin au procès.

**Jurisprudence**

**Arrêt appliqué :** *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; **arrêts analysés** **:** *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; **arrêts mentionnés** **:** *R. c. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII); *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen*, [1956] R.C.S. 82; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, inf. par 2007 CAF 342 (CanLII); *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.‑É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.‑É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Gugy c. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33; *Bradley c. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227; *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Abou‑Elmaati c. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII); *R. c. Ribic*, 2004 CanLII 7091.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11*b*), *d*), 24(1).

*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96, 101.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

*Loi sur la preuve au Canada*,L.R.C. 1985, ch. C‑5, art. 38 à 38.16, 39.

*Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. 1985, ch. O‑5.

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C‑23.

**Doctrine citée**

Canada. Commission d’enquête relative aux mesures d’investigation prises à la suite de l’attentat à la bombe commis contre le vol 182 d’Air India. *Le vol 182 d’Air India : Une tragédie canadienne*, vol. 3, *Relation entre le renseignement et la preuve et particularités des poursuites antiterroristes*. Ottawa : La Commission, 2010.

Canada. Justice. *La loi antiterroriste : Modifications à la Loi sur la preuve au Canada (LPC)* (en ligne : http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcp2-ceap2-fra.asp).

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la Teneur du projet de loi C‑36*, fascicule no 1, 1re sess., 37e lég., 22 octobre 2001, p. 63‑64.

Dawson, Eleanor. « La Cour fédérale et le choc des titans : Concilier les droits de la personne et la sécurité nationale », présentation à la Faculté de droit à l’Université du Manitoba, 30 mars 2006.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Linstead, Stephen G. « The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1 » (1968‑1969), 3 *R.D. Ottawa* 79.

POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Dawson) (2009), 257 C.C.C. (3d) 135, [2009] O.J. No. 6166 (QL), 2009 CarswellOnt 9311. Pourvoi accueilli.

Croft Michaelson et Nicholas E. Devlin, pour l’appelante.

John Norris et Breese Davies, pour l’intimé Asad Ansari.

Rocco Galati, pour les intimés Shareef Abdelhaleem et Amin Mohamed Durrani.

Delmar Doucette, pour l’intimé Steven Vikash Chand.

Paul B. Slansky, pour l’intimé Saad Gaya.

Sarah T. Kraicer et Josh Hunter, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Personne n’a comparu pour les intimés Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Mohammed Dirie, Jahmaal James et Saad Khalid.

Version française du jugement rendu par

1. La Cour — Le présent pourvoi concerne le conflit potentiel entre deux obligations fondamentales de l’État dans notre système de gouvernement : premièrement, celle 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 nationales; deuxièmement, celle de poursuivre les individus accusés d’infractions à nos lois. À l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*,L.R.C. 1985, ch. C‑5 (« *LPC* »), le législateur a reconnu qu’il peut à l’occasion devenir nécessaire de choisir entre ces objectifs, mais il a conçu un cadre détaillé pour tenter de les concilier lorsque la chose est possible. La contestation par les intimés de la constitutionnalité de cette disposition se trouve au centre du présent pourvoi. Selon eux, le régime viole l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
2. Nous reconnaissons d’entrée de jeu que, dans certains cas, le refus par la poursuite de divulguer des renseignements pertinents (à cause de leur caractère sensible ou potentiellement préjudiciable) dans le cours d’un procès criminel peut, eu égard aux faits de l’instance, porter atteinte au droit constitutionnel de tout accusé à « un procès public et équitable » et au droit, garanti séparément, « d’être jugé dans un délai raisonnable » (*Charte*, al. 11*d*) et *b*), respectivement). Lorsque le conflit est insoluble, il ne saurait être question de tolérer un procès inéquitable. Suivant la primauté du droit, le droit de l’accusé à une défense pleine et entière ne peut pas être compromis. Toutefois, selon l’interprétation que nous lui donnons, l’art. 38 préserve pleinement l’indépendance et les pouvoirs du juge présidant le procès criminel d’assurer la justice entre les parties, y compris son pouvoir d’ordonner l’arrêt des procédures, lorsqu’il estime une telle mesure nécessaire.
3. Pour les motifs exposés ci‑après, nous sommes d’avis que l’art. 38 lui‑même (dont le texte est reproduit en annexe) confère une latitude suffisante pour qu’il soit possible d’éviter la conséquence radicale de l’arrêt des procédures dans tous les cas sauf les plus problématiques, comme cela a été récemment démontré dans la poursuite *Air India* (*R. c. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII)). Bien que le régime de l’art. 38, et en particulier le partage des responsabilités qui y est établi entre la Cour fédérale et les cours criminelles des provinces, soulève bon nombre de difficultés pratiques et juridiques, nous sommes convaincus que, adéquatement compris et appliqué, l’art. 38 est constitutionnel.

A. Aperçu

1. Le Parlement a confié aux juges de la Cour fédérale la responsabilité d’examiner, sur demande, les renseignements potentiellement préjudiciables ou les renseignements sensibles à l’égard desquels est invoquée la sécurité nationale, puis de décider si ces renseignements doivent être divulgués et, en cas de réponse affirmative, à quelles conditions. Le juge qui préside un procès criminel ne peut pas ordonner la communication à l’accusé des renseignements visés par une ordonnance de non‑divulgation. De plus, selon les pratiques actuelles, le juge n’a généralement pas non plus accès à ces renseignements. Pourtant, tant selon la common law que selon l’art. 38 lui‑même, c’est aux juges présidant les procès, et non aux juges de la Cour fédérale, qu’a été confiée la responsabilité ultime de protéger le droit constitutionnel de l’accusé à une défense pleine et entière. On ne nous a fait état d’aucun autre endroit au monde où aurait été établi un tel partage de responsabilités entre différentes juridictions en matière de procédures criminelles.
2. Néanmoins, nous sommes appelés à décider, non pas si cette *bifurcation* juridictionnelle est inhabituelle ou non souhaitable sur le plan politique ou inefficace sur le plan pratique — elle a fait l’objet de vives critiques — mais plutôt si sa validité constitutionnelle résiste à l’examen. Le fait que cette bifurcation puisse ou non retarder dans certains cas le déroulement du procès ou entraîner des inefficacités à ce chapitre n’entre pas en ligne de compte, non plus que le fait qu’une ordonnance de non‑divulgation puisse ou non faire parfois obstacle à la poursuite de crimes graves. La constitutionnalité du régime établi par le législateur à l’art. 38 dépend plutôt, en dernière analyse, de la question de savoir s’il offre ou non au juge du procès des moyens suffisants pour empêcher la tenue d’un procès inéquitable.
3. À l’article 38.03, le législateur a conféré au procureur général du Canada le pouvoir d’interdire (ou de ne pas interdire) la divulgation aux cours criminelles de renseignements pertinents, même lorsqu’un juge de la Cour fédérale en a ordonné la divulgation. Il s’agit là d’un pouvoir drastique que le législateur a jugé opportun, pour des considérations d’intérêt général, de confier au premier conseiller juridique de la Couronne. Du même coup, le législateur a reconnu à l’art. 38.14 que, bien que le juge présidant le procès criminel n’ait pas la possibilité d’ordonner que les renseignements pertinents non divulgués lui soient communiqués pour examen ou soient communiqués à l’accusé, la cour criminelle — et elle seule — possède le pouvoir de rendre toute ordonnance qu’elle estime nécessaire pour protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. Cette disposition s’applique aux juges des cours provinciales comme à ceux des cours supérieures. Une telle ordonnance peut, par exemple, annuler certains chefs d’accusation, être rendue à l’encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite, ou encore déclarer l’arrêt complet des procédures.
4. Comme nous l’avons affirmé dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,2007 CSC 9,[2007] 1 R.C.S. 350, la Cour « a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l’étendue de la divulgation de renseignements à l’intéressé » (par. 58). Nous avons toutefois pris soin dans cet arrêt de souligner aussi l’importance du principe de justice fondamentale voulant qu’« une personne dont la liberté est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d’y répondre » (par. 61). L’affaire *Charkaoui* relevait du droit de l’immigration. Dans les affaires criminelles, il est à plus forte raison essentiel que le tribunal veille à l’équité du procès. Néanmoins, selon l’interprétation que nous faisons de l’art. 38, l’effet net est le suivant : les secrets d’État seront protégés lorsque le procureur général du Canada juge vital qu’ils le soient, avec cependant pour résultat que, s’il se voit refuser les moyens de présenter une défense pleine et entière et si, de l’avis du juge, des mesures moindres ne sauraient suffire à garantir un procès équitable, l’accusé sera libre. Tout en insistant sur cette protection essentielle du droit de l’accusé à un procès équitable, nous signalons par ailleurs que, malgré les critiques sérieuses formulées à l’égard du fonctionnement de ces dispositions, elles permettent une souplesse considérable du point de vue de la conciliation des droits de l’accusé et de la nécessité pour l’État d’empêcher la divulgation de renseignements.

B.Les faits relatifs aux présentes poursuites

1. En juin 2006, 18 personnes ont été arrêtées dans la région du Grand Toronto parce qu’on les soupçonnait de comploter des attaques terroristes. On reprochait aux suspects d’avoir organisé des camps d’entraînement terroristes en Ontario, d’avoir accumulé des armes et d’avoir planifié de prendre d’assaut le Parlement, où ils projetaient de décapiter des politiciens et de faire exploser des camions piégés à différents endroits.
2. Les accusés ont d’abord été signalés à l’attention de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») par le Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). À plusieurs reprises, le SCRS a fourni à la GRC des renseignements recueillis grâce à des opérations de surveillance et à des informateurs. Les arrestations de juin faisaient suite à une enquête de plus de six mois menée par l’Équipe intégrée de la sécurité nationale de la GRC.

(1) *Procédures devant la Cour supérieure de l’Ontario*

1. Dix des dix‑huit suspects devaient subir un procès pour des infractions liées au terrorisme devant le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l’Ontario. Avant l’enquête préliminaire, il y a eu divulgation d’une quantité considérable de documents aux accusés, notamment plus de 150 000 dossiers et fichiers médias. Or, avant leur production, ces documents ont été copieusement caviardés par suite d’objections soulevées en vertu de l’art. 38. Par exemple, des affidavits ayant servi à obtenir des autorisations judiciaires et des mandats lors de l’enquête sur les accusés ont été altérés pour dissimuler des renseignements sensibles.
2. Une enquête préliminaire a commencé en juin 2007, mais elle a été arrêtée lorsqu’on a choisi de procéder par voie de mise en accusation directe, le 24 septembre de la même année. À l’enquête préliminaire, de nombreuses objections ont été soulevées en vertu de l’art. 38 dans le but d’empêcher que certaines questions soient posées. Dans le jugement visé par le présent pourvoi, le juge Dawson a souligné que ces objections n’avaient pas encore été tranchées et qu’elles allaient probablement être soulevées de nouveau au procès ((2009), 257 C.C.C. (3d) 135).
3. L’instruction des requêtes préliminaires a commencé en mai 2008. Lorsque nous avons été saisis du présent pourvoi, il était prévu que ces requêtes pourraient prendre encore un temps considérable; dans ses motifs, le juge Dawson a estimé que les requêtes préliminaires et le procès devant jury dureraient en tout de deux ans et demi à cinq ans et demi. Mais depuis l’audition du pourvoi, les accusations portées contre tous les intimés participant ont abouti à une conclusion (du moins en première instance). Sept des accusés ont plaidé coupable, alors que les trois autres ont été déclarés coupables à l’issue de procès devant jury.

(2) *Procédures devant la Cour fédérale*

1. Le 20 mars 2008, et de nouveau le 16 juin 2008, la Couronne a avisé le procureur général du Canada, comme l’exige l’art. 38.01 de la *LPC*, de la possibilité que des renseignements sensibles soient divulgués dans le cadre d’instances devant la Cour supérieure. Le 12 décembre 2008, le juge Noël de la Cour fédérale a rendu, en vertu du par. 38.04(5), une ordonnance désignant les accusés intimés dans les procédures engagées par le procureur général, déclarant que la tenue d’une audience était nécessaire et intimant que le juge Dawson en soit avisé.
2. Les accusés ont ensuite déposé à la Cour supérieure une demande visant à contester la constitutionnalité de l’art. 38. La Cour fédérale a suspendu ses procédures en attendant que cette contestation ait été tranchée.

(3) *Décision de la Cour supérieure de l’Ontario*

1. Le juge Dawson a conclu à l’inconstitutionnalité du régime établi par l’art. 38. Tout d’abord, il a jugé que ce régime violait l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce que le fait de conférer à la Cour fédérale compétence exclusive sur les décisions relatives à l’existence d’un [traduction] « privilège » portait atteinte à la capacité des juges des cours supérieures d’« appliquer la Constitution », et empiétait ainsi sur la compétence fondamentale des cours supérieures. Le juge Dawson a également conclu qu’il s’agissait d’une atteinte injustifiable à l’art. 7 de la *Charte*. Par conséquent, il a jugé que, par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*,le régime en question était inopérant dans la mesure où il était incompatible avec la Constitution. Il a invalidé les dispositions du régime conférant compétence exclusive à la Cour fédérale et déclaré qu’il lui appartenait, à titre de juge de la cour supérieure présidant le procès criminel, de statuer sur toute question de privilège liée à la sécurité nationale pouvant être soulevée dans le cadre de l’instance.

C. Aperçu du régime établi par l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

1. Nous examinerons d’une façon relativement détaillée certains aspects de l’art. 38. Pour commencer, une brève description de ses dispositions sera utile.
2. Le régime établi par l’art. 38 institue une procédure régissant l’utilisation et la protection des renseignements « sensibles » ou « potentiellement préjudiciables ». Ces termes sont définis ainsi dans la Loi :

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » Les renseignements en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui‑ci prend des mesures de protection.

L’article 38 oblige tous les participants à une instance, ainsi que les fonctionnaires non participant, à aviser le procureur général du Canada de la possibilité que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables soient divulgués (art. 38.01).

1. Dans les 10 jours suivant la réception de l’avis, le procureur général doit prendre une décision relative à la divulgation (par. 38.03(3)). Selon le par. 38.03(1), le procureur général peut à tout moment autoriser la divulgation et assortir son autorisation des conditions qu’il estime indiquées. Si la partie ayant donné l’avis — par exemple la Couronne provinciale — veut divulguer les renseignements en cause, elle peut conclure avec le procureur général un accord lui permettant de le faire à certaines conditions (par. 38.031(1)). Dans le cas où le procureur général n’a pas autorisé inconditionnellement la divulgation des renseignements et où aucun accord de divulgation n’a été conclu, la question de la divulgation peut être soumise à la Cour fédérale par le procureur général, la Couronne, l’accusé (s’il en a été informé) ou toute autre personne qui sollicite la divulgation des renseignements protégés (art. 38.04).
2. Un juge désigné de la Cour fédérale décide ensuite s’il est nécessaire de tenir une audience et, dans l’affirmative, spécifie les personnes qui devraient en être avisées (par. 38.04(5)). Le procureur général est tenu de présenter à la cour des observations sur l’identité des personnes dont les intérêts sont touchés par l’ordonnance relative à la divulgation (al. 38.04(5)*a*)). La tenue de l’audience, l’audition de la preuve et l’examen du dossier se dérouleront en partie *ex parte* (c’est‑à‑dire seulement en présence du juge désigné et du représentant du procureur général) et en partie à huis clos (c’est‑à‑dire en présence des parties à la procédure, mais pas du public).
3. Le juge désigné doit d’abord déterminer si la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. S’il conclut que la divulgation n’y porterait pas préjudice, il peut l’autoriser (par. 38.06(1)). Dans le cas contraire, il peut ordonner la divulgation seulement s’il détermine que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non‑divulgation (par. 38.06(2)). Le juge désigné de la Cour fédérale peut également assortir la divulgation de conditions et ordonner au procureur général d’aviser toute personne qui devrait l’être (art. 38.07). La Couronne soutient que le partage des responsabilités entre la Cour fédérale et les cours supérieures de juridiction criminelle est fondé sur l’expertise particulière des juges de la première sur les questions touchant la sécurité nationale.
4. La partie qui souhaite contester l’ordonnance de la Cour fédérale peut interjeter appel devant la Cour d’appel fédérale et, éventuellement, devant la Cour suprême (art. 38.09).
5. Deux pouvoirs ministériels exercés par le procureur général du Canada sont au cœur du régime établi par l’art. 38 — l’un concerne la divulgation ou la non‑divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles, et l’autre la conduite des poursuites.
6. Premièrement, l’art. 38.13 donne au procureur général le pouvoir de délivrer personnellement un certificat interdisant même la divulgation de renseignements dont la divulgation a été autorisée par le juge de la Cour fédérale. Ce certificat n’est assujetti qu’au pouvoir de révision de la Cour d’appel fédérale, constituée dans ce cas d’un seul juge, qui peut modifier ou révoquer le certificat seulement s’il ne porte pas sur « des renseignements obtenus à titre confidentiel d’une entité étrangère [. . .] ou qui concernent une telle entité [. . .] ni sur la défense ou la sécurité nationales » (art. 38.13 et 38.131). En bref, ce droit d’examen restreint n’offre aucun mécanisme judiciaire efficace permettant de contester ou de corriger une décision discutable prise par le procureur général quant à la recherche du juste équilibre entre les considérations d’intérêt général justifiant la non‑divulgation des renseignements en question et les raisons d’intérêt public et privé justifiant leur divulgation.
7. La validité de ces pouvoirs n’a pas été contestée en l’espèce et leur constitutionnalité doit donc être présumée pour les besoins du présent pourvoi. Pour ces raisons, l’argument des intimés — à savoir que l’art. 38 serait inconstitutionnel au motif que les décisions relatives à la divulgation de nature sont intrinsèquement judiciaires — nous paraît particulièrement difficile à soutenir. Comme nous allons le démontrer, cet argument n’est ni historiquement ni juridiquement exact. Le sous‑argument voulant qu’il soit inconstitutionnel de confier les décisions concernant la divulgation à la Cour fédérale plutôt qu’aux juges des cours criminelles est lui aussi insoutenable, et ce, pour les mêmes raisons.
8. Comme nous le verrons, cependant, le pouvoir ainsi conféré au procureur général du Canada de divulguer des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables ou d’en interdire la divulgation, aux conditions qu’il fixe et dans une large mesure hors de la voie normale de la Cour fédérale, a un prix : le possible effondrement de la poursuite, qu’elle ait été engagée par les autorités fédérales ou les autorités provinciales.
9. Deuxièmement, le par. 38.15(1) renforce encore davantage le pouvoir du procureur général en matière de poursuites, en ce qu’il autorise ce dernier à délivrer un fiat établissant sa compétence exclusive à l’égard de toute poursuite dans laquelle des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués — même lorsqu’elle a été engagée par le procureur général d’une province.

D. Approche pratique à l’égard de l’art. 38

1. À l’instar du jugement visé par le présent pourvoi, les observations des intimés reposent sur le postulat suivant lequel, étant donné que le juge qui préside un procès criminel n’a aucun droit d’accès aux renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables, cet accès ne se réalisera normalement pas. Les intimés font également valoir qu’il serait impossible pour la défense de démontrer le préjudice subi par l’accusé sans connaître la nature des renseignements, et qu’il serait impossible pour le juge du procès d’établir une réparation convenable et juste au titre de l’art. 38.14 de la *LPC* ou du par. 24(1) de la *Charte*. Toutefois, adéquatement interprété et appliqué, l’art. 38 ne commande pas ce résultat.
2. La Cour a maintes fois répété qu’[traduction] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. De plus, « il faut présumer que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte*»: *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432, par. 75; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33.
3. Nous partons donc du principe que, en l’absence de termes clairs et sans ambiguïté à l’effet contraire, il faut conclure que les dispositions en cause n’envisagent pas que le juge du procès statue sur l’incidence de la non‑divulgation sur l’équité du procès d’une manière qui le conduirait à accorder un arrêt injustifié des procédures ou à refuser de prendre les mesures qui s’imposent. Le législateur devait être conscient de ces injustices potentielles et ne peut avoir voulu l’un ou l’autre de ces résultats.
4. L’absence de divulgation dans le contexte qui nous intéresse ne se traduit pas nécessairement par une privation du droit à une défense pleine et entière entraînant un procès inéquitable. En effet, dans bien des cas la non‑divulgation de renseignements protégés n’aura aucune incidence sur l’équité du procès, ou alors des mesures autres que la divulgation totale pourront garantir que l’équité du procès n’est pas compromise par l’absence de divulgation totale. Par exemple, dans l’affaire de l’attentat d’*Air India*, les avocats de la poursuite et ceux de la défense ont conclu un accord permettant aux seconds d’examiner des documents détenus par le SCRS, après s’être engagés à ne pas en divulguer le contenu à quiconque — y compris à l’accusé — sans permission. Dans un rapport publié à la suite du procès, le procureur principal Robert Wright et l’avocat de la défense Michael Code ont écrit que les avocats de la défense ont pu « dans presque tous les cas, conclure que les documents n’étaient pas pertinents quant à l’instance » : voir la Commission d’enquête relative aux mesures d’investigation prises à la suite de l’attentat à la bombe commis contre le vol 182 d’Air India, *Le vol 182 d’Air India : Une tragédie canadienne* (« Rapport sur l’attentat d’Air India ») (2010), vol. 3, p. 171.
5. Nous devons présumer que le législateur était conscient de la possibilité qu’un arrêt des procédures soit inutilement prononcé si le juge du procès se voyait refuser l’accès à des renseignements ne pouvant être divulgués pour des raisons valides ayant trait au secret d’État. Vu les ressources considérables investies dans les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions touchant la sécurité nationale, et l’injustice que causerait à la société un arrêt inutile des procédures dans les cas de cette nature, le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat.
6. Le législateur n’a pu vouloir non plus que le juge du procès se voie présenter un dossier inadéquat ou un tableau incomplet de l’affaire, situations susceptibles de l’amener à conclure, à tort, que l’équité du procès ne sera pas compromise. Comme nous l’avons dit plus tôt, il faut présumer que le législateur entend adopter des textes conformes à la *Charte*. Considération plus importante encore, la présomption de constitutionnalité se trouve en l’espèce renforcée par l’existence de l’art. 38.14, qui précise explicitement que les droits de l’accusé à un procès équitable doivent être protégés — et non sacrifiés — dans le cadre de l’application des autres dispositions du régime. Cette disposition semble aussi indiquer que le législateur reconnaît que, comme le juge du procès est bien au fait de l’instance criminelle et de l’ensemble de la preuve produite, c’est en fin de compte ce dernier qui est le mieux placé pour prendre les mesures protectrices qui s’imposent par suite d’une ordonnance de non‑divulgation rendue au titre de l’art. 38.
7. Toutefois, l’intérêt public ne sera servi que si le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire dans l’instance criminelle en ayant une compréhension suffisante de la nature des renseignements non divulgués. Autrement dit, le caractère radical des mesures mentionnées à l’art. 38.14 nous amène à conclure que le législateur s’attendait à ce que le juge du procès se voie fournir suffisamment de renseignements pertinents pour être en mesure d’exercer judiciairement le pouvoir conféré par cette disposition et pour éviter, lorsque cela est possible (et opportun), l’effondrement de la poursuite.
8. Le juge du procès a l’obligation de protéger le droit constitutionnel de l’accusé à une défense pleine et entière, et ce, pour des raisons tout à fait indépendantes de l’art. 38.14. Le large pouvoir discrétionnaire en matière de réparation établi au par. 24(1) de la *Charte* comporte déjà celui de rendre les ordonnances énumérées à l’art. 38.14 de la *LPC* afin d’empêcher la tenue d’un procès inéquitable. Pourtant, le législateur a choisi d’énoncer expressément dans la loi un certain nombre de mesures, qui vont de la solution finement ciselée (l’annulation d’un chef d’accusation d’un acte d’accusation) au remède draconien (l’arrêt complet de toutes les procédures). Le juge qui voudrait, comme le prévoit la disposition, annuler un chef d’accusation d’un acte d’accusation (ou autoriser l’instruction d’un chef d’accusation pour une infraction moins grave ou incluse) devra généralement avoir une compréhension suffisamment approfondie des renseignements non divulgués en vertu de l’art. 38 pour pouvoir les apprécier au regard d’éléments précis des infractions reprochées. À l’inverse, si le juge n’a pas cette compréhension, il lui sera souvent impossible de déterminer à quel chef d’accusation, élément de l’infraction ou aspect de la défense les renseignements peuvent se rattacher. Dans un tel cas, il risque de n’avoir d’autre choix que d’ordonner l’arrêt des procédures. On a évoqué lors des plaidoiries le fait que cette possibilité place le procureur général et les tribunaux de première instance devant le dilemme de l’*intimidation constitutionnelle*, résultat qu’une interprétation sensée de l’art. 38 contribuera à éviter.
9. Cela nous amène à faire une autre observation. L’arrêt des procédures envisagé à l’art. 38.14 est une réparation prévue par un texte législatif, qui doit être considérée et appliquée dans le contexte qui lui est propre. Il ne faut pas en alourdir l’application en recourant au critère des « cas les plus manifestes » en telle matière, lequel n’est pas établi par un texte de loi mais a été exposé dans *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il peut arriver que le juge de la cour criminelle se trouve dans la situation où il lui faut essayer de trouver quelle mesure est appropriée lorsque, du fait de l’absence de divulgation, il est impossible de déterminer si le déroulement du procès dans ces conditions porterait véritablement atteinte au « sens du franc‑jeu et de la décence qu’a la société » (*Jewitt*, p. 135). Néanmoins, le compromis législatif établi à l’art. 38 commandera l’arrêt des procédures dans de telles circonstances, si le juge du procès est tout simplement incapable de conclure positivement que le droit à un procès équitable — y compris le droit de l’accusé à une défense pleine et entière — n’a pas été compromis.
10. Tout en gardant ces observations à l’esprit, passons maintenant à l’analyse de certains aspects particuliers du régime de l’art. 38.

(1) *Le juge du procès devrait être avisé de la présentation d’une demande fondée sur l’art.  38*

1. Le législateur n’entendait pas que le juge du procès exerce autrement que d’une manière judiciaire le pouvoir que lui confère l’art. 38.14. À cette fin, le procureur général, en sa qualité de premier conseiller juridique de l’État, et le procureur de la Couronne, conformément à son devoir d’équité, doivent prendre tous les moyens dont ils disposent — dans les limites imposées par le texte de loi — afin de fournir au juge du procès les renseignements dont il a besoin pour s’acquitter à la fois de son obligation de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable et de l’obligation qu’il a, envers la société canadienne, de ne pas ordonner sans justification l’arrêt des procédures.
2. Selon l’alinéa 38.04(5)*b*), le juge de la Cour fédérale peut statuer sur la demande sans tenir d’audience, en se fondant uniquement sur les observations du procureur général du Canada (ou du ministre de la Défense nationale dans le cas d’une instance concernant celle‑ci). C’est seulement « s’il » estime qu’une audience est nécessaire que le juge désigné « spécifie les personnes qui devraient en être avisées » (sous‑al. 38.04(5)*c*)(i)).
3. Dans le contexte d’une instance criminelle, nous sommes d’avis qu’une audience doit être tenue sur les questions relatives à la divulgation, à moins que le juge désigné décide, sans tenir d’audience, que les renseignements en cause devraient être divulgués à la cour criminelle. Nous sommes également d’avis que le par. 38.04(5) a pour effet d’exiger que la cour criminelle soit avisée du dépôt à la Cour fédérale d’une demande fondée sur l’art. 38. Bien que les juges de la Cour fédérale semblent à première vue se voir accorder par le sous‑al. 38.04(5)*c*)(i) une grande latitude pour déterminer les personnes qui « devraient » être avisées, notre Cour a statué par le passé que [traduction] « [l]es dispositions portant autorisation sont toujours obligatoires lorsqu’elles ont pour objet de reconnaître un droit » : *Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen*, [1956] R.C.S. 82, p. 87. Comme le juge qui préside un procès criminel doit recevoir cet avis pour être en mesure de s’acquitter efficacement de son obligation de protéger les garanties juridiques reconnues à l’accusé par la *Charte*, il fera toujours partie (sous réserve évidemment des autres dispositions de la Loi) des personnes qui « devraient » être avisées. Le mot « peut » à l’art. 38.07 a lui aussi pour effet d’exiger que le juge du procès soit avisé de l’ordonnance définitive rendue par le juge de la Cour fédérale. Bien que la question de savoir *si* un avis doit être donné au juge du procès criminel n’ait pas un caractère discrétionnaire, le *contenu* de cet avis relève du pouvoir discrétionnaire du juge désigné. Ce contenu variera selon les circonstances de chaque cas.
4. De même, sauf raisons impérieuses à l’effet contraire, le juge de la Cour fédérale doit généralement ordonner que la personne accusée dans le procès criminel soit avisée de l’existence de l’instance engagée en Cour fédérale. Le présent pourvoi n’est pas l’occasion pour la Cour de se prononcer en détail sur la façon dont les dispositions de l’art. 38.04 relatives aux avis interagissent avec l’interdiction de divulgation de l’existence d’une instance devant la Cour fédérale, que prévoit l’art. 38.02. Toutefois, il est clair que, globalement, le régime est suffisamment souple pour permettre que soit donné un avis à cet effet chaque fois qu’une telle mesure est possible et appropriée.

(2) *Le juge du procès doit être en mesure d’exercer judiciairement le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 38*

1. Le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par l’art. 38 doit être interprété en fonction de l’objet de la loi, à savoir la recherche du juste équilibre entre l’intérêt public en matière de secret d’État et l’intérêt public relatif à l’administration efficace d’un système de justice équitable. Cela suppose que le juge du procès dispose des renseignements nécessaires pour s’acquitter, de façon judiciaire et éclairée, des obligations que lui imposent la *LPC* et la *Charte*.
2. L’avis donné en vertu du par. 38.04(5) déclenchera l’entrée en jeu de l’art. 38.14 et le juge du procès sera alors tenu de prendre en considération l’incidence de la non‑divulgation sur l’équité du procès. Afin de s’acquitter de cette obligation, il aura généralement besoin de certaines informations au sujet des renseignements dont la divulgation est interdite. Dans certains cas, un résumé pourra suffire, alors que dans d’autres, un accès plus étendu aux renseignements sera nécessaire.
3. Comme nous l’avons indiqué précédemment, le procureur général du Canada a le pouvoir ultime de divulguer — ou de refuser de divulguer — des renseignements pertinents en vertu du par. 38.03(1). Cette disposition lui permet d’autoriser « à tout moment » la divulgation « de tout ou partie des renseignements » selon les « conditions qu’il estime indiquées ». Lorsque des poursuites sont engagées par la Couronne provinciale, l’art. 38.031 et le par. 38.04(6) donnent à celle‑ci la possibilité de conclure avec le procureur général un accord permettant à la province de divulguer les renseignements au juge du procès soit en partie, soit à certaines conditions. Si le procureur général refuse de procéder à la divulgation et que, pour cette raison, le juge du procès doit envisager l’arrêt des procédures criminelles, la décision appartiendra au procureur général, lequel devra bien sûr tenir compte des conséquences négatives possibles pour la poursuite.
4. L’article 38 institue un régime que le législateur a voulu empreint de souplesse. Diverses dispositions autorisent une divulgation conditionnelle, partielle ou encore limitée. Le paragraphe 38.06(1) impose expressément au juge de la Cour fédérale l’obligation de tenir compte des raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation, ainsi que des conditions de divulgation « les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales » (par. 38.06(2)). Lorsqu’il rend sa décision, le juge de la Cour fédérale peut autoriser la divulgation partielle, ou assortie de certaines conditions, des renseignements au juge du procès, lui en fournir un résumé ou l’aviser que certains faits que l’accusé veut établir peuvent être tenus pour avérés pour les besoins du procès. On trouve un exemple de la façon dont les choses peuvent se passer dans la pratique dans *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, appel accueilli pour d’autres motifs, 2007 CAF 342 (CanLII). Dans cette affaire, le juge de la Cour fédérale a communiqué aux avocats des parties un résumé des renseignements dont la divulgation avait été interdite en vertu de l’art. 38, et ordonné que ce résumé soit mis à la disposition du poursuivant et du juge du procès au cas où il deviendrait nécessaire que ce dernier détermine s’il y avait eu atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable (par. 187).
5. Les problèmes que crée le partage des responsabilités entre les tribunaux peuvent être résolus de différentes manières. Par exemple, le juge de la Cour fédérale exerçant le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 38.06(2) pourrait estimer qu’il est possible d’autoriser la divulgation de renseignements au juge de la cour criminelle sans risquer de porter préjudice à la sécurité nationale, en posant comme seule condition que ce dernier ne divulgue pas les renseignements à l’accusé ou qu’il les examine dans un lieu protégé désigné. La divulgation des renseignements au juge du procès seulement, comme c’est la norme dans d’autres pays, et à seule fin de déterminer l’incidence de leur non‑divulgation sur l’équité du procès, s’avérera souvent la solution la plus appropriée. Cela est particulièrement vrai si l’on tient compte du risque minimal que présente le fait de donner cet accès au juge présidant un procès, personne investie des pouvoirs et responsabilités d’une charge publique élevée.
6. Les avocats de la Couronne auront également un rôle important à jouer dans le déroulement de l’instance. Par exemple, s’il devient évident pour la Couronne que la non‑divulgation de renseignements ordonnée en vertu de l’art. 38 portera atteinte à l’équité du procès de façon importante et irréparable, elle devrait normalement inscrire elle‑même un arrêt des procédures.
7. 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‑divulgation sans les observations d’un avocat opposé à la poursuite. La désignation d’un avocat spécial possédant une autorisation de sécurité pourrait alors se révéler utile si ce dernier est adéquatement informé de la question au moyen d’une autorisation donnée par le procureur général du Canada en vertu de l’art. 38.03. 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 non‑divulgation 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 ».
8. 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 : voir le rapport sur l’attentat d’Air India, p. 188‑190 (citant les recommandations des comités de la Chambre des communes et du Sénat ayant examiné le fonctionnement de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, de même que les observations de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, de l’Association du Barreau canadien et de la Criminal Lawyers’ Association, 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).
9. 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).
10. La souplesse des procédures prévues par l’art. 38 contraste avec la rigidité de la règle établie au par. 39(1) à l’égard des renseignements confidentiels du Cabinet, dont il était question dans *Babcock*  *c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, et qui est rédigée ainsi :

**39.** (1) Le tribunal, l’organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s’opposent à la divulgation d’un renseignement, tenus d’en refuser la divulgation, sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

La formulation absolue de l’art. 39 vise à écarter l’application des règles changeantes de la common law en matière de renseignements confidentiels du Cabinet, qui permettent aux tribunaux de mettre en balance l’intérêt du public dans la protection de la confidentialité des renseignements du Cabinet et l’intérêt du public dans la divulgation de ces renseignements (*Babcock*, par. 19 à 23). Nous reconnaissons l’existence de différences de fond importantes entre les diverses dispositions de la *LPC* régissant la divulgation. Néanmoins, on aurait pu s’attendre à ce que le législateur s’exprime de façon aussi claire s’il avait voulu empêcher le juge du procès d’avoir accès à tout le moins à un résumé du type de renseignements visés par une contestation fondée sur l’art. 38.

(3) *Le processus prévu à l’art. 38 peut se dérouler par étapes devant le juge présidant le procès criminel*

1. Il appartiendra toujours au juge du procès de décider s’il dispose de suffisamment d’informations pour exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation. Si les renseignements qui lui sont fournis en vertu des accords conclus ne lui permettent tout simplement pas de déterminer s’il y a eu une incidence véritable sur l’équité du procès, le juge du procès devra présumer que l’ordonnance de non‑divulgation y a porté atteinte, et a notamment compromis le droit de l’accusé à une défense pleine et entière. Dans un tel cas, il devrait en informer la Couronne plutôt que d’ordonner directement l’arrêt des procédures. Le procureur général aura alors la possibilité de répondre aux préoccupations du juge en procédant à une divulgation plus poussée et de meilleure qualité en vertu de la procédure relative au certificat du procureur général. Si aucun autre renseignement ne peut être transmis au juge du procès (ou si les nouveaux renseignements pouvant être fournis sont inadéquats), l’arrêt des procédures sera vraisemblablement la réparation indiquée.
2. Il convient de répéter que, bien qu’un arrêt des procédures fondé sur la common law ou la *Charte* soit considéré comme une mesure extraordinaire, il s’agit cependant d’une ordonnance expressément prévue à l’art. 38.14 afin de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable contre les effets préjudiciables de la non‑divulgation. Comme nous l’avons expliqué précédemment, si la loi est appliquée avec souplesse et en fonction de l’information dont le juge du procès a besoin pour exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire, et si le procureur général et le poursuivant font preuve du sens de l’équité auquel on est en droit de s’attendre, les arrêts de procédures qui, à l’insu du juge du procès, ne seraient en fait pas justifiés devraient demeurer chose rare. Le juge du procès devrait dans presque dans tous les cas se voir donner suffisamment de renseignements pour être en mesure soit de rendre une ordonnance plus finement adaptée, soit de conclure, lorsque cela est indiqué, qu’aucune mesure protectrice n’est nécessaire. Selon la *Charte* toutefois — situation d’ailleurs reconnue par les dispositions en cause —, l’arrêt des procédures doit être ordonné en vertu de l’art. 38 dans les cas où le gouvernement interdit la divulgation de renseignements et où le juge du procès est incapable de se convaincre que cette absence de divulgation n’a pas porté atteinte à l’équité du procès, et où aucune mesure moins radicale ne permettrait de le garantir. Lorsqu’il existe un doute à cet égard, il doit être résolu en faveur de la protection du droit de l’accusé à un procès équitable, y compris le droit de celui‑ci à une défense pleine et entière.
3. En terminant, nous tenons à préciser que bien que le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment il convient d’ordonner une mesure protectrice, il sera souvent « préférable de trancher cette question [l’effet des violations ou des abus sur l’équité du procès] au fur et à mesure du déroulement du procès » : *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 27.

E. Analyse constitutionnelle à la lumière de l’interprétation qui précède de l’art. 38

1. Après avoir interprété les dispositions législatives pertinentes, nous revenons à l’analyse des questions constitutionnelles qui nous sont soumises.

(1) *Adéquatement interprété, l’art. 38 ne viole pas l’art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867*

1. Devant nous, le débat a dans une large mesure porté sur l’incapacité du juge du procès d’avoir accès aux renseignements visés par une ordonnance de non‑divulgation rendue au titre de l’art. 38. Dans le cas où le procès a lieu devant un juge d’une cour supérieure, les intimés prétendent — argument qu’a retenu le juge Dawson — que l’art. 38 entrave la capacité des juges d’une telle cour d’[traduction] « appliquer la Constitution » et de protéger les droits garantis aux accusés par l’art. 7. Il porte ainsi atteinte, d’affirmer les intimés, à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en transférant illégitimement ces responsabilités à la Cour fédérale, tribunal dont la création ne relève pas de l’art. 96, et en empiétant sur la « compétence fondamentale » des cours supérieures. Selon eux, il viole en plus l’art. 7 de la *Charte*.
2. Il existe trois courtes réponses à ces arguments : historiquement, les cours supérieures n’avaient pas compétence pour examiner les raisons invoquées par la Couronne pour refuser la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles concernant l’État; ce pouvoir ne fait pas partie de la compétence fondamentale des cours supérieures; les dispositions attaquées n’empêchent pas le juge qui préside un procès criminel de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. L’incapacité de statuer sur la production de renseignements ne contrevient ni à l’art. 96 ni à l’art. 7.
3. Il est vrai, bien sûr, que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire créent des limites substantielles de nature constitutionnelle restreignant la capacité du législateur de conférer des pouvoirs à des tribunaux judiciaires ou autres qui ne sont pas établis en vertu de l’art. 96. Sans avoir exploré à fond l’interaction des art. 96 et 101, la Cour tient pour acquis, pour les besoins du présent pourvoi (et sans pour autant statuer sur la question), que l’analyse constitutionnelle est conforme à la thèse des intimés.
4. Ils soutiennent que, pour déterminer si l’octroi de pouvoirs à un tribunal non établi en vertu de l’art. 96 viole cet article de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il faut d’abord appliquer l’analyse qui a été formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, et précisée dans la jurisprudence subséquente. En résumé, cette analyse comporte les trois questions suivantes : (1) Est‑ce que le pouvoir conféré correspond généralement à un pouvoir ou à une compétence qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération? (2) Dans l’affirmative, s’agit‑il d’un pouvoir judiciaire? (3) Si oui, est‑ce que ce pouvoir est complémentaire ou accessoire d’une fonction principalement administrative ou nécessairement accessoire d’une telle fonction? (*Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.‑É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186, par. 74).
5. L’application de cette analyse amène à conclure qu’il n’y a pas atteinte à l’art. 96 en l’espèce. Comme il est mentionné dans l’arrêt *Renvoi sur la loi de 1979 sur la location résidentielle*, pour répondre à la première question, le tribunal doit se livrer à une recherche historique et déterminer « si le pouvoir ou la compétence correspond [. . .] au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération » (p. 734). Comme l’a plus tard indiqué notre Cour dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, « si le pouvoir en question n’est pas conforme à celui exercé par une cour supérieure en 1867, l’enquête s’arrête là » (par. 12). Soulignons que le pouvoir doit en outre avoir été exercé exclusivement par les cours supérieures au moment de la Confédération. Par exemple, si les cours supérieures et les tribunaux inférieurs exerçaient une compétence concurrente, l’enquête s’arrêtera aussi à la première étape de l’analyse établie dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*: *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238.
6. En 1867, les motifs invoqués par la Couronne pour refuser de divulguer des renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles étaient généralement considérés par les cours supérieures du Canada comme relevant d’une prérogative de l’exécutif non susceptible de révision : *Gugy c. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33 (B.R); *Bradley c. McIntosh* (1884),5 O.R. 227 (C.P.). Voir, de façon générale, S. G. Linstead, « The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1 » (1968‑1969) 3 *R.D. Ottawa* 79. Bien que le droit se soit depuis écarté de cette déférence exceptionnelle (voir, p. ex., *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479 et *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637), l’argument des intimés selon lequel l’art. 38 est vulnérable sur le plan constitutionnel parce qu’il enlève aux cours supérieures une partie de leur compétence historique est mal fondé. Étant donné que les cours supérieures n’exerçaient aucun pouvoir de contrôle semblable à l’époque de la Confédération, l’analyse prescrite par le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* se termine à la première question : il n’y a pas d’atteinte à l’art. 96 selon cette analyse. Nous constatons que la Cour d’appel de l’Ontario a tiré la même conclusion dans l’arrêt *Abou-Elmaati c. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII), quoique dans le contexte d’une enquête préalable dans une action civile.
7. Même dans le cas où l’attribution de pouvoir satisfait à l’analyse établie dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, elle sera toutefois inconstitutionnelle si le législateur entendait conférer une compétence exclusive sur une question relevant de la compétence fondamentale des tribunaux constitués en vertu de l’art. 96 : *MacMillan Bloedel Ltd.*, par. 27‑28. Un pouvoir qui « fait partie intégrante » du fonctionnement des cours supérieures appartient à la « compétence fondamentale ou inhérente » qu’on ne peut leur retirer (par. 15) sans violer l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Un élément de la « compétence inhérente » de la cour supérieure est le pouvoir de [traduction] « faire observer sa propre procédure et de maintenir sa dignité et le respect qui lui est dû » (par. 33 et 37). Dans le *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.‑É.)*, au par. 56, le juge en chef Lamer a précisé encore davantage la définition de compétence « fondamentale », affirmant ce qui suit :

. . . [elle] ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l’existence d’une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique.

Selon les intimés, l’art. 38 a pour effet d’enlever à un tribunal constitué en vertu de l’art. 96 la compétence fondamentale que constitue la protection du droit de l’accusé à un procès équitable.

1. Il est vrai que le pouvoir d’une cour supérieure de statuer sur les questions constitutionnelles qui lui sont soumises fait partie de la compétence fondamentale décrite par le juge en chef Lamer dans les décisions susmentionnées. Nous sommes cependant d’avis que ce n’est pas véritablement de cela qu’il est question dans le présent pourvoi. Il est donc essentiel de bien qualifier l’objet du pouvoir contesté.
2. Dans *MacMillan Bloedel*, la Cour a insisté sur le fait qu’« [u]ne bonne qualification [de l’objet du litige] aux fins de l'art. 96 doit être restrictive et tenir compte de la nature du litige » (par. 25). De même, aux par. 58 à 61 de l’arrêt *Babcock*, affaire dans laquelle la contestation constitutionnelle portait sur la non‑divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet en vertu de l’art. 39 de la *LCP*, la Cour a qualifié précisément le litige comme ayant trait à [traduction] « la possibilité pour une cour supérieure d’ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet et du Conseil privé » (par. 58) et non à la question beaucoup plus large de savoir si l’art. 39 portait atteinte à la « capacité [d’une cour supérieure] de contrôler sa propre procédure » (par. 59).
3. En l’espèce, le litige ne concerne pas à proprement parler le pouvoir de la cour supérieure de protéger l’intégrité de sa procédure; ce pouvoir a été reconnu par le législateur à l’art. 38.14. Il porte plutôt sur le pouvoir relatif à la divulgation de renseignements à l’égard desquels l’exemption relative à la sécurité est invoquée. Lorsque la question est définie ainsi, comme elle l’était dans *Babcock*, l’art. 38 de la *LPC* ne viole pas l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce qu’il « n’empêche pas en soi un tribunal d’exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure » (*Babcock*, par. 60).
4. L’essentiel, sur le plan constitutionnel, c’est que les cours criminelles conservent la faculté de s’assurer que chaque personne qui comparaît devant elles pour répondre à des accusations criminelles jouisse d’un procès fondamentalement équitable. Ce qui est reconnu à la fois au par. 24(1) de la *Charte* et à l’art. 38.14 de la *LPC*, c’est que parfois la seule façon d’éviter un procès « [in]équitable » est qu’il n’y ait pas de procès du tout. Comme nous l’avons expliqué, le juge d’une cour criminelle dispose, grâce à l’art. 38.14 et à la *Charte*, des moyens de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable.

(2) *Le partage des responsabilités entre les tribunaux ne porte pas atteinte à l’art. 7*

1. Pour des raisons analogues, la contestation des intimés fondée sur l’art. 7 doit elle aussi être rejetée.
2. Le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu que le retrait aux cours criminelles, en faveur de la Cour fédérale, du pouvoir de statuer sur la question de la divulgation, ainsi que l’impossibilité pour lui d’examiner les renseignements visés par l’interdiction de divulgation ont eu pour effet d’[traduction] « empêcher l[a Cour supérieure de justice] de protéger et faire respecter les droits de l’accusé en matière de divulgation et de défense pleine et entière » (par. 11). Selon le juge Dawson, la décision relative à la divulgation des renseignements et celle de savoir s’il y a eu violation du droit de l’accusé à la communication de la preuve en temps utile — garanti par l’art. 7 de la *Charte* — étaient des questions [traduction] « si inextricablement liées » qu’elles ne pouvaient être dissociées (par. 101). À son avis, une ordonnance de non‑divulgation « mal fondée » prononcée par la Cour fédérale porterait vraisemblablement atteinte aux droits garantis à l’accusé par l’art. 7. Il a jugé que le fait de priver la Cour supérieure de justice du pouvoir de statuer de la façon habituelle sur la question relative au privilège l’empêchait nécessairement de déterminer s’il y avait atteinte aux droits reconnus à l’accusé par la *Charte*. Avec égards pour l’opinion exprimée par le juge Dawson, nous ne partageons pas cet avis.
3. Pour bien comprendre la façon dont le législateur conçoit le rôle respectif des juges qui président les procès criminels et des juges de la Cour fédérale, il convient sans doute de se reporter à l’échange suivant, qui a eu lieu devant le Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C‑36, fascicule no1, 1re sess., 37e lég., 22 octobre 2001 :

**M. Piragoff :** . . . Le certificat émis par le procureur général, au sujet duquel d’autres sénateurs ont posé des questions, sera la garantie ultime que des renseignements tels que les sources d’information et les noms des informateurs ne seront pas divulgués.

. . .

**Le sénateur Kelleher :** Le juge ne va pas nous taper dessus? C’est ce qui m’inquiète.

**M. Piragoff :** La loi reconnaît que, si le procureur général exerce le pouvoir de retenir des renseignements, le juge de première instance peut évaluer les conséquences que la non‑divulgation des renseignements en question peut avoir sur un procès. Cela pourrait entraîner un non‑lieu.

D’autres modifications visent à communiquer le maximum de renseignements à ce juge de première instance. Le juge de la Cour fédérale essaiera, par exemple, de préparer une copie aseptisée ou dira qu’aux fins du procès, on peut supposer l’existence de certains faits. Mais dans un procès pour meurtre, par exemple, c’est au juge de première instance de la Cour provinciale qu’il revient de décider s’il est possible de tenir un procès équitable sans les renseignements en question. C’est laissé à la discrétion du juge et non pas de la Cour fédérale.

**Le sénateur Kelleher :** C’est ce qui m’inquiète.

**M. Piragoff :** Il y a deux choses qui entrent en ligne de compte. Il y a, d’une part, l’intérêt de l’État à protéger certains renseignements et d’autre part, l’intérêt de l’accusé à avoir un procès équitable, un droit qui est protégé par la Charte. Il peut arriver que les deux intérêts ne puissent pas être conciliés et il s’agit alors de voir si, dans les circonstances, il est plus important de poursuivre l’intéressé ou de protéger les renseignements. C’est un choix difficile, mais il peut être parfois nécessaire de le faire. [Je souligne; p. 63-64.]

Sous le régime établi par l’art. 38, l’unique souci du juge de la Cour fédérale consiste à protéger l’intérêt du public à l’égard des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Si la Cour fédérale conclut que la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, elle ordonnera cette mesure seulement si elle estime que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur celles justifiant leur non‑divulgation (par. 38.06(1) et (2)). Bien que le public ait certes intérêt à ce que la justice soit administrée efficacement, en d’autres mots à ce que [traduction] « le procès suive son cours », l’art. 38 reconnaît qu’il est hors de question de tenir un procès inéquitable. Le juge Dawson n’a pas été privé du pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* soulevées par l’ordonnance de non‑divulgation. Il est vrai que les dispositions en cause privent le juge du procès de la possibilité d’ordonner la divulgation, et même de la possibilité d’examiner personnellement les renseignements écartés en vertu de l’art. 38, mais il n’en conserve pas moins — malgré l’absence d’accès à ces renseignements — la possibilité d’ordonner, en vertu de la *Charte* et de l’art. 38.14, toute mesure nécessaire pour protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. Lorsqu’il a adopté l’art. 38 de la *LPC*, le législateur savait que, en limitant le pouvoir du juge du procès d’ordonner la divulgation, il ouvrait la voie à l’imposition d’une mesure plus draconienne que ce qui pourrait autrement être justifié. Il a choisi, à l’art. 38.14, d’accepter cette possibilité en prévoyant expressément, en pareilles circonstances, l’arrêt des procédures.

(3) *La Cour n’est pas saisie du débat de politique générale*

1. Au paragraphe 104 de son mémoire, le procureur général soutient que l’art. 38 établit un [traduction] « équilibre juste et délicat » entre la nécessité de protéger les secrets d’État et la protection des droits individuels en répartissant la compétence à cet égard entre les Cours fédérales et les juridictions de première instance, et ce, en fonction de l’expertise des unes et des autres. Il souligne le fait que la Cour fédérale statue depuis plus de 20 ans sur des questions de sécurité nationale sous le régime de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C‑23, et d’autres lois, telle celle régissant les questions d’immigration et de protection des réfugiés.
2. Le procureur général souligne également que seul un nombre limité de juges désignés de la Cour fédérale statuent sur des questions de sécurité nationale. Ces juges désignés se rencontrent fréquemment pour discuter de ces questions, ainsi que des récents développements jurisprudentiels et des meilleures pratiques à adopter à cet égard. Le procureur général explique qu’ils ont élaboré des programmes pertinents dans les domaines de la protection des renseignements personnels, des droits de la personne et de la sécurité nationale de concert avec des juges d’ailleurs et des universitaires (voir E. Dawson, « La Cour fédérale et le choc des titans : Concilier les droits de la personne et la sécurité nationale », présentation à la Faculté de droit à l’Université du Manitoba (30 mars 2006)). Toutes les procédures où il est question de sécurité nationale se déroulent dans un lieu sécurisé de la région de la capitale nationale. On y trouve un registre sécurisé servant au stockage des renseignements confidentiels, ainsi que des bureaux, ordinateurs et salles d’audience sécurisés. Chaque membre du personnel qui joue un rôle dans une procédure touchant la sécurité nationale détient une habilitation de sécurité de niveau très secret et est tenu par la *Loi sur la protection de l’information*,L.R.C. 1985, ch. O‑5, de protéger en permanence le caractère confidentiel des renseignements classifiés.
3. Quoi qu’il en soit, la bifurcation des procédures criminelles a fait l’objet de critiques sévères de la part de juges, d’avocats et d’auteurs de doctrine. De façon plus particulière, dans le rapport récemment publié sur l’attentat d’Air India, le commissaire a conclu que « [l]e régime dualiste appliqué actuellement pour statuer sur les demandes fondées sur l’article 38 est incompatible avec les régimes en vigueur dans d’autres démocraties », et que « [l]’échec de ce régime est manifeste » (p. 180). Le commissaire a recommandé au gouvernement d’abolir le régime dualiste et de laisser aux juges des cours supérieures le soin de trancher les questions touchant la confidentialité liée à la sécurité nationale (p. 180 et 185). On ne sait pas encore s’il sera donné suite à cette recommandation.
4. Nous constatons que les préoccupations exprimées par le commissaire tenaient en grande partie au fait que les juges de première instance ne pouvaient obtenir d’information sur les renseignements visés par l’interdiction de divulgation ni y avoir accès, préoccupations auxquelles nous espérons avoir répondu d’une façon pratique dans la présente décision.
5. Toutefois, le commissaire a également formulé certaines réserves dans son rapport quant à la façon dont le processus de l’art. 38 « touche à la fois l’efficacité et l’équité des poursuites antiterroristes » (p. 182). Il a signalé que, à l’exception du procureur général du Canada, les parties devant la Commission « ont été quasi unanimes à conclure que le régime dualiste actuel était inadéquat et pouvait causer des problèmes » (p. 178). La majorité des critiques portaient sur les retards causés par la fragmentation du processus de l’instance criminelle et la répétition des efforts que requiert le fait de devoir débattre la même question devant deux tribunaux distincts.
6. Le commissaire a souligné que, même sans le poids qu’ajoutent les demandes fondées sur l’art. 38, « les poursuites antiterroristes mettent déjà à l’épreuve la patience des juges et des jurés » (p. 173). Il a exprimé la crainte qu’un long processus de débats et d’appels sur des questions relatives à la divulgation donne lieu à des arrêts de procédures permanents à cause de délais déraisonnables. Le commissaire a également cité à titre d’exemple l’affaire *R. c. Ribic*, 2004 CanLII 7091 (C.S.J. Ont.) pour montrer comment un accusé pourrait essayer d’utiliser le régime dualiste afin de saboter un procès antiterroriste en présentant à dessein des éléments de preuve faisant entrer en jeu l’art. 38. (Dans *Ribic*, la procédure fondée sur l’art. 38 a été engagée durant le procès criminel devant jury, et le délai entraîné par les allers‑retours à la Cour fédérale s’est traduit par l’annulation du procès.)
7. Ces commentaires mettent en doute la sagesse fondamentale du régime adopté par le législateur à l’art. 38. Il s’agit bien sûr d’une question qui relevait à juste titre du mandat du commissaire, mais il n’appartient pas à la Cour de se prononcer sur la sagesse de l’art. 38 (par opposition à sa validité). Dans la mesure où les problèmes pratiques découlant de la bifurcation créent une injustice envers l’accusé ou compromettent autrement la saine administration de la justice, la cour criminelle est autorisée à rendre une ordonnance protectrice en vertu de l’art. 38.14.
8. Nous reconnaissons que le partage des responsabilités établi par la loi est effectivement susceptible de causer des retards et de compromettre sérieusement l’équité et la rapidité du procès de l’accusé, surtout s’il s’agit d’un procès devant jury. Bien que nous n’arrivions pas à la conclusion que ces risques ont pour effet d’invalider le régime législatif, il pourrait fort bien arriver que, dans certaines situations, le partage des responsabilités entre les tribunaux retarde le procès de façon déraisonnable, perturbe indûment les jurés ou crée un risque de contamination du jury. Ces problèmes devront être résolus au cas par cas, et le juge devra prendre les mesures appropriées pour éviter la tenue d’un procès inéquitable.
9. Une mesure importante que les parties peuvent prendre consiste à tenter de déterminer, dès les procédures préliminaires, les questions susceptibles de toucher la sécurité nationale. Le débat sur la divulgation pourrait ainsi avoir lieu tôt dans le processus. L’article 38 encourage la tenue rapide des procédures relatives à la divulgation. Du reste, le législateur a modifié le régime en 2001 pour que celui‑ci puisse entrer en jeu avant le procès criminel et ainsi « permettre [au gouvernement] de prendre des mesures proactives au moment opportun » (ministère de la Justice, « Modifications à la *Loi sur la preuve au Canada* (« *LPC* ») » (en ligne : http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcp2-ceap2-fra.asp)). La diligence à cet égard réduira le risque d’annulation de procès. Si la Couronne procède à la divulgation en plusieurs étapes successives pendant une certaine période de temps, chaque nouvelle étape de divulgation entraînant de nouvelles demandes fondées sur l’art. 38, le risque de voir le juge du procès recourir aux mesures protectrices prévues par l’art. 38 s’en trouve accru.
10. Comme nous l’avons dit, il convient d’encourager la conclusion d’accords de collaboration entre la poursuite et la défense. De tels accords sont en effet susceptibles de faciliter grandement — pour toutes les parties — la tenue des procès complexes, en plus de réduire la pression sur les ressources judiciaires. Évidemment, la défense n’est pas tenue de collaborer avec la poursuite et si, au bout du compte, la non‑divulgation de renseignements par la Couronne empêche la tenue d’un procès équitable, le législateur a décidé que, dans de telles circonstances, l’arrêt des procédures est un moindre mal par rapport à la divulgation de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables.
11. Nous avons indiqué plus haut que l’exercice par le juge du procès du pouvoir que lui confère l’art. 38.14 n’est pas restreint par la jurisprudence ordinaire relative à la *Charte* en matière d’abus de procédure. Il n’est pas limité non plus par la jurisprudence ordinaire relative à la *Charte* touchant, par exemple, la tenue des procès dans un délai raisonnable. Si le processus judiciaire découlant de l’application du régime établi à l’art. 38 devient ingérable en raison soit d’intervalles excessifs dans l’audition de la preuve, soit d’autres obstacles analogues ayant pour effet de compromettre le droit de l’accusé à un procès équitable, le juge du procès ne devrait pas hésiter à exercer le large pouvoir que lui a conféré le législateur à l’art. 38.14 pour mettre fin au procès.
12. Il appartiendra en définitive au législateur de décider, à la lumière de l’expérience, s’il y a lieu de reconsidérer la sagesse du régime dualiste. Nous concluons toutefois que, selon l’interprétation que nous lui avons donnée, l’art. 38 est constitutionnellement valide. Les procès inéquitables ne seront pas tolérés.

F. Conclusion

1. Le pourvoi est accueilli. Voici les réponses aux questions constitutionnelles :

l. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C‑5 outrepassent‑ils la compétence du Parlement pour le motif qu’ils portent atteinte aux art. 96 et 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C‑5 portent‑ils atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. Dans l’affirmative, les art. 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C‑5 sont‑ils légitimés par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

**ANNEXE**

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C‑5

Relations internationales et défense

et sécurité nationales

**38.** Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15.

« instance » Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

« juge » Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l’article 38.04.

« participant » Personne qui, dans le cadre d’une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.

« poursuivant » Représentant du procureur général du Canada ou du procureur général d’une province, particulier qui agit à titre de poursuivant dans le cadre d’une instance ou le directeur des poursuites militaires, au sens de la *Loi sur la défense nationale*.

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

**38.01** (1) Tout participant qui, dans le cadre d’une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu’il s’agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d’aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l’avis la nature, la date et le lieu de l’instance.

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d’être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d’une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l’instance et d’aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l’objet de l’avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l’instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(3) Le fonctionnaire — à l’exclusion d’un participant — qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d’une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l’avis précise la nature, la date et le lieu de l’instance.

(4) Le fonctionnaire — à l’exclusion d’un participant — qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d’être divulgués au cours d’une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l’instance; le cas échéant, il est tenu d’aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l’objet de l’avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l’instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(5) Dans le cas d’une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, les avis prévus à l’un des paragraphes (1) à (4) sont donnés à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(6) Le présent article ne s’applique pas :

*a*) à la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d’une instance, si ceux-ci concernent l’instance;

*b*) aux renseignements communiqués dans le cadre de l’exercice des attributions du procureur général du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d’un tribunal d’appel ou d’examen au titre de l’article 38, du présent article, des articles 38.02 à 38.13 ou des articles 38.15 ou 38.16;

*c*) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l’institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, dans le cas où ils n’ont pas été produits par ou pour une institution fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus;

*d*) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l’annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d’une telle entité.

(7) Les paragraphes (1) et (2) ne s’appliquent pas au participant si une institution gouvernementale visée à l’alinéa (6)*c*) l’informe qu’il n’est pas nécessaire, afin d’éviter la divulgation des renseignements visés à cet alinéa, de donner un avis au procureur général du Canada au titre du paragraphe (1) ou de soulever la question devant la personne présidant une instance au titre du paragraphe (2).

(8) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ajouter, modifier ou supprimer la mention, à l’annexe, d’une entité ou d’une application figurant en regard d’une telle entité.

**38.02** (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d’une instance :

*a*) les renseignements qui font l’objet d’un avis donné au titre de l’un des paragraphes 38.01(1) à (4);

*b*) le fait qu’un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l’un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

*c*) le fait qu’une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l’article 38.04, qu’il a été interjeté appel d’une ordonnance rendue au titre de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu’une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

*d*) le fait qu’un accord a été conclu au titre de l’article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l’annexe rend, dans le cadre d’une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu’il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l’avis.

(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n’est pas interdite :

*a*) si le procureur général du Canada l’autorise par écrit au titre de l’article 38.03 ou par un accord conclu en application de l’article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

*b*) si le juge l’autorise au titre de l’un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d’appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.

**38.03** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu’il estime indiquées.

(2) Dans le cas d’une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut autoriser la divulgation qu’avec l’assentiment du ministre de la Défense nationale.

(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l’un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.

**38.031** (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l’avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n’a pas l’obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d’une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l’objet de l’avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)*b*) à *d*), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l’alinéa 38.04(2)*c*), conclure un accord prévoyant la divulgation d’une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Cour fédérale au titre de l’alinéa 38.04(2)*c*) relativement aux renseignements ayant fait l’objet de l’avis qu’elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).

**38.04** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l’égard desquels il a reçu un avis au titre de l’un des paragraphes 38.01(1) à (4).

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l’égard desquels il a reçu un avis au titre de l’un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n’a pas notifié sa décision à l’auteur de l’avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l’article 38.031, il a autorisé la divulgation d’une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :

*a*) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l’a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;

*b*) la personne — à l’exclusion d’un témoin — qui a l’obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d’une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;

*c*) la personne qui n’a pas l’obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d’une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)*b*) ou *c*) en notifie le procureur général du Canada.

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l’article 38.12, l’administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu’il estime indiquées en vue d’assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d’une demande présentée au titre du présent article, le juge :

*a*) entend les observations du procureur général du Canada — et du ministre de la Défense nationale dans le cas d’une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* — sur l’identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l’interdiction de divulgation ou les conditions dont l’autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d’une audience;

*b*) décide s’il est nécessaire de tenir une audience;

*c*) s’il estime qu’une audience est nécessaire :

(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,

(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,

(iii) détermine le contenu et les modalités de l’avis;

*d*) s’il l’estime indiqué en l’espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

(6) Après la saisine de la Cour fédérale d’une demande présentée au titre de l’alinéa (2)*c*) ou l’institution d’un appel ou le renvoi pour examen d’une ordonnance du juge rendue en vertu de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu’il soit disposé de l’appel ou de l’examen :

*a*) le procureur général du Canada peut conclure avec l’auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d’une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas 38.02(1)*b*) à *d*) ou leur divulgation assortie de conditions;

*b*) si un accord est conclu, le tribunal n’est plus saisi de la demande et il est mis fin à l’audience, à l’appel ou à l’examen.

(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d’appel ou d’examen d’une ordonnance du juge rendue en vertu de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu’il en soit disposé, le tribunal n’est plus saisi de la demande et il est mis fin à l’audience, à l’appel ou à l’examen à l’égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n’est plus assortie de conditions.

**38.05** Si la personne qui préside ou est désignée pour présider l’instance à laquelle est liée l’affaire ou, à défaut de désignation, la personne qui est habilitée à effectuer la désignation reçoit l’avis visé à l’alinéa 38.04(5)*c*), elle peut, dans les dix jours, fournir au juge un rapport sur toute question relative à l’instance qu’elle estime utile à celui-ci.

**38.06** (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s’il conclut qu’elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu’il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d’un résumé de ceux-ci ou d’un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(3) Dans le cas où le juge n’autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l’interdiction de divulgation.

(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu’il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut fonder sa décision sur cet élément.

(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l’objet d’une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d’admissibilité applicables à l’instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l’aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l’ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).

(5) Pour l’application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l’admissibilité en preuve au cours de l’instance.

**38.07** Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d’aviser de l’ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l’avis du juge, devrait être avisée.

**38.08** Si le juge conclut qu’une partie à l’instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) n’a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de l’alinéa 38.04(5)*d*), il renvoie l’ordonnance à la Cour d’appel fédérale pour examen.

**38.09** (1) Il peut être interjeté appel d’une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d’appel fédérale.

(2) Le délai dans lequel l’appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l’ordonnance frappée d’appel, mais la Cour d’appel fédérale peut le proroger si elle l’estime indiqué en l’espèce.

**38.1**  Malgré toute autre loi fédérale :

*a*) le délai de demande d’autorisation d’en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d’appel, mais ce tribunal peut proroger le délai s’il l’estime indiqué en l’espèce;

*b*) dans les cas où l’autorisation est accordée, l’appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s’applique est celui qu’a fixé la Cour suprême du Canada.

**38.11** (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l’audition de l’appel ou de l’examen d’une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l’annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

(2) Le juge saisi d’une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l’appel ou de l’examen d’une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada — et au ministre de la Défense nationale dans le cas d’une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* — la possibilité de présenter ses observations en l’absence d’autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu’il entend en application de l’alinéa 38.04(5)*d*).

**38.12** (1) Le juge saisi d’une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l’appel ou de l’examen d’une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) peut rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée en l’espèce en vue de protéger la confidentialité des renseignements sur lesquels porte l’audience, l’appel ou l’examen.

(2) Le dossier ayant trait à l’audience, à l’appel ou à l’examen est confidentiel. Le juge ou le tribunal saisi peut ordonner qu’il soit placé sous scellé et gardé dans un lieu interdit au public.

**38.13** (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d’une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d’une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l’information* — ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu’après la prise, au titre de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, d’une ordonnance ou d’une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l’objet du certificat.

(2) Dans le cas d’une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut délivrer de certificat qu’avec l’assentiment du ministre de la Défense nationale donné personnellement par celui-ci.

(3) Le procureur général du Canada fait signifier une copie du certificat :

*a*) à la personne qui préside ou est désignée pour présider l’instance à laquelle sont liés les renseignements ou, à défaut de désignation, à la personne qui est habilitée à effectuer la désignation;

*b*) à toute partie à l’instance;

*c*) à toute personne qui donne l’avis prévu à l’article 38.01 dans le cadre de l’instance;

*d*) à toute personne qui, dans le cadre de l’instance, a l’obligation de divulguer ou pourrait divulguer ou faire divulguer les renseignements à l’égard desquels le procureur général du Canada a été avisé en application de l’article 38.01;

*e*) à toute partie aux procédures engagées en application du paragraphe 38.04(5) ou à l’appel d’une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;

*f*) au juge qui tient une audience en application du paragraphe 38.04(5) et à tout tribunal saisi de l’appel ou de l’examen d’une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;

*g*) à toute autre personne à laquelle, de l’avis du procureur général du Canada, une copie du certificat devrait être signifiée.

(4) Le procureur général du Canada fait déposer une copie du certificat :

*a*) auprès de la personne responsable des dossiers relatifs à l’instance;

*b*) au greffe de la Cour fédérale et à celui de tout tribunal saisi de l’appel ou de l’examen d’une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3).

(5) Une fois délivré, le certificat a pour effet, malgré toute autre disposition de la présente loi, d’interdire, selon ses termes, la divulgation des renseignements.

(6) La *Loi sur les textes réglementaires* ne s’applique pas aux certificats délivrés au titre du paragraphe (1).

(7) Dès que le certificat est délivré, le procureur général du Canada le fait publier dans la *Gazette du Canada*.

(8) Le certificat ou toute question qui en découle n’est susceptible de révision, de restriction, d’interdiction, d’annulation, de rejet ou de toute autre forme d’intervention que sous le régime de l’article 38.131.

(9) Le certificat expire à la fin d’une période de quinze ans à compter de la date de sa délivrance et peut être délivré de nouveau.

**38.131** (1) Toute partie à l’instance visée à l’article 38.13 peut demander à la Cour d’appel fédérale de rendre une ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

(2) Le demandeur en avise le procureur général du Canada.

(3) Dans le cas d’une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, l’avis prévu au paragraphe (2) est donné à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(4) Par dérogation à l’article 16 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d’appel fédérale est constituée d’un seul juge de ce tribunal pour l’étude de la demande.

(5) Pour l’étude de la demande, le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu’il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut se fonder sur cet élément pour rendre sa décision au titre de l’un des paragraphes (8) à (10).

(6) Les articles 38.11 et 38.12 s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande présentée au titre du paragraphe (1).

(7) Le juge étudie la demande le plus tôt possible, mais au plus tard dans les dix jours suivant la présentation de la demande au titre du paragraphe (1).

(8) Si le juge estime qu’une partie des renseignements visés par le certificat ne porte pas sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d’une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l’information* — ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il modifie celui-ci en conséquence par ordonnance.

(9) Si le juge estime qu’aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d’une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l’information* — ou qui concernent une telle entité, ni sur la défense ou la sécurité nationales, il révoque celui-ci par ordonnance.

(10) Si le juge estime que tous les renseignements visés par le certificat portent sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d’une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l’information* — ou qui concernent une telle entité, ou sur la défense ou la sécurité nationales, il confirme celui-ci par ordonnance.

(11) La décision du juge rendue au titre de l’un des paragraphes (8) à (10) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d’appel ni de révision judiciaire.

(12) Dès que possible après la décision du juge, le procureur général du Canada fait publier dans la *Gazette du Canada*, avec mention du certificat publié antérieurement :

*a*) le certificat modifié au titre du paragraphe (8);

*b*) un avis de la révocation d’un certificat au titre du paragraphe (9).

**38.14** (1) La personne qui préside une instance criminelle peut rendre l’ordonnance qu’elle estime indiquée en l’espèce en vue de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance, a une décision en appel ou découlant de l’examen ou au certificat délivré au titre de l’article 38.13.

(2) L’ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

*a*) annuler un chef d’accusation d’un acte d’accusation ou d’une dénonciation, ou autoriser l’instruction d’un chef d’accusation ou d’une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

*b*) ordonner l’arrêt des procédures;

*c*) être rendue à l’encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

**38.15** (1) Dans le cas où des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués dans le cadre d’une poursuite qui n’est pas engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte, il peut délivrer un fiat et le faire signifier au poursuivant.

(2) Le fiat établit la compétence exclusive du procureur général du Canada à l’égard de la poursuite qui y est mentionnée et des procédures qui y sont liées.

(3) L’original ou un double du fiat est déposé devant le tribunal saisi de la poursuite — ou d’une autre procédure liée à celle-ci — engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte.

(4) Le fiat ou le double de celui-ci :

*a*) est une preuve concluante que le procureur général du Canada ou son délégué a compétence pour mener la poursuite qui y est mentionnée ou les procédures qui y sont liées;

*b*) est admissible en preuve sans qu’il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du procureur général du Canada.

(5) Le présent article ne s’applique pas aux instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*.

**38.16** Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures qu’il estime nécessaires à l’application des articles 38 à 38.15, notamment régir les avis, certificats et fiat.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l’appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureur de l’intimé Asad Ansari : John Norris, Toronto.*

*Procureurs des intimés Shareef Abdelhaleem et Amin Mohamed Durrani : Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

*Procureurs de l’intimé Steven Vikash Chand : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Procureur de l’intimé Saad Gaya : Paul B. Slansky, Toronto.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.*