

*Federation of Law Societies
of Canada*



*Fédération des ordres professionnels
de juristes du Canada*

**CONSULTATION DE SÉCURITÉ PUBLIQUE CANADA
NOTRE SÉCURITÉ, NOS DROITS : LIVRE VERT SUR LA
SÉCURITÉ NATIONALE DE 2016**

**Observations présentées par la Fédération des ordres
professionnels de juristes du Canada**

Ottawa, 14 décembre 2016

1. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada (la « Fédération »), au nom de ses ordres professionnels de juristes membres, est heureuse d'avoir l'occasion de participer à la consultation publique du gouvernement, « Notre sécurité, nos droits : Livre vert sur la sécurité nationale de 2016 » (la « consultation »).

Aperçu de la soumission de recommandations

1. Cette soumission de recommandations porte principalement sur le régime d'avocat spécial en vigueur établi par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*¹ (la « LIPR ») et sur la participation d'avocats titulaires d'une autorisation de sécurité dans les procédures criminelles, civiles et administratives.
2. La Fédération convient que la protection de la sécurité publique et de l'information confidentielle relative à la sécurité nationale est d'une extrême importance. Cependant, nous soulevons dans la présente soumission qu'il est impérieux de maintenir les droits individuels dans les procédures judiciaires tout en assurant la protection de la sécurité nationale. Nous y exprimons également l'opinion que le présent régime d'avocat spécial établi par la LIPR ne protège pas adéquatement les droits individuels dans les procédures. Nous sommes en particulier préoccupés par la question de la divulgation des renseignements à l'avocat spécial et les restrictions l'empêchant de communiquer avec la personne dont il doit protéger les intérêts.
3. Bien que la Fédération soit d'avis que l'entière divulgation de la thèse contre une personne dans toute procédure judiciaire est un aspect fondamental de notre système de justice, elle reconnaît que dans l'intérêt de la sécurité nationale, l'information puisse à l'occasion faire l'objet de restrictions de divulgation. Dans le but de remédier aux préoccupations évidentes que suscitent ces circonstances, il serait peut-être judicieux de considérer un rôle pour des avocats ayant une autorisation de sécurité pour protéger les droits et les intérêts des personnes. Sous réserve des recommandations faites ci-dessous, le régime d'avocat spécial établi par la LIPR pourrait fournir un modèle en ce sens.

La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada

4. La Fédération est l'organisme coordonnateur national des 14 ordres professionnels de juristes du Canada qui ont le mandat, en vertu de la loi de leur province ou territoire, de réglementer les 117 000 avocats au pays, les 4 500 notaires au Québec et les quelques 8 000 parajuristes autorisés en Ontario dans l'intérêt du public. Parmi ses activités, la Fédération favorise l'élaboration de normes nationales, encourage l'harmonisation des règles et procédures des ordres professionnels de juristes et entreprend des projets à l'échelle nationale tels qu'ils lui sont confiés par ses membres. La Fédération se prononce également sur des dossiers essentiels à la préservation du droit du public à

¹ L.C. 2001, ch. 27

une profession juridique indépendante et à la protection du privilège du secret professionnel du juriste, ainsi que sur d'autres questions qui se rapportent à l'administration de la justice et la primauté du droit.

5. Pour s'assurer du fonctionnement juste et équitable de notre système de justice, il est essentiel que tout soit mis en œuvre pour que la règle de droit soit respectée et, plus particulièrement, pour que les droits individuels en vertu de la Charte et des principes de justice naturelle ne soient nullement lésés, hormis certaines circonstances exceptionnelles décrites dans la loi.

Information préliminaire : L'intérêt de la Fédération en matière de sécurité publique et de sécurité nationale

6. Dans le passé, la Fédération a exprimé son accord vis-à-vis de l'utilisation appropriée d'avocats spéciaux dans le cadre des audiences à huis clos ayant trait aux certificats de sécurité (immigration). La Fédération a comparu devant la Cour suprême du Canada en tant qu'intervenant dans l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*² pour souligner l'importance d'inclure un conseil juridique spécial dans les procédures ayant trait aux certificats de sécurité où la personne visée et son conseil ne disposent pas des renseignements confidentiels.
7. En septembre 2007, La Fédération a émis des recommandations au Comité permanent de la sécurité publique et nationale au regard du projet de loi C-3, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*. Le projet de loi C-3 du gouvernement a vu le jour en réponse à l'affaire *Charkaoui* et à son exigence d'avoir un avocat spécial qui représente les intérêts des personnes visées lors des audiences à huis clos. La Fédération a alors exprimé certaines réserves par rapport au régime proposé par le projet de loi C-3, notamment qu'il ne protégeait pas suffisamment les droits fondamentaux des personnes visées par le certificat de sécurité, qu'il ne procurait pas à l'avocat spécial un accès adéquat aux renseignements détenus par le gouvernement sur la personne visée, et qu'il restreignait indûment les communications entre l'avocat spécial et la personne visée. Bon nombre de ces préoccupations subsistent à ce jour.

Les observations de la Fédération sur le régime d'avocat spécial

8. Le régime d'avocat spécial apportait une solution boiteuse à un problème complexe; les personnes visées par un certificat de sécurité risquent d'être expulsées du Canada sur la base de renseignements secrets de sécurité nationale dont ni elles ni leur conseil ne sont informés de la teneur au cours des instances publiques. Au même titre que le maintien de la confidentialité des renseignements de sécurité nationale est primordial pour assurer la protection du public, les droits des personnes ne doivent en aucun cas

² 2007 CSC 9 (« Charkaoui »)

être lésés, y compris le droit de présenter une défense pleine et entière pour répondre aux accusations qui pèsent contre elles. Cela est d'autant plus important dans le contexte d'instances relatives au certificat de sécurité, où les libertés d'une personne sont en jeu.

9. L'imperfection du régime a été reconnue par la Cour suprême du Canada dans la cause (*Citoyenneté et Immigration*) c. *Harkat* (« Harkat »), où la Cour a déclaré que « ce régime demeure un substitut imparfait à la divulgation complète en audience publique, et le juge désigné a la responsabilité tout au long de l'instance d'évaluer l'équité globale du processus et d'accorder des réparations en application du par. 24(1) de la Charte lorsqu'il est approprié de le faire ». ³ Alors que le juge joue un rôle essentiel pour assurer l'équité de l'ensemble du processus, le rôle de l'avocat spécial est également d'une importance cruciale : en l'absence du conseil de la personne visée, il revient à l'avocat spécial de protéger et de représenter les droits et intérêts de la personne visée. La nature même de la procédure, y compris et surtout compte tenu de la restriction relative à la divulgation de renseignements confidentiels de sécurité nationale sur la personne visée, soulève des défis de taille en matière de représentation des intérêts de cette personne. Le fait de limiter indûment l'accès de l'avocat spécial aux renseignements confidentiels et son droit de communiquer avec la personne visée ne fait qu'ajouter à l'ampleur des défis.

10. La Fédération reconnaît que la Cour, dans l'affaire *Harkat*, a jugé que le régime d'avocat spécial (tel qu'il existait au moment de l'instance) était constitutionnel et équitable. Nous croyons par ailleurs que certains éléments du régime, particulièrement tel que celui-ci a été amendé par le projet de loi C-51, la *Loi antiterroriste de 2015*, restreint inutilement la capacité des avocats spéciaux de protéger les droits et intérêts des personnes visées par des certificats de sécurité.

11. La Fédération recommande les changements ci-dessous pour assurer que les avocats spéciaux puissent représenter de façon suffisante les intérêts des personnes visées et mieux contribuer à l'administration de la justice de façon générale :
 - a) Il devrait être prévu par une disposition législative que l'avocat spécial puisse accéder à tous les renseignements que le gouvernement a en sa possession. Faute de quoi la LIPR devrait être amendée de telle sorte qu'elle impose au gouvernement des obligations strictes de divulgation, afin d'assurer la divulgation continue à l'avocat spécial de tous les renseignements, qu'ils soient inculpatatoires ou disculpatoires.

 - b) Des amendements devraient être apportés à la loi afin d'octroyer à l'avocat spécial un droit inconditionnel de communiquer avec la personne visée et son

³ 2014 CSC 37, paragraphe 77

conseil tout au long de l'instance, sous réserve de ne pas divulguer les preuves secrètes.

12. Ces points seront discutés plus en détail ci-dessous.

a) Accorder l'entière divulgation à l'avocat spécial

13. Comme la Fédération l'a invoqué en 2007, pour exercer leur rôle efficacement, les avocats spéciaux doivent avoir accès à tous les renseignements que détient le gouvernement sur la personne visée. Non seulement cette préoccupation n'a pas été prise en compte à la suite des consultations de 2007, mais les amendements de 2015 ont restreint encore davantage l'accès des avocats spéciaux à cette information.

14. En effet, avant les amendements apportés par le projet de loi C-51, le ministre avait l'obligation, en vertu de l'alinéa 85.4(1) de fournir à l'avocat spécial « copie de *tous les renseignements et autres éléments de preuve* qui ont été fournis au juge, mais qui n'ont pas été communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil. » [nos italiques] Cela constitue une obligation de divulgation de grande portée qui n'a pas été remise en cause dans l'affaire *Harkat*.

15. Depuis son amendement, l'alinéa 85.4(1) oblige le ministre à fournir à l'avocat spécial a) copie des renseignements et autres éléments de preuve qui se rapportent à sa thèse justifiant le certificat de sécurité et qui ont été déposés auprès de la cour et b) tous autres renseignements en sa possession qui se rapportent à sa thèse, mais qui ne justifient pas le certificat de sécurité et qui n'ont pas été communiqués à la cour.

16. En outre, l'alinéa 83(1) a été amendé pour permettre au juge d'exempter le ministre de fournir les renseignements décrits à l'alinéa 85.4. Bien que le juge ne puisse s'appuyer sur des renseignements exemptés pour rendre sa décision, cette restriction n'établit pas un juste équilibre entre les intérêts de sécurité nationale et les intérêts de la personne visée. Bien que la LIPR prévoie la possibilité que l'avocat spécial soit invité à faire des demandes en matière de divulgation et reçoive, à cette fin, une information restreinte, cette invitation demeure à l'entière discrétion du juge.⁴

17. Dans sa soumission de recommandations, la Fédération fait valoir que ces restrictions touchant l'accès de l'avocat spécial aux renseignements ne sont pas nécessaires pour protéger la sécurité nationale et risquent d'amenuiser indûment la capacité de l'avocat spécial à protéger les intérêts de la personne visée. Sans la possibilité de voir tous les renseignements que détient le gouvernement sur la personne visée, il y a un risque sérieux que l'avocat spécial soit privé d'une précieuse information qui pourrait servir les intérêts de la personne.

⁴ 83(1)(c.2)

18. De par sa nature même, le rôle de l'avocat spécial - représentant les intérêts d'une personne sans être en mesure de discuter des preuves pertinentes - est difficile et pose de réels défis. Les instances qui se déroulent en l'absence de la personne dont les droits et libertés sont en jeu s'éloignent inéluctablement du principe de transparence qui constitue le fondement de notre système de justice canadien. Même si la sécurité nationale peut excuser ce paradoxe, la Fédération affirme dans sa soumission qu'il est primordial que l'avocat spécial puisse disposer de toute la latitude raisonnablement possible pour protéger les intérêts de la personne visée. Cela implique qu'il puisse examiner et contester les renseignements et les éléments de preuve et s'appuyer sur ceux-ci dans le but de protéger les intérêts de la personne visée.
19. Selon la Fédération, il n'y a rien qui prouve que l'entière divulgation pourrait entraîner des risques additionnels en ce qui a trait à la protection des renseignements confidentiels relatifs à la sécurité nationale. Le régime législatif ainsi que la prestation de serment requise des avocats spéciaux procurent les remparts nécessaires à la sauvegarde du secret des renseignements de sécurité nationale. Comme nous l'avons mentionné dans notre soumission de recommandations en 2007, l'expérience du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) avec les avocats titulaires d'une autorisation de sécurité dans les instances à huis clos soutient cette conclusion. Dans l'affaire *Charkaoui*, la Cour suprême a affirmé que rien n'indique que le système de conseil spécial de la CSARS, qui a été utilisé pendant plus de 20 ans, « n'a pas bien fonctionné » et a décrit le processus de la CSARS comme un exemple du « système de justice canadien atteignant un meilleur équilibre entre la protection de l'information sensible et les droits procéduraux des personnes »⁵

Recommandation n° 1

Amender l'alinéa 85.4(1) de telle sorte qu'il prévoie l'accès de l'avocat spécial à tous les renseignements relatifs à la personne visée que le gouvernement a en sa possession.

Recommandation n° 2

S'assurer que le droit de l'avocat spécial de contester la teneur des renseignements fournis par le gouvernement soit expressément prévu dans la loi.

20. Sans remettre en cause notre opinion voulant que la loi prévoie l'entière divulgation aux avocats spéciaux, si le gouvernement n'entend pas amender la loi tel que recommandé ci-dessus, la LIPR devrait être amendée de telle sorte qu'elle oblige expressément le ministre à divulguer les renseignements aux avocats spéciaux de façon continue, à mesure que cela s'avère pertinent durant l'instance. La loi actuelle est muette concernant le moment et l'étendue de la divulgation de la part du ministre.

⁵ *Charkaoui*, supra paragraphes 76 et 77

Recommandation n° 3

Faute d'inclure une disposition législative expresse prévoyant l'entière divulgation, amender la loi pour imposer au gouvernement une obligation de divulgation continue de toute preuve inculpatrice et disculpatoire.

b) Retirer les restrictions aux communications entre les avocats spéciaux et les personnes visées

21. En vertu de l'alinéa 85.4(2), l'avocat spécial doit obtenir une autorisation judiciaire pour communiquer avec la personne visée une fois qu'il a reçu les renseignements confidentiels. La Cour suprême dans la cause *Harkat* a affirmé que cette restriction ne rendait pas le régime inconstitutionnel puisqu'elle n'était pas absolue et que le juge a un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires. La Cour a déclaré en outre que la personne visée et ses avocats publics peuvent transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de communications à sens unique. La Cour a considéré que cela était important; la personne visée reçoit des résumés publics de manière continue lui permettant d'être suffisamment informée de la thèse à l'égard de l'instance en cause. Ces résumés peuvent conduire à des communications à sens unique, qui en retour incitent à demander une autorisation judiciaire pour communiquer.
22. La Fédération maintient son opinion exprimée en 2007 voulant que l'avocat spécial devrait être autorisé à communiquer de façon continue sans l'intervention de la cour afin de vérifier les preuves du gouvernement et de représenter les intérêts de la personne visée de façon appropriée. La recommandation de la Cour selon laquelle les juges devraient adopter une approche libérale lorsqu'il est question d'autoriser les communications ne garantit pas suffisamment que de telles communications seront autorisées.
23. De plus, se fier à la personne visée pour relayer à l'avocat spécial l'information contenue dans les résumés publics ne peut servir de substitut à une communication continue et risque d'amenuiser la capacité de l'avocat spécial à protéger de façon efficace et efficiente les intérêts de la personne visée lors des audiences à huis clos. L'essentiel de la thèse contre la personne visée peut ne pas être révélé jusqu'à ce que l'avocat spécial ait pris connaissance des preuves secrètes.
24. Il existe de nombreux précédents permettant à l'avocat spécial de communiquer avec la personne visée après avoir pris connaissance des preuves secrètes. Sous l'ancien système de la CSARS dont il est fait mention plus haut, de telles communications ont été autorisées pendant plus de 20 ans sans soulever d'inquiétudes quant à la sauvegarde de la confidentialité de la preuve.

25. Le Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste* a également soulevé l'importance de la communication continue entre la personne visée et l'avocat spécial. Dans son rapport de février 2007, le Comité a recommandé que « l'intervenant spécial soit autorisé à communiquer avec la partie concernée par la procédure ainsi que son avocat, après avoir pris connaissance des renseignements confidentiels et assisté aux audiences tenues à huis clos, et que le gouvernement établisse des directives et des politiques claires afin de garantir le secret de ces renseignements en vue de protéger la sécurité nationale ».⁶

Recommandation n° 4

Des amendements devraient être apportés à l'alinéa 85.4(2) afin d'octroyer à l'avocat spécial l'accès à la personne visée et à son conseil durant toute l'instance, sous réserve de ne pas divulguer les preuves secrètes.

Avocats possédant une autorisation de sécurité dans d'autres procédures judiciaires

26. Le document de discussion et le document d'information ont soulevé plusieurs préoccupations concernant les processus pour autoriser les renseignements de sécurité nationale dans des instances criminelles, civiles et administratives. Ils mettent en relief les tensions entre les préoccupations en matière de droits individuels et celles de la protection des renseignements de sécurité nationale, et demandent si « dans le cadre de procédures judiciaires touchant de l'information sur la sécurité nationale, il y aurait dans les procédures à huis clos un rôle pour les avocats titulaires d'une attestation de sécurité afin qu'ils défendent les intérêts des personnes visées ».

27. La Fédération répondrait à cette question par l'affirmative. Les principes de la justice fondamentale impliquent que les personnes soient mises au courant de la thèse étayant les allégations qui pèsent contre elles et aient l'occasion de présenter une défense pleine et entière. Règle générale, cela devrait inclure l'entière divulgation des renseignements pertinents à l'instance. La Fédération reconnaît toutefois la nécessité de protéger la confidentialité des renseignements de sécurité nationale pouvant être pertinents dans de telles procédures. À notre avis, les avocats titulaires d'une autorisation de sécurité pourraient jouer un rôle dans le cadre de telles procédures, semblable à celui joué par les avocats spéciaux en vertu de la LIRP.

⁶ *Justice fondamentale dans des temps exceptionnels* : Rapport principal du Comité sénatorial spécial sur la *Loi antiterroriste*, février 2007, recommandation n° 8, page 42